

Diritto italiano

Rassegna di giurisprudenza

Asilo

3.

**Corte d'appello di Roma
sentenza 7.3.2011 n. 963 - rel. Zannella**

cittadino ivoriano richiedente lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria o l'asilo politico - impugnazione del diniego della Commissione - accertamento di merito del giudice ordinario - poteri istruttori del giudice: espressione del dovere di cooperazione legislativamente previsto

Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati; art. 10 Cost.; art. 3 d.lgs. n. 251/07; art. 35 d.lgs. n. 25/08; art. 20 d.lgs. n. 5/08

Nel procedimento camerale *ex art. 739 c.p.c.* iscritto al n. 50265 del ruolo generale della volontaria giurisdizione dell'anno 2009, posto in decisione all'udienza del 10.1.2011, promosso da [...] contro il Ministero dell'interno e la Commissione territoriale di Roma per il riconoscimento della *status* di rifugiato [...] e il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma intervenuto.

Premesso che:

[...] cittadino della Costa d'Avorio, ha presentato domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato e, in subordine, di riconoscimento della protezione sussidiaria o, in ulteriore subordine, di asilo politico;

con provvedimento notificato alla parte istante il 9.1.2008 la Commissione territoriale di Roma per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha rigettato la domanda rilevando che sussistevano perplessità in ordine alla veridicità e credibilità di quanto asserito, anche perché il ricorrente aveva ottenuto il passaporto dalle stesse autorità alle quali attribuiva intenti persecutori;

contro il provvedimento amministrativo l'odierno reclamante ha proposto ricorso dinanzi al tribunale di Roma;

il tribunale di Roma ha respinto il ricorso poiché l'interessato non aveva provato i propri assunti, omettendo di produrre anche i documenti con attestazione di autenticità ed aveva inoltre ottenuto il passaporto dalle autorità del proprio Paese d'origine;

contro il provvedimento del tribunale [...] ha proposto reclamo dinanzi a questa Corte;

il reclamo ed il decreto di fissazione dell'udienza camerale sono stati ritualmente comunicati dalla Cancelleria alla Commissione territoriale ed al P.M.;

Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 2-2011

Rassegna di giurisprudenza

la Commissione territoriale di Roma non si è costituita e non è comparsa neppure dinanzi a questa Corte, dinanzi alla quale è stato invece sentito il reclamante e sono stati acquisiti documenti presso il Ministero degli affari esteri in ordine alla situazione politica generale della Costa d'Avorio ed ai fatti rappresentati dal reclamante; il P.M. ha concluso chiedendo il rigetto del reclamo.

Osservato che:

- le vigenti disposizioni legislative impongono sia all'autorità di pubblica sicurezza sia alle Commissioni territoriali chiamate a decidere sulle richieste di protezione internazionale di accertare preventivamente l'identità e la nazionalità del richiedente (cfr., ad es., art. 3 d.lgs. n. 251/2007, art. 20 d.lgs. n. 5/2008); nel caso di specie, non sono sorti dubbi sulle generalità del richiedente quali indicate in epigrafe; egli ha invero prodotto un passaporto rilasciato dalla Costa d'Avorio, posto peraltro a base della decisione della Commissione territoriale per respingere il ricorso e, quindi, implicitamente ritenuto valido;
- dai documenti prodotti emerge che il reclamante era membro del MFA, Mouvement des Forces d'Avenir, partito all'opposizione quando egli è giunto in Italia;
- il 28.11.2010 si sono tenute le elezioni in Costa d'Avorio ed è risultato eletto Alassane Ouattara, esponente di un partito oppositore al Presidente uscente Laurent Gbagbo;
- dai siti web "Reuters" ed "Euro news" risulta che il 19.1.2011 il Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. ha deliberato all'unanimità l'invio di 2.000 "Caschi blu" per evitare che il contrasto tra il presidente eletto e riconosciuto internazionalmente, Ouattara, ed il presidente sconfitto, Laurent Gbagbo, si inasprisca e sfoci in disordini incontrollati, poiché quest'ultimo rifiuta di deporre il potere e l'esercito è a lui fedele (cfr. anche il sito web del Parlamento europeo in termini analoghi);
- il giudice ha la possibilità di acquisire tutte le necessarie informazioni, anche d'ufficio, allorché occorre valutare la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, dovendo ravvisarsi un dovere di cooperazione del giudice in fattispecie quali quella in esame (cfr. Cass. S.U. 17.11.2008 n. 27310); invero, ai sensi dell'art. 35 co. 10 del d.lgs. 25/2008, applicabile anche al procedimento dinanzi alla Corte d'appello, il giudice provvede "assunti tutti i mezzi di prova necessari";
- ciò premesso, è credibile che nel caso di suo ritorno in Costa d'Avorio il reclamante possa restare coinvolto nei disordini già in corso e che dovessero peggiorare malgrado la presenza delle forze O.N.U.; dal medesimo sito Reuters risulta che siano morte decine di persone in seguito agli scontri *post* elettorali, come riferito il 14.1.2011 a Ginevra dall'esponente O.N.U. per i diritti umani R. Colville; sul punto, va tenuto conto che il reclamante è aderente ad un partito politico;
- ricorrono, quindi, quantomeno i presupposti per il riconoscimento dello *status* di persona ammessa alla protezione sussidiaria, poiché il reclamante corre rischio effettivo di subire grave danno, se tornasse nel proprio Paese d'origine;
- la ricorrenza dei requisiti per l'accoglimento dei reclami, quali quello di specie, va valutata al momento della decisione;

- tutte le norme processuali dettate dall'art. 35 d.lgs. n. 25/2008 individuano esclusivamente nella competente Commissione territoriale (a prescindere dalla esatta natura giuridica della stessa) la parte abilitata a stare in giudizio per l'Amministrazione statale;

- essa pertanto, deve condannarsi al pagamento delle spese processuali in favore del ricorrente, liquidate come in dispositivo, d'ufficio in mancanza di nota; poiché il reclamante è stato ammesso al gratuito patrocinio in via anticipata e provvisoria (cfr. la delibera del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma del 17.4.2008) ed egli è risultato vittorioso, ai sensi dell'art. 133 d.p.r. 30.5.2002 n. 115 e successive modifiche, il pagamento delle spese processuali va eseguito a favore dello Stato;

P.Q.M.

la Corte accoglie il reclamo e, per l'effetto: riconosce a [...] nato ad [...] (Costa d'Avorio) il [...] lo *status* di persona a cui è accordata la protezione sussidiaria. Condanna la Commissione territoriale di Roma per il riconoscimento dello *status* di rifugiato al rimborso in favore del reclamante delle spese di [...].

4.

Tribunale di Trieste

sentenza 11.11.2009 n. 505 - rel. Carlesso

cittadino tunisino richiedente lo *status* di rifugiato - impugnazione del provvedimento di reiezione della Commissione territoriale - rimpatrio disposto in pendenza del termine per la proposizione del gravame: illiceità della condotta del Ministero - Dipartimento di pubblica sicurezza

rimpatrio disposto in pendenza del gravame contro la decisione della Commissione territoriale - lesione del diritto del richiedente lo *status* di rifugiato di rendere le proprie dichiarazioni al giudice di merito: sussistenza

cittadino tunisino richiedente lo *status* di rifugiato per aver posto in essere comportamenti diretti a rivendicare libertà e riconoscimento di condizioni più dignitose di lavoro : sussistenza del requisito della ragione grave per la concessione della protezione internazionale

art. 10 Cost.; d.lgs. n. 251/07; artt. 32 e 35 d.lgs. n. 25/08

Nel procedimento di volontaria giurisdizione iscritto al n. 1209/2009 promosso con ricorso depositato il 30.3.2009 da [...] avente per oggetto: impugnazione della decisione di rigetto della Commissione territoriale di Gorizia per il riconoscimento della protezione internazionale dd. 10.3.2009 notificata il 14.3.2009 [...].

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con ricorso in esame il ricorrente ha impugnato la decisione di rigetto della Commissione territoriale di Gorizia per il riconoscimento dello *status* di rifugiato esponendo di essere cittadino tunisino, di far parte del c.d. popolo delle miniere che tra

Rassegna di giurisprudenza

il 2007 e il 2008 aveva ingaggiato un duro scontro con le autorità tunisine per la salvaguardia del posto di lavoro, per un giusto salario e per le stesse libertà sindacali; a causa della dura repressione della polizia, circa quaranta persone erano state costrette a lasciare il proprio Paese, giungendo, attraverso la Libia, in Italia proprio quando il Centro di accoglienza di Lampedusa veniva trasformato con decreto ministeriale in Centro di identificazione ed espulsione; da Lampedusa erano stati quindi trasferiti al CIE di Gradisca di Isonzo dove avevano inoltrato domanda di riconoscimento della protezione internazionale;

il ricorrente in particolare ha esposto di provenire dalla città tunisina di Redeyef nella regione a sud ovest del Paese nel distretto minerario di Gafsa dove vengono estratti minerali fosfati; che la maggioranza dei dipendenti appartiene a due clan familiari; che a causa dell'ennesimo episodio di discriminazione circa la scelta delle persone da mantenere in servizio era sorta una mobilitazione che la polizia aveva represso in modo violento e brutale con perquisizioni e arresti arbitrari sfociati in processi penali e condanne; il ricorrente ha spiegato alla Commissione le ragioni della propria protesta, la sua partecipazione alle manifestazioni, le ragioni quindi della propria dipartita dal Paese e il timore che un eventuale rientro potesse essere fonte di ritorsioni gravissime;

la Commissione territoriale ha respinto la domanda ritenendo che i fatti narrati, pur credibili, non erano sufficienti a concretare l'ipotesi di un pericolo grave e un timore di persecuzione diretta e personale;

il ricorrente ha contestato la decisione della Commissione, ritenendo insufficiente e viziata da travisamento dei fatti la motivazione, dovendo ravvisare la Commissione nella sua vicenda proprio la violazione di libertà sindacali e politiche che integrano i presupposti di cui all'art. 7 co. 2 lett. b) e) e d) art. 8 lett. d) ed e) del d.lgs. 251/2007 chiedendo in via preliminare la sospensione della efficacia della delibera della Commissione e nel merito di riconoscere lo *status* di rifugiato e in subordine concedere la protezione sussidiaria o il permesso umanitario.

Con decreto emesso il 2.4.2009 il giudice sulla base dell'art. 35 d.lgs. 25/2008 modificato dal d.lgs. 3.10.2008 n 19 ha sospeso l'efficacia del provvedimento e fissato udienza per il giorno 13.5.2009.

All'udienza svoltasi in Camera di consiglio il 13.5.2009 è comparso il solo difensore riferendo che il ricorrente - da quanto appreso - era stato rimpatriato e associato in un carcere di sicurezza.

Richieste informazioni alla questura di Gorizia circa l'attuale collocazione del richiedente è stato appreso che il sig. [...] era stato "rimpatriato il 30.3.2009 su disposizione del Dipartimento centrale per l'immigrazione del Ministero dell'interno".

Il procedimento è stato trattenuto in decisione il 2.7.2009.

La domanda del ricorrente merita di trovare accoglimento.

Va tuttavia evidenziato in via preliminare l'illiceità della condotta del Ministero - Dipartimento di pubblica sicurezza che ha disposto il rimpatrio in pendenza dei termine, per proporre impugnazione: dalla documentazione acquisita e dalle informa-

zioni rese alla Procura della Repubblica, dalla questura di Gorizia (cfr. fax ufficio immigrazione dd. 20.5.2009) emerge infatti che, nonostante il ricorrente, dalla notifica del provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale (notifica avvenuta il 14.3.2009) avesse quindici giorni di tempo per proporre impugnazione avanti il tribunale di Trieste ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 25/2008 modificato dal d.lgs. 159/2008, già con nota ministeriale dd. 23.3.2009 venne predisposto il programma per il suo rimpatrio e con nota del Ministero del 24.3.2009 vennero precisate le modalità di rimpatrio;

quando dunque lunedì 30.3.2009 (l'ultimo giorno utile essendo quello di scadenza naturale un giorno festivo (domenica 29 marzo), la scadenza in questi casi viene *prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo* ai sensi dell'art. 155 co. 4 c.p.c.) il ricorrente deposita rituale e tempestiva impugnazione del decreto di rigetto della sua domanda di protezione internazionale il rimpatrio risulta già deciso e organizzato;

il ricorrente aveva il diritto di permanere nel Centro di Gradisca fino all'adozione della ordinanza del giudice, al quale venne richiesto di sospendere l'efficacia del provvedimento;

la sospensione è stata infatti disposta dal giudice - con decreto dd. 2.4.2009 - in accoglimento della richiesta del difensore - esposta nel ricorso e ribadita con istanza depositata l'1.4.2009 - in ragione dei gravi motivi che risultavano *prima facie* posti a sostegno dell'impugnazione.

Il rimpatrio del sig. [...]avvenuto con volo da Roma Fiumicino a Tunisi delle ore 22.00 del 30.3.2009 deve dunque ritenersi avvenuto in violazione dei diritti del ricorrente riconosciuti dalla legislazione nazionale ora richiamata e del diritto di asilo: il diritto di asilo, infatti, è il diritto dell'individuo riconosciuto nell'ordinamento internazionale, nonché dall'art. 10 della nostra Costituzione, nei confronti di chiunque provenga da un Paese in cui non è consentito l'esercizio delle libertà fondamentali, indipendentemente dal fatto che abbia subito o tema persecuzioni. L'art. 10 Cost. è norma immediatamente precettiva alla luce della legislazione in tema di rifugiati, la quale stabilisce un *iter* procedimentale che accomuna le due figure pur ontologicamente diverse del rifugiato e dell'asilante, con particolare riferimento al rilascio del permesso provvisorio in attesa che si accertino i requisiti per il riconoscimento del relativo *status*, nonché al divieto di espulsione in pendenza del procedimento; sicché, in definitiva, come bene evidenziato da Cass., sez. I civ., 25.8.2006, n. 18549, "Il diritto di asilo deve pertanto 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, co. 5 D.L. 30.12.1989 n. 416, conv. con modificazioni dalla l. 28.2.1990 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".

Rassegna di giurisprudenza

Nello stesso senso, Cass. sez. I civ., 1.9.2006, n. 18940; Cass., sez. I civ., 25.11.2005, n. 25028, che ribadisce che «il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto alla permanenza e alla protezione nel territorio dello Stato, quanto piuttosto come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento dello “*status*” di rifugiato politico [...]. Si tratta, dunque, di un diritto attualmente previsto soltanto per coloro che rientrano nella nozione di rifugiato politico ai sensi della convenzione predetta e, di conseguenza, risolutivamente condizionato al mancato accoglimento della domanda di riconoscimento dello “*status*” di rifugiato politico».

Alla Procura della Repubblica va con separata nota evidenziata la esposta violazione per le iniziative di competenza.

Nel merito l'impugnazione è fondata e il ricorso merito accoglimento.

Risulta documentato, né di questo pare dubitare la stessa commissione, che nella zona della città di Redeyef tra il 2008 e il 2009 si era creato un importante movimento sociale la cui protesta contro la corruzione per il lavoro e per i diritti dei lavoratori era stata oggetto di una violenta repressione antisindacale da parte del governo locale; la vicenda risulta documentata da fonti di stampa nazionale e internazionale prodotta dal ricorrente il quale ha allegato anche la sentenza di condanna nei confronti di una trentina di imputati tra i quali vari sindacalisti e gli appelli rivolti per la loro immediata liberazione; il ricorrente risulta poi tra le persone per le quali l'organizzazione dei diritti umani FIDH con nota del 6.3.2009 diretta al Commissario per i rifugiati delle Nazioni Unite ha richiesto in modo specifico attenzione in ragione della repressione violenta seguita agli incidenti per ragioni di ordine sociale ed economico che ha interessato tutte le persone originarie di detta regione, affermando, in accordo con tutte le organizzazioni non governative che vi era stata una grave violazione dei diritti umani.

La Commissione, richiesta dallo stesso P.M. di inviare la documentazione necessaria a supporto della propria decisione nulla ha trasmesso;

il ricorrente aveva diritto di essere sentito da questo giudice (art. 35 d.lgs. 25/2008) che avrebbe potuto approfondire le ragioni per le quali aveva lasciato il proprio Paese e temeva di farvi ritorno, diritto che è stato frustrato dall'illecito rimpatrio.

Va poi osservato come la decisione della Commissione si basa in modo a dir poco superficiale sulla insussistenza del timore di persecuzione diretta e personale, che pare proprio smentita non solo dall'affrettato rimpatrio del richiedente; ma soprattutto, dal fatto che, stando alle notizie del difensore, al rientro in patria sarebbe seguita l'associazione in un carcere di massima sicurezza.

Risulta invece che il ricorrente rientra tra un gruppo di persone fuggite dalla Tunisia a seguito delle repressioni avvenute nei confronti degli operai manifestanti contro le condizioni di assunzioni e di trattamento adottati dalle società delle miniere nella regione di Gafsa; rientra tra il gruppo dei tunisini sbarcati a Lampedusa e quindi-trasferiti al CIE di Gradisca d'Isonzo che hanno conferito una sorta di mandato collettivo all'odierno difensore per ottenere la protezione internazionale (cfr. all. 5).

Non può dubitarsi che la repressione violenta da parte della polizia nei confronti di persone che chiedono libertà e il riconoscimento di condizioni più dignitose di lavoro, ossia la repressione *di comportamenti non costituenti reato per lo stato italiano* (cfr. art. 32 co. 2 d.lgs. 25/2008) integri una ragione grave per la concessione della invocata protezione internazionale.

Va evidenziato infatti, quanto ai presupposti della protezione richiesta, che ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 19.11.2007, n. 251 per "rifugiato" deve intendersi il "cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese [...] ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10", mentre per "persona ammissibile alla protezione sussidiaria" deve considerarsi il "cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correbbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dallo stesso decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole, avvalersi della protezione di detto Paese".

La valutazione circa la fondatezza della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, ai sensi dell'art. 3 del medesimo corpo normativo, deve essere effettuata su base individuale tenendo in considerazione, fra l'altro, oltre alla dichiarazione e alla documentazione presentate dal richiedente, tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, al fine di valutare se gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave.

L'art. 7 qualifica gli atti di persecuzione - riconducibili a motivi di razza, religione, appartenenza ad determinato gruppo sociale, opinione politica - che danno luogo all'accoglimento [...] della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato: essi debbono "a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa, ai sensi dell'art. 15, paragrafo 2, della Convenzione sui diritti dell'uomo; b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lett. a); essi possono assumere la forma di atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; e) azioni, giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione, sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti che rien-

Rassegna di giurisprudenza

trano nelle clausole di esclusione di cui all'art. 10, co. 2; f) atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia".

Più attenuati e meno rigorosi, ma altrettanto puntuali, appaiono essere *ex art. 14* del medesimo d.lgs., i requisiti prestabiliti ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria: sono, invero, a tal fine considerati danni gravi (a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte, (b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, (e) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

In tema di prova del "fondato timore di persecuzione personale e diretta" si osserva che le Sezioni unite della Suprema Corte (sentenza n. 27310 del 2008) - richiamando le disposizioni contenute nel quinto paragrafo dell'art. 4 della direttiva comunitaria 2004/83/CE del Consiglio del 29.4.2004 e la direttiva 2005/85/CE cui ha dato attuazione il d.lgs. 28.1.2008 n. 25 - hanno avuto modo di precisare i confini dell'onere probatorio gravante in capo al ricorrente espressamente qualificandolo, sulla scia dei precedenti orientamenti giurisprudenziali, come "limitato o attenuato" in ragione del ridotto grado di disponibilità obiettiva delle prove; tuttavia, si è ivi chiarito espressamente che tale attenuazione probatoria non vale a configurare un beneficio del dubbio in favore del ricorrente, né un obbligo in capo all'Amministrazione di smentire quanto *ex adverso* dedotto, né può indurre a ritenere sufficienti le attestazioni di soggetti estranei al giudizio o i richiami al notorio quanto alla situazione problematica del Paese d'origine o in merito a persecuzioni delle rispettive etnie di appartenenza, dovendo viceversa il ricorrente provare, "quanto meno in via presuntiva, il concreto pericolo cui andrebbe incontro con il rimpatrio, con preciso riferimento all'effettività ed all'attualità del rischio" previo positivo superamento del giudizio di credibilità del proprio racconto (cfr. Cass. 26822/2007; Cass. 18353/2006; Cass. 28775/2005). Le S.U. hanno evidenziato, inoltre, che la normativa comunitaria ha delineato una forte valorizzazione dei poteri istruttori del giudice quanto ad acquisizione d'ufficio di informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione politica dei Paesi di provenienza degli istanti, prevedendo che lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda di protezione internazionale e che l'esame della domanda stessa deve essere effettuato su base individuale.

Il ricorrente, pertanto, deve fornire quanto meno la prova di elementi gravi precisi e concordanti relativi alla propria storia personale, sulla base dei quali il giudice potrà, con l'aiuto di informazioni sulla situazione generale del Paese acquisite d'ufficio, fondare argomentazioni presuntive quanto alla pregressa sussistenza di atti di persecuzione o di gravi danni alla persona e di pericolo concreto, effettivo ed attuale, di ulteriore perpetrazione degli stessi in caso di rimpatrio del ricorrente.

Va evidenziato che il richiedente è tenuto a motivare la sua domanda di protezione internazionale e che qualora taluni aspetti delle sue dichiarazioni non siano suffra-

gati da prove documentali o di altro tipo, la loro conferma non è comunque necessaria se sono soddisfatte le seguenti condizioni: a) il richiedente ha compiuti sinceri sforzi per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una spiegazione soddisfacente dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale prima possibile a meno che egli non dimostri di aver avuto buoni motivi per ritardarla; e) è accertato che il richiedente è in generale attendibile.

La Corte Suprema ha sottolineato come, in tal modo siano valorizzati fortemente i poteri istruttori officiosi della Commissione (che pare, nel caso in esame, non averne fatto però alcun uso, limitandosi a sentire il ricorrente) che ha il dovere di assumere informazioni e acquisire tutta la documentazione reperibile per verificare la sussistenza delle condizioni della protezione internazionale fornendole agli organi giurisdizionali chiamati a pronunciarsi su impugnazioni di decisioni negative; spetta in sostanza all'autorità amministrativa prima e al giudice poi il compito di cooperare nell'accertamento delle condizioni che consentono allo straniero di godere della protezione internazionale. In tale contesto la diligenza e buona fede del richiedente si sostanziano in elementi di integrazione dell'insufficiente quadro probatorio con un chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull'onere probatorio dettate dalla normativa codicistica vigente in Italia.

Tenuti fermi le disposizioni, i principi e criteri, questo giudice ritiene nel caso in esame che il ricorrente ha riferito di aver subito atti qualificabili come "atti di persecuzione" ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 251/2007 collegati alla propria partecipazione alle manifestazioni di protesta del ed popolo delle miniere, manifestazioni registrate dalla stampa nazionale e internazionale la cui repressione è stata qualificata dalle organizzazioni internazionali certamente in violazione dei diritti umani.

Il fatto poi, si ripete, che il rimpatrio possa aver determinato, secondo quanto appreso dal difensore, l'inserimento del ricorrente in un carcere di sicurezza vale a confermare quel timore di ritorsioni e persecuzioni allegato dal richiedente.

Viene dunque concessa l'invocata protezione internazionale e viene riconosciuto al ricorrente lo *status* di rifugiato previo annullamento della decisione della Commissione territoriale che aveva respinto analoga istanza.

P.Q.M.

ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, il tribunale in composizione monocratica definitivamente pronunciando accoglie il ricorso presentato da [...] (Tunisia), annulla la decisione assunta nei confronti del medesimo dalla Commissione territoriale di Gorizia il 10.3.2009, riconosce al predetto lo *status* di rifugiato ai sensi e per gli effetti di cui al d.lgs. 19.11.2007 n. 251.

Diritti civili

3.

Corte di cassazione - sez. III
sentenza 11.1.2011 n. 450 - rel. Segreto

risarcimento danni conseguente a sinistro stradale - lesione di diritti inviolabili della persona straniera (diritto alla salute e diritto ai rapporti parentali-familiari) - danni patrimoniali e non - interpretazione costituzionalmente orientata della condizione di reciprocità - irrilevanza della condizione

artt. 2, 3, 10, 24 e 32 Cost.; art. 6 Trattato Lisbona; art 16 prel.; art. 3 c.c. del 1865; artt. 2043, 2054, 2059; l. n. 990/1969

Svolgimento del processo

[...], quale procuratore speciale di [...], albanese madre del defunto [...] conveniva con citazione notificata il 20.2.1997 davanti al tribunale di S. Maria Capua Vetere [...] ed la sua assicuratrice la [...] s.p.a., per sentirli condannare al risarcimento del danno che essa [...] aveva subito a seguito del decesso del figlio investito dall'auto [...] del [...] mentre viaggiava su una bicicletta nella frazione S. Clemente di Caserta il 3.12.1996. Si costituiva l' [...] s.p.a e tra l'altro eccepiva la mancanza della condizione di reciprocità ai sensi dell'art. 16 delle preleggi, in relazione all'attrice albanese. Il tribunale adito dichiarava inammissibile la domanda per tale ragione con sentenza n. 757 del 29.1.2003.

La Corte di appello di Napoli, adita dall'attrice, con sentenza depositata il 20.7.2009 rigettava l'appello, ritenendo che nella fattispecie operava la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi, in relazione all'ordinamento albanese; che tale condizione doveva essere provata dall'attrice; che nessuna prova era stata offerta. L'attrice veniva condannata al pagamento delle spese processuali in favore dell'assicuratrice. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'attrice. Non hanno svolto attività difensiva gli intimati.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del Trattato della Comunità europea, ratificato con legge 14.10.1957, dell'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998, nonché degli artt. 2, 3, 10, 24 e 32 Cost. Assume la ricorrente che, poiché il diritto alla salute ed all'integrità fisica sono costituzionalmente garantiti, nella fattispecie non operava la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi.

2.1. Il motivo è fondato e va accolto. L'art. 16 delle preleggi, in tema di trattamento dello straniero, statuisce al co. 1, che : "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali". La giurisprudenza afferma pacificamente che l'esistenza del-

la condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle preleggi si pone come fatto costitutivo del diritto azionato dallo straniero, che deve essere provato in caso di contestazione; che conseguentemente, la contestazione da parte del convenuto italiano della condizione di reciprocità attiene alla mera difesa nel merito e non integra l'eccezione di difetto di giurisdizione (Cassazione S.U. n. 24814/2007).

2.2. Il problema si pone in relazione all'applicabilità della condizione di reciprocità in tema di risarcimento del danno alla persona da circolazione stradale. Sul punto vi è nella giurisprudenza di merito ampio contrasto. Accanto a sentenze che escludono ogni forma di risarcimento in assenza della condizione di reciprocità (quale è quella impugnata), ve ne sono altre (antecedenti alla sentenza delle - S.U. n. 26972/2008) che ammettono tale risarcimento anche indipendentemente dalla prova sull'esistenza della condizione di reciprocità per il solo danno biologico, quale diritto fondamentale. Altre estendono il risarcimento anche al danno morale della sola vittima; altre dispongono il risarcimento anche del danno morale sofferto dal prossimo congiunto. La maggioranza delle sentenze di merito esclude, in assenza della condizione di reciprocità, il risarcimento del danno patrimoniale, anche se conseguente della lesione alla persona.

2.3. La giurisprudenza di legittimità ha trattato la questione con la sentenza 10.2.1993, n. 1681 in un procedimento in cui la domanda risarcitoria era stata proposta da un soggetto egiziano contro il fondo di garanzia ed ha statuito che, in caso di sinistro stradale causato da un veicolo o natante non identificato o non coperto di assicurazione, lo straniero che vuole esercitare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del fondo di garanzia per le vittime della strada, previsto dall'art. 19 l. 24.12.1969 n. 990, deve solo dimostrare, ai sensi dell'art. 16 disp. prel. c.c., che lo Stato cui appartiene riconosce, senza limitazioni discriminatorie per il cittadino italiano, i diritti civili connessi al risarcimento del danno ed all'istituto della assicurazione, essendo del tutto irrilevante la carenza, nell'ordinamento straniero, di un istituto analogo a quello del fondo di garanzia che, avendo funzione risarcitoria e non indennitaria, attiene non al diritto ma alle modalità attraverso le quali nello Stato italiano è assicurato il risarcimento del danno. In effetti la sentenza in questione, pur riconoscendo la tutela dei diritti inviolabili dello straniero, individuati dalla Costituzione, quanto alla tutela risarcitoria degli stessi attraverso il sistema assicurativo, ribadiva l'operatività in materia dell'art. 16, co. 1, disp. prel. c.c. La questione relativa alla possibilità della domanda (da parte di danneggiato extracomunitario) di risarcimento del danno con azione diretta nei confronti dell'assicuratore per la rca, a prescindere dalla condizione di reciprocità, non risulta successivamente affrontata da questa Corte.

2.4. Nelle sentenze di questa Corte n. 10504 del 7.5.2009 e n. 4484 del 24.2.2010, risulta affermato il principio per cui l'art. 16 delle preleggi sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona dal momento che i diritti fondamentali, come quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute, siccome riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da tale

Rassegna di giurisprudenza

articolo, con la conseguenza che la relativa tutela deve essere assicurata, indipendentemente dalla cittadinanza (italiana, comunitaria ed extracomunitaria).

Tuttavia entrambe le sentenze, al di là dell'affermazione suddetta di principio, non si pongono il diverso problema se l'inviolabilità del diritto leso comporti che il cittadino straniero, a prescindere dalla condizione di reciprocità, possa esperire la tutela risarcitoria non solo nei confronti del danneggiante, ma anche nei confronti di soggetto responsabile per fatto altrui (quale il proprietario, non conducente dell'auto, a norma dell'art. 2054 c.c., ovvero il padrone o il committente a norma dell'art. 2049 c.c.) ovvero possa proporre tale domanda risarcitoria direttamente nei confronti dell'assicuratore della rca.

In altri termini, come avevano ben osservato Cassazione 10.2.1993, n. 1681 e la dottrina che la criticò, una questione è quella della risarcibilità del danno da lesione di diritto inviolabile dell'uomo, tutelabile *ex art. 2 Cost.* a prescindere dalla condizione di reciprocità anche se trattasi di cittadino extracomunitario, altra cosa è l'allocatione del costo del risarcimento di tale danno, e cioè oltre che nella sfera del danneggiante (come è nella logica delle cose), anche direttamente in quella di un soggetto diverso dal danneggiante (segnatamente l'assicuratore).

Le due sentenze suddette (n. 10504 del 7.5.2009 e n. 4484 del 24.2.2010) hanno condannato al risarcimento del danno alla persona da sinistro stradale due società assicuratrici della rca, ma non emerge il percorso attraverso cui sono giunti a tale conclusione, non essendo da sola sufficiente l'applicazione del richiamato principio di cui all'art. 2 Cost. (che si limita ad assicurare la tutela).

Ciò è invece importante, non tanto a fini dogmatici, che atomisticamente considerati - non interessano questa sede, ma perché, solo individuando i principi attraverso i quali si giunge a questa diversa allocatione della pretesa risarcitoria nella sfera di soggetti estranei al sinistro stradale (quelli che rispondono per il fatto del conducente ovvero l'assicuratore della rca), si possono individuare i confini ed il contenuto della responsabilità di questi altri soggetti e quindi risolvere i contrasti esistenti nella giurisprudenza di merito, sopra richiamati.

3.1. Ritiene questa Corte che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 disp. prel. c.c., comporti non solo che della condizione di reciprocità non debba tenersi conto ai fini di assicurare allo straniero il risarcimento della lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito (fin qui in applicazione dell'art. 2 Cost.), ma anche che lo straniero danneggiato possa avvalersi di tutti gli strumenti risarcitori apprestati per il cittadino, anche se essi sono diretti verso un soggetto diverso da quello che ha provocato la lesione.

Il codice del 1865, in omaggio ad un principio di solidarietà dei popoli, ispirato, in parte, dalle vicende risorgimentali, aveva operato un'equiparazione nel trattamento giuridico, ammettendo lo straniero a godere incondizionatamente dei diritti civili riconosciuti al cittadino (art. 3).

In un clima più sensibile al principio di nazionalità, nonché a tutela dell'aumentato flusso migratorio degli italiani verso l'estero, il codice del 1942 (tanto le preleggi

che il libro primo erano stati approvati, peraltro, già con il r.d. 12.12.1938, n. 1852), pur ripetendo la medesima formula iniziale del codice del 1865, ha subordinato il godimento dei diritti da parte dello straniero nel territorio dello Stato alla “condizione di reciprocità”.

È da sottolineare, tuttavia, come è stato rilevato da più parti, che tale condizione, derivante dal rilievo della diversità di trattamento riservata allo straniero da numerosi ordinamenti, costituisce una forma di “ritorsione” (o, per alcuni, secondo un paradigma ben noto al diritto internazionale, di “rappresaglia”), idonea a stimolare i vari ordinamenti statuali verso una parificazione dei trattamenti.

Non è inopportuno precisare inoltre, in proposito, che l’art. 16 si riferisce esclusivamente alla capacità di diritto privato, concernente la materia familiare, testamentaria, contrattuale, etc., laddove i cosiddetti diritti politici rimangono in linea di massima riservati ai cittadini, indipendentemente da qualsiasi riferimento alla regolamentazione che assumono negli altri Stati.

3.2. L’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in un clima del tutto nuovo, ha fatto sorgere - e pone - il problema se l’art. 16 debba ritenersi tuttora in vigore o non ne sia, quanto meno, in qualche modo derogato: una tale verifica costituisce il necessario presupposto di ogni ulteriore esame.

Si è fatto riferimento, allo scopo agli artt. 2, 3, 10 e 24 Cost.

Si è affermato (con riferimento all’art. 24) che l’attribuzione a “tutti” (e quindi anche agli stranieri) della facoltà di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, senza alcun riferimento alla reciprocità (in tal senso, ad es., Corte costituzione 15.3.1972, n. 50) comporterebbe l’incondizionata ammissione dello straniero al godimento anche di detti diritti ed interessi. Il richiamo è, in realtà, frutto di una confusione concettuale tra le posizioni di diritto sostanziale e la loro tutela giudiziale. Il diritto di accesso a tale forma di tutela non risolve, in realtà, il problema di diritto sostanziale, ma lo presuppone, nel senso che allorché sia riconosciuto dall’ordinamento un determinato diritto, si prescinde da ogni condizione di reciprocità ai fini della sua tutela giurisdizionale.

3.3. Diverso è il rapporto tra l’art. 2 Cost. e l’art. 16 preleggi.

L’art. 2 Cost. “riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”, escludendo quindi, in tale ambito, qualsiasi distinzione fondata sul criterio della reciprocità.

Il criterio della gerarchia delle fonti ed il principio cd. di “ndrittwirkung” delle norme costituzionali per cui le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona sono pienamente e direttamente operanti, anche nei rapporti tra privati, cfr. Corte costituzione, n. 184 del 1986), impongono quindi un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 16 delle preleggi, per cui i diritti inviolabili della persona umana sono riconosciuti dal nostro ordinamento in favore di ogni individuo (sia esso anche extracomunitario), indipendentemente dal riconoscimento di eguale diritto in favore del cittadino italiano nello Stato a cui si appartiene lo straniero.

Rassegna di giurisprudenza

3.4. La sentenza di questa Corte n. 1681/1993, come notato dalla dottrina più attenta, finiva per limitare i diritti inviolabili dell'uomo a quelli successivamente e specificamente elencati dalla stessa carta Costituzionale (art. 13 e ss.).

Va invece osservato che il catalogo dei diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente garantiti, non costituisce numero chiuso.

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost., ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana (Cassazione S.U. 11.11.2008 n. 26972).

Ne consegue che l'art. 2 Cost. non ha comportato l'abrogazione dell'art. 16 prel., ma ha solo escluso che tra i diritti, la cui tutela è sottoposta alla condizione di reciprocità, rientrino anche quei diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente garantiti, rimanendo tale norma, invece operativa per tutti gli altri "diritti civili".

3.5. Questa interpretazione costituzionalmente orientata trova riscontro nell'art. 2 della l. 6.3.1998, n. 40 (poi trasfuso nell'art. 2 del TU d.p.r. n. 286/1998 sulla condizione dello straniero), che statuisce al co. 1: "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". Detta norma è quindi sul punto ricognitiva dell'esistente, proprio perché il riconoscimento di tali diritti inviolabili già derivava in favore dello straniero direttamente dall'art. 2 Cost.

Senonché la tutela somministrata dall'art. 2 Cost. nei confronti dello straniero è ben più ampia di quella di cui alla legge n. 40/1998.

Anzitutto l'art. 2 legge n. 40/1998 è norma di diritto sostanziale (non apparendo predicabile una possibile diversa natura della stessa), con la conseguenza che essa dispone solo per il tempo successivo alla sua entrata in vigore (1998).

Tale norma non è quindi applicabile nella fattispecie, poiché il sinistro stradale mortale si verificò nel 1996.

Inoltre il riconoscimento dei diritti fondamentali è accordato dalla legge n. 40/1998 allo straniero, solo a condizione che questi si trovi alla frontiera o nel territorio nazionale.

Il che significa che al momento della lesione del diritto fondamentale, lo straniero danneggiato deve trovarsi in Italia, non essendo sufficiente che egli lo sia solo successivamente, quando la fattispecie lesiva è ormai esaurita.

Quindi l'attuale attrice sulla base dell'art. 2 legge n. 40/1998 non vedrebbe tutelato il suo diritto all'invulnerabilità del rapporto parentale con il figlio, in quanto nel momento dell'uccisione del giovane, essa non si trovava in Italia, ma in Albania (anche in questo giudizio essa è presente per il tramite di un procuratore speciale).

Invece l'art. 2 Cost. "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", indipendentemente dal luogo in cui si trovi il titolare, essendo – ovviamente – solo necessario che la lesione di tali diritti avvenga nel territorio dello Stato italiano.

3.6. Pertanto allo straniero, indipendentemente dalla condizione di reciprocità, compete il risarcimento dell'intero danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059, c.c., allorché esso sia liquidato non come ipotesi espressamente prevista dalla legge (nella formulazione letterale ed originaria della norma), ma quale risarcimento della lesione di un valore della persona umana, costituzionalmente garantito, giusta l'interpretazione formatasi a seguito del *revirement* inaugurato dalle sentenze n. 8827 ed 8828 del 2003.

Anche per il danno non patrimoniale risarcibile allo straniero vale quanto affermato dalle Sezioni unite di questa Corte con sentenza 11.11.2008 n. 26972, per cui il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali, ove derivanti da reato, del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo (posto che qualsiasi lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica o psichica), come pure la liquidazione del danno biologico separatamente da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello cosiddetto esistenziale. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione ma senza duplicazioni.

3.7. In questo concetto unitario di danno non patrimoniale e della sua conseguente liquidazione, non ha più senso discutere se allo straniero compete oltre al risarcimento del danno biologico anche quello del danno morale: anche lo straniero ha diritto al risarcimento integrale dell'intero danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.

4. Egualmente nei confronti dello straniero va applicata la giurisprudenza di questa Corte in tema di risarcimento del danno non patrimoniale subito dai prossimi congiunti della vittima deceduta. Ciò è conseguenza del fatto che il danno subito in conseguenza dell'uccisione del prossimo congiunto, per la definitiva perdita del rapporto parentale, concretandosi nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, nonché all'invulnerabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della famiglia, la cui tutela - alla stregua dei principi sanciti con le sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 della Corte di cassazione - è individua-

Rassegna di giurisprudenza

bile negli artt. 2, 29 e 30 Cost., si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. (Cassazione 19.1.2007, n. 1203).

Anche in questa ipotesi la perdita di una persona cara implica necessariamente una sofferenza morale, la quale non costituisce un danno autonomo, ma rappresenta un aspetto - del quale tenere conto, unitamente a tutte le altre conseguenze, nella liquidazione unitaria ed omnicomprensiva - del danno non patrimoniale (Cassazione S.U. 11.11.2008, n. 26972).

5.1. Negli stessi termini, relativamente all'inoperatività della condizione di reciprocità, si pone la questione del risarcimento in favore dello straniero del danno patrimoniale, purché conseguente alla lesione di un valore della persona umana costituzionalmente garantito. Infatti il danno risarcibile, nella struttura della responsabilità aquilana, sia esso patrimoniale che non patrimoniale, è sempre un danno conseguenza di un fatto lesivo. Per "fatto lesivo" deve intendersi: una condotta (commisiva o omissiva), un nesso causale ed un evento lesivo. Allorché questo evento lesivo attinge un valore della persona umana costituzionalmente garantito e quindi un diritto inviolabile della persona, scatta la tutela dell'ordinamento. La riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi (cfr. Corte cost., sentenza n. 184/86, che si avvale tuttavia dell'argomento per ampliare l'ambito della tutela *ex art.* 2043 c.c. al danno non patrimoniale da lesione della integrità biopsichica; nonché Cassazione n. 8828/2003; ma l'argomento si presta ad essere utilizzato anche in questa sede). Se il danno patrimoniale è conseguenza della lesione del diritto inviolabile alla salute e quindi all'integrità psicofisica, la tutela risarcitoria apprestata investe ogni danno conseguente a tale lesione della persona umana: è il bene leso che caratterizza la diretta copertura costituzionale della tutela, mentre il danno conseguenza (patrimoniale e non patrimoniale) individua solo la perdita (o il pregiudizio) in concreto verificatasi e risarcibile.

5.2. Eguale discorso va effettuato in caso di uccisione di congiunto dello straniero. Anche in questo caso la tutela risarcitoria (non derogata dalla condizione di reciprocità), derivando dall'evento lesivo dei valori costituzionali attinenti alla famiglia ed al rapporto parentale (artt. 2, 29 e 30 Cost.), e quindi integranti diritti inviolabili dell'uomo, copre sia il danno conseguenza patrimoniale che quello non patrimoniale.

5.3. Non potrà invece essere fatto valere, in assenza della condizione di reciprocità, il danno da perdita o danneggiamento di cose (generalmente il veicolo) subito dallo straniero extracomunitario (per i cittadini dell'Unione europea, invece, opera l'art. 6 del Trattato CE, ratificato con legge n. 3/1957, per cui essi non possono essere discriminati dalla legislazione italiana nell'esercizio dei diritti civili). In questo caso, infatti, ciò che è leso è il diritto alla proprietà di quello specifico bene e tale diritto non costituisce, secondo l'opinione prevalente, un diritto inviolabile della persona umana.

6.1. L'ulteriore problema che si pone è se tale tutela risarcitoria dello straniero per il danno alla persona o al prossimo congiunto della vittima deceduta possa essere

fatto valere, oltre che contro il responsabile del sinistro, anche contro l'assicuratore dello stesso con l'azione diretta di cui all'art. 18 legge n. 990/1969 (ed ora art. 144 d.p.r. n. 209/2005 ovvero nei confronti del Fondo di garanzia per le vittime della strada (artt. 19 e ss. legge n. 990/1969 ed ora artt. 283 e ss. d.p.r. n. 209/2005). Anche sul punto vi è contrasto nella giurisprudenza di merito.

6.2. Coloro che hanno sostenuto l'esperibilità da parte dello straniero dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del fondo di garanzia hanno affermato che era sufficiente per ritenere esistente la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi, che non vi fossero nei confronti del cittadino italiano discriminazioni nell'ordinamento dello straniero, indipendentemente da quale fosse la tutela ivi accordata. La tesi non può essere condivisa perché la condizione di reciprocità esige di essere verificata sotto un duplice e concorrente profilo. Sia nel senso che lo Stato a cui lo straniero appartiene riconosca nel proprio ordinamento un diritto corrispondente in via generale ed astratta, a quello che egli intende esercitare in Italia, sia nel senso che tale ordinamento non ponga discriminazioni a danno del cittadino italiano in ordine all'esercizio di quel diritto nello Stato estero. Da ciò consegue che il diritto dal cui godimento il cittadino italiano risulti escluso sul territorio dello Stato straniero, per il difetto dell'uno o dell'altro dei due requisiti, sarà negato in Italia al cittadino di quello Stato.

6.3. Altra giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l'azione diretta attraverso un'interpretazione lata del sintagma "diritti civili" e del concetto di "reciprocità". Questa giurisprudenza ha ritenuto, sulla base del precedente di questa Corte 10.2.1993, n. 1681 che, per potersi esperire l'azione contro il Fondo di garanzia per le vittime della strada era sufficiente che nello Stato estero vi fosse l'istituto dell'assicurazione per la responsabilità civile senza discriminazioni nei confronti del cittadino italiano, essendo la mancanza del Fondo di garanzia irrilevante, in quanto costituiva solo una modalità del risarcimento e non atteneva al diritto. La suddetta sentenza, quindi, riteneva applicabile nella fattispecie la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, ma svalutava le disposizioni di cui agli artt. 19, e 20 della legge n. 990/1969 a mere modalità di esercizio di un diritto risarcitorio genericamente riconosciuto, attesa l'attribuita possibilità di azionarlo nei confronti di soggetti ulteriori, accanto al conducente ed al proprietario.

La dottrina ha rilevato che nella fattispecie non si trattava di una generica modalità di esercizio dello stesso diritto risarcitorio ma della creazione di un'ulteriore situazione giuridica soggettiva in capo al danneggiato, consentendo l'indirizzarsi della pretesa risarcitoria direttamente nei confronti di soggetti che non lo sarebbero altrimenti (nella fattispecie esaminata il Fondo di garanzia, ma l'osservazione vale anche per l'assicuratore convenuto con azione diretta), così accordando un'effettività risarcitoria altrimenti inesistente, poiché l'astratto riconoscimento di un diritto risarcitorio nei confronti di persona sconosciuta equivale a un "non diritto". Le critiche suddette non paiono prive di fondamento.

Rassegna di giurisprudenza

7.1. Senonché la soluzione della questione la si trova sullo stesso piano costituzionale, in cui ci si è posti.

Infatti una volta adottato il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 delle preleggi, tale percorso interpretativo non può arrestarsi al solo art. 2 Cost., ma va compiuto per intero, per cui in tutte le ipotesi per le quali lo straniero può far valere la tutela risarcitoria in deroga alla disciplina di cui all'art. 16 preleggi per la lesione di un diritto inviolabile dell'uomo, essendo questo direttamente riconosciuto dall'art. 2 Cost., tale tutela gli andrà accordata anche in osservanza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e cioè nelle stesse forme in cui viene somministrata al cittadino italiano, salvo che non sia espressamente previsto in modo diverso dalla legge (la quale peraltro non si deve prestare a vizio di irragionevolezza sindacabile dal Giudice delle leggi).

7.2. A tal proposito la Corte costituzionale ha statuito che, per quanto il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) si riferisca espressamente ai soli cittadini, esso vale anche per lo straniero, quando si tratta di tutelare i diritti fondamentali ed inviolabili della persona individuati dalla Carta costituzionale, e ciò anche in sintonia con l'art. 10, co. 2, Cost. stessa, in relazione con l'art. 14 della Convenzione europea che sancisce il diritto dello straniero all'eguaglianza, proclamato anche dagli artt. 2 e 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Corte cost., 23.11.1967, n. 120; Corte cost., 27.4.1988, n. 490; Corte cost., 24.2.1994, n. 62; Corte cost., 23.11.1967, n. 120; Corte cost., 23.7.1974, n. 244; Corte cost., 20.1.1977, n. 46).

7.3. Da ciò deriva che, poiché, in tema di risarcimento del danno da circolazione stradale, al cittadino italiano non solo gli è riconosciuta *ex art. 2043 c.c.*, la generica azione da responsabilità aquiliana nei confronti dell'autore del fatto illecito (generalmente il conducente), ma anche *ex art. 2054 c.c.* l'azione per responsabilità solidale nei confronti del proprietario e del conducente dell'automezzo, assistita da presunzione di colpa, ed altresì l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile (o del Fondo di garanzia) nelle ipotesi già previste dalla legge n. 990/1969 ed attualmente dal codice delle assicurazioni, di cui al d.p.r. n. 209/205, eguali azioni vanno riconosciute in favore dello straniero, anche extracomunitario, per ogni tipo di danno (patrimoniale o non patrimoniale) conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica ovvero di altro valore della persona umana, costituzionalmente garantito (quale quello relativo al rapporto parentale-familiare). Per quanto, invece, riguarda l'azione risarcitoria da circolazione stradale per danni alle cose (generalmente il veicolo), al cittadino straniero, ma comunitario, egualmente competono le suddette azioni, nei casi in cui esse competono al cittadino italiano, stante il divieto di discriminazione tra cittadino italiano e cittadino comunitario. Per il cittadino straniero extracomunitario in tale ultima ipotesi opera la condizione di reciprocità e quindi il risarcimento per danni alle cose conseguenti a sinistro stradale è accordato nei limiti in cui eguale azione risarcitoria è esperibile dal cittadino italiano nella nazione dell'extracomunitario.

8.1. Alla legittimità dell'azione diretta nei confronti del solo assicuratore contraente da parte del danneggiato extracomunitario si può giungere anche attraverso una via tutta civilistica, fondata sul contratto di assicurazione con quello specifico assicuratore. La premessa è sempre che, per effetto della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi alla luce dell'art. 2 Cost., la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non è sottoposta alla condizione di reciprocità e quindi che essa va sempre accordata, con allocazione del costo del risarcimento quanto meno a carico del danneggiante. Senonché questa è la prospettiva del danneggiato, avulsa dal contesto in cui si sia precedentemente mosso il danneggiante. La diversa prospettiva da cui porsi è appunto quella del danneggiante, il quale abbia stipulato un contratto per la rca a norma della legge n. 990/1969 (ora d.lgs. 7.9.2005, 209) per vedersi coperto da ogni rischio risarcitorio nei confronti di ogni soggetto danneggiato, e tra questi, proprio per effetto della lettura costituzionale dell'art. 16 preleggi, vi è necessariamente anche la persona extracomunitaria relativamente alle sole lesioni di diritti inviolabili.

8.2. Tale contratto secondo la dottrina maggioritaria, attribuisce al creditore danneggiato un diritto autonomo di natura sostanziale (e non solo una mera legittimazione) nei confronti dell'assicuratore, cui corrisponde l'obbligo di quest'ultimo di pagare a lui direttamente il risarcimento. Proprio per tale struttura il contratto in questione è stato ritenuto da parte della dottrina come contratto a favore di terzo, da altra come contratto per conto dello stesso danneggiato ed infine, da altri autori, come contratto atipico a favore di terzo. Sta di fatto che, se si ritenesse nella fattispecie non possibile l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore da parte del danneggiato extracomunitario, anzitutto il danneggiante si vedrebbe scoperto sotto il profilo assicurativo ai fini - risarcitori della lesione del diritto inviolabile dell'extracomunitario (a cui egli è invece tenuto *ex art. 2 Cost.*), mentre egli ha stipulato un contratto perché (in conformità alla legge sull'assicurazione obbligatoria della rca) ogni danneggiato sia risarcito direttamente dall'assicuratore. Inoltre il danneggiato extracomunitario, che ha acquisito dal predetto contratto un diritto autonomo di natura sostanziale relativo alla tutela risarcitoria di un diritto inviolabile (che - come detto - è la forma minima di tutela, non assoggettabile a specifici limiti) si vedrebbe limitato in tale sua tutela ad agire solo nei confronti del danneggiante, non essendogli riconosciuto quel diritto che gli deriva direttamente dal contratto nei confronti dell'assicuratore contraente.

9.1. Va, quindi, affermato il seguente principio di diritto: "Interpretando l'art. 16 delle preleggi alla luce degli artt. 2, 3 e 10 Cost. per il principio della gerarchia delle fonti, poiché costituiscono diritti inviolabili della persona umana sia il diritto alla salute ed all'integrità psicofisica sia il diritto ai rapporti parentali-familiari il risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) subiti dallo straniero (anche extracomunitario) in conseguenza della lesione di tali diritti, può essere fatto valere con l'azione risarcitoria, indipendentemente dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi, senza alcuna disparità di trattamento rispetto al cittadino

Rassegna di giurisprudenza

italiano, e quindi non solo contro il danneggiante (o contro il soggetto tenuto al risarcimento per fatto altrui), ma anche con l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del Fondo di garanzia per le vittime della strada".

9.2. La sentenza impugnata, che non ha fatto corretta applicazione di tale principio, va cassata, con rinvio, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Napoli, in diversa composizione, che si uniformerà al suddetto principio di diritto.

P.Q.M.

accoglie il ricorso. Cassa l'impugnata sentenza e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di Cassazione alla Corte di appello di Napoli, in diversa composizione.

4.

Corte d'appello di Genova ordinanza 24.11.2010 - est. Ponassi

questione di legittimità costituzione degli artt. 1 l. n. 289/90 ed 80, co. 19 l. n. 388/2000 nella parte in cui l'erogazione dell'indennità di frequenza viene subordinata, per il cittadino straniero, alla titolarità della carta di soggiorno - prospettata violazione degli artt. 2, 3, 32, 34, 38, 117 Cost - non manifesta infondatezza

artt. 2, 3, 32, 34, 38, 117 Cost; Convenzione di New York artt. 24, 25, 26, 27, 28; art. 1 l. n. 289/1990; art. 80 co. 19 l. n. 388/2000

N. 822/09 Ruolo Generale. Letti gli atti e sentite le parti nella causa in grado di appello iscritta al n. 822/09 promossa da [...] contro l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) [...].

1. I termini della controversia

Con sentenza n. 1041/09 il tribunale di Genova, in funzione di giudice del lavoro, rigettava la domanda proposta da [...] avente ad oggetto la declaratoria del diritto della ricorrente, nella qualità di genitore esercente la potestà genitoriale sul minore [...], a percepire l'indennità di frequenza di cui alla legge n. 289/90, con condanna dell'INPS al pagamento dei ratei maturati dalla data della domanda amministrativa (13.3.2007) al saldo, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali. Osservava il giudicante che la competente Commissione medica aveva riconosciuto la sussistenza, in capo al minore [...], dei requisiti sanitari richiesti per la concessione della provvidenza *de qua* ma che questa era stata negata per la mancanza della carta di soggiorno richiesta dall'art. 80, co. 19, della legge 23.12.2000 n. 388. Affermava il tribunale che la ricorrente aveva richiesto il primo permesso di soggiorno nel 2006 e non era, dunque, soggiornante sul territorio nazionale da almeno cinque anni (condizione richiesta per il rilascio della carta di soggiorno); aggiungeva che non era ravvisabile un'illegittimità della disposizione di cui all'art. 80 citato per contrasto con il regolamento CE n. 859/2003, né erano invocabili nella fattispecie le pro-

nunce della Corte costituzionale n. 306/2008 e n. 11/2009. Avverso la sentenza proponeva appello [...] la quale ribadiva che il proprio figlio minore era iscritto alla seconda classe della Scuola media statale Ugo Foscolo ed era stato riconosciuto in possesso dei requisiti sanitari richiesti dalla legge per l'erogazione della indennità di frequenza; ricordava che l'indennità di frequenza è concessa, a norma dell'art. 3 della legge n. 289/90, ai minori che frequentano scuole di ogni ordine e grado ed invocava la giurisprudenza che aveva ritenuto l'art. 1 del regolamento CE n. 859/2003 applicabile anche ai cittadini dei Paesi terzi ed ai loro familiari purché in situazioni di soggiorno legale nel territorio di uno stato membro. Censurava, dunque, l'impugnata sentenza laddove aveva escluso il diritto di essa appellante a percepire l'indennità di frequenza a causa della mancanza della carta di soggiorno ed affermava che tale orientamento si poneva in contrasto con l'ormai recepita - anche a livello comunitario - estensione dei regimi di sicurezza sociale a tutti i soggetti legalmente residenti in un territorio. Sosteneva peraltro che fosse compito del giudice dello Stato italiano, nel caso di contrasto tra una norma interna con le norme di fonte comunitaria, disapplicare la norma nazionale, stante la diretta applicabilità del Regolamento.

L'INPS resisteva.

2. La normativa applicabile ed il giudizio di rilevanza della legittimità costituzionale dell'art. 80, co. 19, della legge 23.12.2000 n. 388

La provvidenza richiesta dall'odierna appellante è disciplinata dalla l. n. 289/90. Beneficiari di essa sono i mutilati ed invalidi civili, minori di anni 18, cui siano state riconosciute (dalle commissioni mediche periferiche per le pensioni di guerra e di invalidità civile) difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età, nonché i minori ipoacusici che presentino una perdita uditiva superiore ai 60 decibel nell'orecchio migliore nelle frequenze di 500, 1.000, 2.000 hertz; tale provvidenza è condizionata al "ricorso continuo o anche periodico a trattamenti riabilitativi o terapeutici" connessi con la minorazione ovvero "alla frequenza continua o anche periodica di Centri ambulatoriali o di centri diurni, anche di tipo semiresidenziale, pubblici o privati, purché operanti in regime convenzionale, specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione e nel recupero di persone portatrici di handicap", ovvero ancora alla frequenza di "scuole, pubbliche o private, di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi" - dovendosi peraltro ricordare che con sentenza 20/22.11.2002, n. 467 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 3, nella parte in cui non prevede che l'indennità mensile di frequenza sia concessa anche ai minori che frequentano l'asilo nido. L'importo dell'indennità è pari all'assegno ordinario di invalidità di cui all'art. 13 della legge n. 118/1971 ed è richiesto, per la sua erogazione, il medesimo requisito reddituale di cui al suddetto assegno. Costituiscono situazioni ostative all'erogazione qualsiasi forma di ricovero nonché la concessione, o concedibilità, dell'indennità di accompagnamento di

Rassegna di giurisprudenza

cui alle leggi 28.3.1968, n. 406, 11.2.1980, n. 18, e 21.11.1988, n. 508 e la percezione della speciale indennità in favore dei ciechi civili parziali o dell'indennità di comunicazione in favore dei sordi prelinguali, di cui agli artt. 3 e 4 della legge 21.11.1988, n. 508, salva la facoltà dell'interessato di optare per il trattamento più favorevole. Ciò premesso, si ricorda che a fondamento della domanda l'odierna appellante afferma che il proprio figlio minore è in possesso dei requisiti sanitari previsti dalla succitata l. 289/90, essendo stato riconosciuto dalla Commissione di prima istanza della Regione Liguria affetto da patologie - "ritardo mentale medio-lieve. Deficit visivo in OD (ODV 1/10)" - che hanno determinato difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età. Tale circostanza è documentalmente provata e non è stata posta in discussione dall'Istituto resistente. È stata inoltre versata in atti la documentazione attestante la sussistenza delle ulteriori condizioni poste dal legislatore all'art. 1, co. 3 (nella fattispecie: frequenza della scuola pubblica) e 1, co. 5 (requisito reddituale); né risulta sussistente alcuna delle situazioni di incompatibilità con la fruizione del beneficio. La mancata concessione della provvidenza è riconducibile, secondo quanto comunicato dall'INPS nella missiva del 20.11.2007, unicamente al seguente motivo: "Mancanza della carta di soggiorno (tutte le fasce)". Anche se la missiva suddetta non richiama la normativa di riferimento, questa è costituita dall'art. 80, co. 19, della legge n. 388/2000, che così recita: "Ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. Sono fatte salve le disposizioni previste dal d.lgs. 18.6.1998, n. 237, e dagli artt. 65 e 66 della legge 23.12.1998, n. 448, e successive modificazioni". Orbene, dalla lettura degli atti emerge che nel momento in cui ha proposto la domanda amministrativa l'appellante si trovava legittimamente sul territorio italiano in forza di un primo permesso di soggiorno indicante quale motivo del soggiorno "lavoro subordinato anche stagionale" rilasciatole il 27.6.2003 (non, quindi, nell'anno 2006, come affermato nella sentenza impugnata), più volte prorogato e sostituito, da ultimo, da un permesso di soggiorno con scadenza 9.10.2011 rilasciato per "motivi familiari". Non aveva invece, né ha ottenuto in seguito, la carta di soggiorno e per tale ragione - solo per tale ragione - il procedimento amministrativo si è concluso con il rigetto della domanda.

Rilevato dunque che l'indennità di frequenza non è stata erogata esclusivamente a causa del mancato possesso della carta di soggiorno (costituente requisito aggiuntivo, in forza dell'art. 80, co. 19, della legge n. 388/2000, per l'erogazione della prestazione in favore di cittadini stranieri), deve ritenersi nella fattispecie sussistente la rilevanza del vaglio costituzionale dell'art. 80, co. 19, della l. 388/2000.

3. La non manifesta infondatezza dell'eccezione di legittimità costituzionale

Come già ricordato, l'indennità di frequenza si configura tra le provvidenze economiche, che costituiscono diritti soggettivi, condizionate, alla luce dell'art. 80, co. 19, della legge n. 388/2000, alla titolarità della carta di soggiorno (ovvero del sopravvenuto permesso di soggiorno CE per i soggiornanti di lungo periodo); occorre quindi valutare se risultino condivisibili le censure di costituzionalità formulate dall'appellante alla norma suddetta. Tali censure si fondano sull'asserita discriminazione dei cittadini stranieri, rispetto ai cittadini italiani, laddove la normativa sopra richiamata condiziona la concessione dell'indennità di frequenza a requisiti ulteriori rispetto a quelli richiesti ai cittadini italiani, escludendone l'erogazione per coloro che, pure in possesso di un titolo per soggiornare legittimamente sul territorio italiano, non siano titolari della carta di soggiorno.

Soccorrono, nella formulazione di tale valutazione, i seguenti principi enunciati dalla Corte costituzionale. Con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha affermato che qualora il giudice ravvisi un contrasto (non risolvibile in chiave interpretativa) tra norma interna e norma derivante dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata e resa vigente dall'Italia con legge ordinaria, non può far luogo alla disapplicazione della norma interna ma è tenuto a sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione della norma interna con l'art. 117 Cost., che impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Con la sentenza n. 306/2008 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, co. 19, della legge 388/2000 ritenendola norma discriminatoria (e, quindi, contraria al principio costituzionale di cui all'art. 3 Cost.) nella parte in cui esclude che l'indennità di accompagnamento possa essere riconosciuta agli stranieri extracomunitari soltanto perché non in possesso dei requisiti di reddito stabiliti per ottenere la carta di soggiorno (e successivamente per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). Con la sentenza n. 11/2009, sulla base di un ragionamento analogo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, co. 19, della legge 388/2000 ritenendola norma discriminatoria nella parte in cui esclude che possa essere riconosciuta agli stranieri extracomunitari non in possesso dei requisiti di reddito stabiliti per la carta di soggiorno (e successivamente per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo) la pensione di inabilità - sottolineando, in questo secondo caso, una contraddizione logica ancora più grave giacché la provvidenza suddetta viene erogata solo al di sotto di un certo limite reddituale, tutelando proprio le situazioni in cui l'inabilità si accompagna al bisogno economico. Va rilevato che in entrambe le sentenze da ultimo citate (n. 306/08 e n. 11/09) le fattispecie in esame riguardavano soggetti presenti sul territorio italiano da oltre cinque anni e l'unico aspetto ostativo al riconoscimento, in loro favore, della carta di soggiorno era costituito dalla carenza del requisito reddituale. Con la sentenza n. 187/2010, infine, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, co. 19, della legge 388/2000 nella parte in

Rassegna di giurisprudenza

cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge n. 118/1971. Trattasi di una pronuncia di particolare importanza, ai fini della presente decisione, giacché dalla prospettazione della questione di legittimità si desume che non viene in rilievo la carenza, in capo allo straniero cui è stata rifiutata la prestazione assistenziale, del requisito reddituale per ottenere la carta di soggiorno bensì la carenza del requisito della permanenza sul territorio italiano con un valido titolo di soggiorno per la durata di almeno cinque anni (richiesto, del pari, per ottenere la carta di soggiorno). Importante, altresì, è la formulazione del dispositivo, ove viene dichiarata l'illegittimità dell'art. 80, co. 19, l. 388/2000 "nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità [...]" - potendo ritenersi, dal suo tenore letterale, che ai fini della concessione dell'assegno mensile di invalidità non si richieda allo straniero, in termini di permanenza sul territorio italiano, alcun requisito diverso ed ulteriore rispetto alla mera titolarità di un titolo di soggiorno. Nella motivazione di tale sentenza la Corte ha affermato che richiedendo, implicitamente, per gli stranieri il requisito della presenza nel territorio dello Stato da almeno cinque anni, la norma censurata introdurrebbe un requisito ulteriore atto a generare una discriminazione dello straniero nei confronti del cittadino, in contrasto con i principi enunciati dall'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, adottato a Parigi il 20.3.1952, secondo l'interpretazione che di essi è stata offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con conseguente violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.

Richiamati quindi i principi enunciati dalla Corte costituzionale con le pronunce sopra ricordate, si rileva quanto segue con particolare riferimento alla fattispecie in esame. L'indennità di frequenza è un istituto volto a promuovere, attraverso l'erogazione di un importo mensile, l'inserimento sociale e la formazione scolastica dei minori cui siano state riconosciute, dalle competenti commissioni mediche, difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni dell'età ovvero che siano portatori di patologie cagionanti uno stato di disabilità; presupposto della sua concessione è, altresì, una situazione reddituale svantaggiata, essendo previsto lo stesso requisito reddituale di cui all'assegno di invalidità mensile. Trattasi di una misura di sostegno economico volta ad incentivare sia la partecipazione del minore con disabilità a programmi di trattamento terapeutico che la sua frequenza scolastica allorché la situazione familiare del minore sia caratterizzata da limitate risorse economiche che potrebbero costituire un ulteriore ostacolo al superamento delle difficoltà legate alle sue condizioni di salute.

Può ravvisarsi un'analogia tra la provvidenza in esame e gli istituti già interessati dalle sentenze della Corte costituzionale sopra richiamate che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, co. 19, della legge n. 388/2000; ciò con

particolare riferimento alla pensione di inabilità ed all'assegno ordinario di invalidità che, analogamente, prevedono per la loro erogazione sia un requisito sanitario che un requisito economico. Da ciò il dubbio di questo giudice remittente circa la legittimità costituzionale del predetto art. 80, co. 19, l. cit. laddove, anche con riferimento all'indennità di frequenza, pone a carico degli stranieri il requisito del possesso della carta di soggiorno. Per quanto riguarda il requisito reddituale richiesto per il riconoscimento della carta di soggiorno è sufficiente richiamare la sentenza n. 11/2009, che ribadisce i principi di cui alla sentenza n. 306/08 evidenziando, *vièpiù*, che richiedere il raggiungimento di un minimo reddituale si pone in evidente contrasto con la *ratio* della provvidenza qualora quest'ultima presupponga, *a contrario*, una condizione di disagio economico.

Per quanto riguarda il requisito della permanenza in Italia per oltre cinque anni, si ricorda innanzitutto che la legge 6.3.1998, n. 40 (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) prevedeva, all'art. 39, una sostanziale equiparazione degli stranieri con permesso di soggiorno superiore a un anno (e dei minori iscritti nella loro carta di soggiorno) con i cittadini italiani, per quanto riguarda la fruizione delle prestazioni anche economiche e che solo con la legge n. 388/2000 è stata introdotta una notevole restrizione alla concessione delle provvidenze economiche agli invalidi civili extracomunitari. È ben vero che il legislatore può limitare e disciplinare l'accesso degli stranieri alle provvidenze *de quibus* anche sotto il profilo suddetto. Tale discrezionalità va però esercitata nei limiti posti dai principi costituzionali, primi tra tutti il principio di uguaglianza e di tutela della salute. Si ricordi, a questo riguardo, che la Corte costituzionale (con la sentenza n. 306/2008) ha affermato che quando la permanenza legale dello straniero in Italia non sia episodica né di breve durata "non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini". Nel caso in esame, l'odierna appellante ha presentato domanda amministrativa volta ad ottenere l'indennità di frequenza nell'anno 2007; la sua presenza sul territorio italiano (risalente all'anno 2003) appare dunque difficilmente definibile come episodica o di breve durata, cosicché la negazione della provvidenza richiesta appare collidere con i principi posti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, potendosi ravvisare una disparità di trattamento irragionevole rispetto ai cittadini italiani. Né può sottacersi che per un minore bisognoso di seguire programmi terapeutici, nonché di frequentare la scuola, l'attesa di un termine quinquennale di stabilità sul territorio italiano appare fortemente penalizzante, venendo a comprimere sensibilmente le esigenze di cura ed assistenza di soggetti che l'ordinamento dovrebbe invece tutelare. A tale riguardo si richiamano le considerazioni già svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 467/2002, che ha esteso il riconoscimento dell'indennità di frequenza per garantire la frequenza dell'asilo nido nel periodo da tre mesi a tre anni, rilevando l'importanza che la provvidenza *de qua* venga erogata anche nei primi anni di vita del bambino.

Rassegna di giurisprudenza

Alla luce delle considerazioni che precedono, molteplici appaiono i profili di illegittimità dell'art. 80, co. 19, legge n. 388/2000: da un lato la violazione del principio di uguaglianza (*ex art. 3 Cost.*) e delle norme che assicurano la protezione dei diritti primari dell'individuo (*ex artt. 34 Cost., sull'istruzione, art. 32 Cost., sulla salute e 38 Cost., sull'assistenza sociale*), nonché del dovere di solidarietà economica e sociale (*ex art. 2 Cost.*); dall'altro, la violazione del dovere di esercitare la potestà legislativa nel rispetto, oltre che della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali (*ex art. 117 Cost.*).

Circa il rispetto dei vincoli di cui all'ordinamento comunitario, non possono che richiamarsi le valutazioni espresse con la sentenza della Corte costituzionale n. 187/2010, i cui passi fondamentali si trascrivono testualmente: «La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in varie occasioni, avuto modo di sottolineare come la Convenzione non sancisca un obbligo per gli Stati membri di realizzare un sistema di protezione sociale o di assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali; tuttavia, una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione e, in particolare, con l'art. 14 che vieta la previsione di trattamenti discriminatori [...]. Al tempo stesso, la Corte di Strasburgo ha anche sottolineato l'ampio margine di apprezzamento di cui i singoli Stati godono in materia di prestazioni sociali, in particolare rilevando come le singole autorità nazionali, in ragione della conoscenza diretta delle peculiarità che caratterizzano le rispettive società ed i correlativi bisogni, si trovino, in linea di principio, in una posizione privilegiata rispetto a quella del giudice internazionale per determinare quanto risulti di pubblica utilità in materia economica e sociale. Da qui l'assunto secondo il quale la Corte rispetta, in linea di massima, le scelte a tal proposito operate dal legislatore nazionale, salvo che la relativa valutazione si riveli manifestamente irragionevole [...]. A proposito, poi, dei limiti entro i quali opera il divieto di trattamenti discriminatori stabilito dall'art. 14 della Convenzione, la stessa Corte non ha mancato di segnalare il carattere relazionale che contraddistingue il principio, nel senso che lo stesso non assume un risalto autonomo, “ma gioca un importante ruolo di complemento rispetto alle altre disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli, perché protegge coloro che si trovano in situazioni analoghe da discriminazioni nel godimento dei diritti garantiti da altre disposizioni” [...]. Il trattamento diviene dunque discriminatorio - ha puntualizzato la giurisprudenza della Corte - ove esso non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizzi, cioè, un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obbiettivo perseguito [...]. Non senza l'ulteriore puntualizzazione secondo la quale soltanto “considerazioni molto forti potranno indurre a far ritenere compatibile con la Convenzione una differenza di trattamento fondata esclusivamente sulla nazionalità” [...]. Lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione [...], unita-

mente all'art. 1 del primo Protocollo addizionale, che la stessa giurisprudenza europea ha ritenuto raccordato, in tema di prestazioni previdenziali, al principio innanzi indicato [...]». Sulla falsariga delle argomentazioni sviluppate dalla Corte costituzionale con la sentenza sopra citata (in materia di assegno ordinario di invalidità), può ritenersi che anche nel caso in esame la disposizione normativa censurata abbia perseguito una finalità restrittiva in tema di prestazioni sociali da riconoscere in favore dei cittadini extracomunitari, essendo intervenuta sui presupposti di legittimazione al conseguimento dell'indennità di frequenza circoscrivendo la platea dei fruitori a coloro che siano in possesso della carta di soggiorno (il cui rilascio presuppone, tra l'altro, il regolare soggiorno nel territorio dello Stato da almeno cinque anni, secondo la previsione dell'art. 9 del d.lgs. n. 286/1998, periodo elevato a sei anni a seguito delle modifiche apportate con la legge n. 189/2002 e nuovamente determinato in cinque anni con il d.lgs. n. 3/2007). Con tale disciplina è venuta meno la equiparazione, precedentemente esistente, fra cittadini italiani e stranieri extracomunitari in possesso, di regolare permesso di soggiorno; di qui il dubbio di legittimità costituzionale della norma censurata, laddove si ritenga che il termine quinquennale imposto dal legislatore (unitamente alla sussistenza del requisito reddituale per l'ottenimento della carta di soggiorno) configuri una disciplina discriminatoria nei confronti degli stranieri, in considerazione del fatto che la prestazione *de qua* è volta ad evitare che situazioni di bisogno economico siano di ostacolo all'inserimento sociale ed al trattamento terapeutico dei minori disabili.

Circa l'ipotizzata violazione degli obblighi internazionali, si richiama la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, siglata a New York il 13.12.2006 e ratificata con legge n. 18/2009, ricordando che la stessa Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 285/2009, ha ritenuto rilevanti, nella interpretazione della disciplina in tema di indennità di frequenza, i principi e le disposizioni dettati da tale Convenzione. Invero, questa obbliga lo Stato a riconoscere le stesse prestazioni in favore di qualsiasi "persona disabile" in quanto tale, senza distinzione tra cittadini e stranieri. Assai estesa e precisa è poi la protezione riservata dalla Convenzione ai minori, prevedendosi, all'art. 7, l'obbligo dello Stato di adottare "ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori" e specificandosi che "in tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente". Appare quindi dubbia, a fronte di una disciplina incentrata sul "superiore interesse del minore", una normativa interna che richiede ai minori stranieri, quale condizione di accesso agli istituti di protezione connessi allo stato di disabilità, il possesso della carta di soggiorno, con quanto ciò implica in termini di requisiti reddituali e di radicamento protratto sul territorio. Si ricorda inoltre che la Convenzione di New York non soltanto ha ad oggetto il diritto dei minori disabili all'educazione ed istruzione (art. 24), alla salute (art. 25), all'abilitazione e riabilitazione (art. 26), al lavoro e occupazione (art. 27) e ad adeguati livelli di vita e pro-

tezione (art. 28) ma sancisce inoltre (all'art. 5) che gli Stati "riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge [...] devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento". Anche sotto tale aspetto, dunque, si configura un dubbio di legittimità costituzionale della normativa oggetto di esame.

Va conclusivamente rilevato che, a fronte del chiaro ed inequivocabile tenore dell'art. 80, co. 19, della legge n. 388/2000, non appare possibile pervenire ad una lettura costituzionalmente orientata della norma. Né può farsi luogo alla sua disapplicazione (come invocato dall'odierna appellante) dandosi diretta applicazione del reg. CE n. 859/2003. È ben vero che l'art. 1 del reg. CE suddetto condiziona l'estensione delle previsioni dei regolamenti CE nn. 1408/71 e 574/72 in favore dei cittadini di Paesi terzi (e ai loro familiari e superstiti) al soggiorno legale nel territorio di uno Stato membro, senza ulteriori limitazioni. Occorre però interpretare tale disposizione alla luce di quanto chiarito nel 12° *considerandum*, ove si afferma che l'estensione suddetta non opera laddove la situazione di un cittadino di un paese terzo presenti unicamente legami con un paese terzo ed uno Stato membro - situazione, questa, che ricorre nella fattispecie in esame.

Alla luce delle suesposte considerazioni, questa Corte ritiene non manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale del coordinato disposto degli artt. 1 della legge n. 289/90 ed 80, co. 19, della legge n. 388/2000 nella parte in cui l'erogazione dell'indennità di frequenza viene subordinata, per il cittadino straniero, alla titolarità della carta di soggiorno.

P.Q.M.

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del coordinato disposto degli artt. 1 della legge n. 289/90 ed 80, co. 19, della legge n. 388/2000 in relazione agli artt. 2, 3, 32, 34, 38 e 117 Cost.; dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale; [...].

Espulsioni

5.

**Giudice di pace di Belluno
decreto 10.12.2010 - est. Sambrotta**

espulsione per irregolarità nel soggiorno - presentazione in questura della persona interessata per informazioni sul rinnovo del permesso di soggiorno in ritardo rispetto alla scadenza - giustificazioni addotte - ritenuta equiparazione della presentazione personale suddetta alla formale richiesta oltre il termine - necessità di una valutazione complessiva della situazione - provvedimento ba-

sato esclusivamente sul ritardo nella richiesta di rinnovo - illegittimità: accoglimento del ricorso

art. 13, co. 2 lett. b) TU n. 286/98

Proc. n. 1002/2010 R.G. GDP. Nel ricorso presentato da [...] (Repubblica popolare cinese) contro la prefettura di Belluno [...] avverso il decreto di espulsione n. 68, cat. A 12/2010, emesso, ai sensi dell'art. 13 co. 2 lett. b) e co. 5, 8, 13, 14 e 15 del d.lgs. n. 286/1998, dal prefetto di Belluno in data 26.10.10, e notificato in pari data, per violazione delle disposizioni di cui all'art. 5, co. 1 e 2, dello stesso decreto in quanto la ricorrente, cittadina cinese, identificata tramite carta di identità rilasciata in data 11.12.2009 da Comune di Feltre (BL), presentatasi in data 26.10.2010 presso l'ufficio immigrazione della questura di Belluno, si è trattenuta in Italia con il permesso di soggiorno, rilasciatole dalla Questura di Treviso per motivi di lavoro e valido fino al 2.7.2010, scaduto da più di 60 giorni e senza richiederne il rinnovo. [...]. Il giudice di pace sciogliendo la riserva formulata nell'udienza del 3.12.2010,

premessi che:

la giurisprudenza della Suprema Corte "ha in ripetute occasioni affermato il principio di diritto secondo cui ai sensi del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 13; co. 2, lett. b), la spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione automatica dello straniero, la quale può essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per in mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, mentre il ritardo nella presentazione può costituirne solo indice rivelatore nel quadro di una valutazione complessiva della situazione in cui versa l'interessato. (Cass. S.U. 7892/03, Cass. 3746/04; Cass. 90883)." (Cass. civ., sez. I 4.7.2008 n. 18518);

ritenuto che:

nel caso di specie alla formale presentazione di domanda di rinnovo può essere ragionevolmente equiparata la spontanea presentazione dell'odierna ricorrente presso i locali dell'ufficio immigrazione della questura di Belluno in data 26.10.2010 ai fini della richiesta di informazioni in ordine alla sua posizione amministrativa quale titolare di titolo di soggiorno soggetto a scadenza.

Assumendosi, pertanto, il mero dato del ritardo nella presentazione della richiesta quale indice di una più complessiva valutazione affidata all'autorità amministrativa, deve dedursi l'insussistenza dei presupposti del provvedimento di espulsione, in mancanza di altri elementi impeditivi del rinnovo del permesso di soggiorno, tenuto peraltro conto del breve lasso di tempo nel quale il ritardo si è concretato;

ritiene il ricorso meritevole di accoglimento e

P.Q.M.

accoglie il ricorso.

6.

**Giudice di pace di Firenze
decreto 11.2.2011 - est. Salerno**

**espulsione amministrativa - sottoscrizione da parte di vice prefetto non vicario
- necessità di apposita delega - mancanza - illegittimità: annullamento**

art. 13, co. 2 TU n. 286/98

Il giudice di pace di Firenze, [...], sciogliendo la riserva di cui al verbale d'udienza dell'11.2.2011, decidendo sul ricorso presentato da [...] avverso il decreto di espulsione n. 648 emesso in data 29.11.2010 dal prefetto di Firenze *ex* art. 13, co. 3 d.lgs. n. 286/98

osserva:

il ricorrente eccepisce la illegittimità del decreto di espulsione per i seguenti motivi: 1) sottoscrizione del decreto di espulsione da parte di un funzionario non appositamente delegato; 2) difetto di motivazione; 3) violazione di legge; 4) eccesso di potere. Circa la violazione dell'art. 13 co. 2 d.lgs. 286/98 per avere il prefetto di Firenze delegato un funzionario ad adottare i provvedimenti di espulsione, si rileva che la delegabilità degli atti è un principio generale organizzativo della PA previsto dalla legge, né alcun divieto in tal senso si rinviene nel d.lgs. 286/98.

Infatti la Suprema Corte con la sentenza n. 9094/2001 osserva che le funzioni di Vicario consentono l'adozione di atti di competenza del prefetto "anche senza l'espressa menzione delle ragioni che hanno determinato l'impedimento del prefetto e senza che occorra una espressa delega in quanto la relativa investitura deriva direttamente dalla legge"; mentre, nei casi in cui sia un vice prefetto non Vicario a sottoscrivere atti di competenza del prefetto "occorre invece la delega espressa".

Nel nostro caso il provvedimento di espulsione impugnato è stato emesso dal vice prefetto delegato dott. [...], per cui sarebbe stata necessaria una delega espressa. Inoltre la delega in atti è stata sottoscritta dal prefetto di Firenze dott. [...] in data 24.3.2010, mentre il decreto di espulsione impugnato è stato emesso in data 29.11.2010, data in cui il dott. [...] non era più prefetto di Firenze.

Il primo motivo di ricorso è quindi fondato e deve essere accolto. L'accoglimento del primo motivo di ricorso rende superfluo l'esame degli altri motivi che restano assorbiti.

Tutto ciò premesso, il ricorso avverso il decreto del prefetto di Firenze Cat. A11/2010 n. 648 emesso in data 29.11.2010 viene accolto. Compensa tra le parti le spese di causa da liquidarsi per parte ricorrente con separato decreto.

Famiglia

5.

**Corte d'appello di Venezia
decreto 3.2.2009 - est. Zampolli**

ricongiungimento familiare di cittadina italiana con la sorella straniera - sussistenza non contestata di gravi motivi di salute e del carico familiare - previsione nel d.lgs. 30/07 dell'agevolazione all'ingresso e soggiorno - carattere residuale anche quanto al tipo di visto e alla durata del soggiorno - esclusione - diritto al rilascio del visto per motivi familiari - sussistenza
artt. 3 co. 2, lett. a) e 23 d.lgs. n. 30/07; art. 28 TU n. 286/98

Nel procedimento consiliare iscritto al n. 1012/2008 R.G./V.G., promosso con ricorso per reclamo ai sensi dell'art.739 c.p.c., dep. il 20.9.2008 dal [...] Ministero degli affari esteri, [...] contro [...] avente per oggetto: reclamo avverso decreto ex art. 30 d.lgs. n. 286/98 del tribunale di Verona in data 19/21.8.2008 [...].

1. Premesso che il tribunale di Verona, con il decreto reclamato, aveva accolto il ricorso a suo tempo proposto da [...] cittadina italiana residente in Italia - avverso il diniego in data 22.8.2007 del visto di ingresso per ricongiungimento familiare a sé della propria sorella [...] (Tunisia) - motivandolo con la applicabilità nel caso di specie dell'art. 3, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 30/2007, e quindi col diritto del familiare straniero alla agevolazione del proprio ingresso e soggiorno in Italia, ravvisando nel caso di specie sia i gravi motivi di salute che impongono l'assistenza della sorella cittadina italiana sia il carico economico a quest'ultima del mantenimento della sorella straniera, documentati in atti e non contraddetti dalla controparte.

2. Preso atto che col proposto reclamo il Ministero ricorrente ha censurato la decisione del tribunale per violazione e/o falsa applicazione del citato art. 3, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 30/2007, che individuerebbe una ulteriore categoria di soggetti, residuale rispetto a quella dei "familiari" indicati e contemplati dalle altre norme del menzionato decreto, a favore dei quali soltanto - e quindi non anche ai fratelli e sorelle, come nel caso di specie - sarebbe previsto il diritto di ingresso e soggiorno, trattandosi di norme di stretta interpretazione e non estensibili per analogia, di guisa che per "[...] i soggetti di cui all'art. 3 del decreto [...] è previsto un trattamento agevolato, che si realizza nella facilitazione del rilascio dei visti di altro tipo, che comportano permanenze sul territorio italiano per periodi di tempo più ridotti".

3. Premesso peraltro che l'Amministrazione reclamante non contesta in fatto la sussistenza, nel caso di specie, delle circostanze indicate dal tribunale (carico economico alla sorella italiana e gravi motivi di salute che imporrebbero a quest'ultima di assistere continuativamente la sorella straniera) per riscontrare l'applicabilità dell'art. 3, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 30/2007.

Rassegna di giurisprudenza

4. Rilevato che il tenore testuale delle norme indicate non autorizza l'interpretazione propugnata dal Ministero reclamante, in quanto manca nella legge ogni riferimento ad un eventuale "altro tipo" di visto di ingresso, di mera "agevolazione" all'ingresso e al soggiorno in Italia, da concedere agli "altri familiari" di cui al citato art. 3, con maggiori limitazioni - anche in merito alla durata - che non risultano in alcun modo prescritte, mentre sia l'art. 23 dello stesso d.lgs. n. 30/2007 che l'art. 28, co. 2, del TU immigrazione fanno espressamente salve le disposizioni più favorevoli del primo decreto per i familiari stranieri di cittadini italiani, senza alcuna distinzione circa il grado di parentela o affinità,
- tutto ciò premesso e ritenuto che il proposto reclamo debba essere respinto, con la conseguente conferma della decisione impugnata e la compensazione delle spese di lite, sussistendone giusti motivi attesa la natura della controversia e le ragioni del controricorso, la Corte

P.Q.M.

respinge il reclamo proposto dal Ministero degli Affari Esteri e per l'effetto conferma in ogni sua parte il reclamato decreto in data 19 /21.8.2008 del tribunale di Verona. Compensa interamente fra le parti le spese di lite. Si comunichi.

6.

**Tribunale di Torino
ordinanza 26.11.2010 - est. Vitro**

permesso di soggiorno per motivi familiari - coniuge di cittadino italiano - richiesta di rilascio - diniego - requisito della convivenza tra i coniugi - valutazione delle prove documentali e testimoniali - sussistenza - annullamento coniuge di cittadino italiano - disciplina applicabile - norme sulla libera circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari - rilevanza della situazione di pregressa irregolarità - esclusione coniuge di cittadino italiano - disciplina applicabile - norme sulla libera circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari - accertamento dell'effettività del legame coniugale - legittimità - rilevanza a tal fine dell'accertamento della convivenza

art. 19 co. 2 lett. c) TU n. 286/98; artt. 2, 23, d.lgs. n. 30/07; artt. 1, 2, 3, 35, considerando 28 dir. 2004/38/CE

Nella causa iscritta al n. 2569/2010 R.G., sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 26.11.2010,

Premesso

- che, con atto depositato in data 27.4.2010, la sig.ra [...], cittadina peruviana [...], ha proposto ricorso avverso: il provvedimento prot. 106/2009 del 10.3.2010 del questore della provincia di Torino, con cui è stata rigettata l'istanza di rilascio del

permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare ai sensi dell'art. 19, co. 2 lett. c), d.lgs. 286/98, in quanto coniugata con il cittadino italiano [...];

- che la ricorrente ha riferito:

di aver conosciuto il marito nel 2007 in Austria, dove era munita di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, di averlo poi seguito in Italia e di aver contratto con lui matrimonio in Venaria Reale in data [...];

di vivere con il marito nell'alloggio sito in [...], preso in locazione dal sig. [...] pochi mesi prima del matrimonio;

- che il marito, dopo il matrimonio, ha chiesto all'ufficio anagrafe del comune di [...] l'iscrizione anagrafica della moglie all'indirizzo predetto;

- che la ricorrente ha contestato il provvedimento impugnato per eccesso di potere, per difetto di istruttoria e per violazione di legge e ha sottolineato che, comunque, il d.lgs.30/2007, relativo ai cittadini comunitari ed estensibile ai cittadini italiani, non prevede il requisito della convivenza;

- che si è costituito in causa il Ministero dell'interno, [...] chiedendo la reiezione del ricorso, e che la questura di Torino ha fatto pervenire note informative.

Rilevato che il ricorso va accolto;

- rilevato, in primo luogo,

- che il ricorso in oggetto è stato proposto ai sensi dell'art. 30 co. 6 d.lgs. 286/98 che consente all'interessato di impugnare il diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare.

Rilevato che, nel presente caso, il questore della provincia di Torino ha così motivato il diniego del permesso di soggiorno, per motivi di coesione familiare *ex art.* 19, co. 2 lett. c), d.lgs. 286/98: "Vista l'istanza qui presentata in data 21.4.2009 [...]. Tenuto conto che l'art. 19 della su citata normativa stabilisce che non è consentita l'espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana; esaminati gli atti di ufficio e gli accertamenti svolti da personale del Corpo di polizia municipale di [...], luogo indicato dai coniugi quale dimora comune, è emerso che gli stessi non sono reperibili all'indirizzo indicato ove risultano sconosciuti; preso atto che la posizione di soggiorno della straniera menzionata non è regolarizzabile a nessun altro titolo e che non ricorrono seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, che precludano l'adozione del presente provvedimento [...]. Considerato che [...] la richiedente ha prodotto una dichiarazione del coniuge che afferma la convivenza in [...], a seguito della quale sono stati disposti ulteriori accertamenti con esito anche questa volta negativo, in quanto i coniugi non sono stati reperiti a quell'indirizzo dove sono sconosciuti".

Rilevato che: l'art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98, dispone: "Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1, nei confronti: c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana (nella formulazione anteriore all'ultima modifica)";

Rassegna di giurisprudenza

il d.lgs. 30/2007 garantisce ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e, all'art. 2, dispone: "Ai fini del presente decreto legislativo, si intenda per: a) cittadino dell'Unione: qualsiasi persona avente la cittadinanza di uno Stato membro; b) familiare: il coniuge [...].

Rilevato, riguardo alla normativa applicabile nel presente caso: che il d.lgs. n. 30/2007 costituisce attuazione della direttiva 2004/38/CE, secondo la quale:

- art. 1 lett. a), "le modalità di esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari";

- art. 3 n. 1: "la presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'art. 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo";

che il suddetto d.lgs. 30/2007 va ritenuto applicabile anche ai cittadini di Paesi terzi entrati illegittimamente nello Stato e solo successivamente divenuti coniugi di cittadini comunitari (come nel presente caso);

che, infatti, la Corte di Giustizia CE, con sentenza 25.7.2008, ha interpretato le norme della direttiva 2004/38/CE nel seguente senso: "La direttiva 2004/38 può applicarsi parimenti ai familiari che non soggiornavano già legalmente in un altro Stato membro [...]. Alla luce di ciò, la direttiva 2004/38 dev'essere interpretata nel senso che essa si applica a qualsiasi cittadino di un Paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione ai sensi dell'art. 2, punto 2, della direttiva, il quale accompagna o raggiunge il cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui egli ha la cittadinanza, e gli conferisce i diritti di ingresso e di soggiorno in questo Stato membro, senza fare distinzioni secondo che il detto cittadino di un Paese terzo abbia già soggiornato legalmente, o meno, in un altro Stato membro" (punti 52, 54); «È ininfluenza che i cittadini di Paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, abbiano fatto ingresso nello Stato membro ospitante prima o dopo di essere divenuti familiari del detto cittadino dell'Unione [...]. Di conseguenza [...] occorre interpretare i termini "familiari che accompagnino il cittadino medesimo", contenuti nell'art. 3 n. 1 della detta direttiva, riferendoli nel contempo ai familiari di un cittadino dell'Unione che abbiano fatto ingresso con quest'ultimo nello Stato membro ospitante e a quelli che soggiornano con lui in questo Stato membro, senza che occorra distinguere, in questo secondo caso, secondo che i cittadini di Paesi terzi abbiano fatto ingresso nel citato Stato membro prima o dopo del cittadino dell'Unione o prima o dopo essere divenuti suoi familiari [...]. Pertanto [...] l'art. 3 n. 1 della direttiva 2004/38 dev'essere interpretato nel senso che il cittadino di un Paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza, il quale accompagni o raggiunga il detto cittadino dell'Unione, gode delle disposizioni della detta direttiva, a prescindere dal luogo e dalla data del loro matrimonio, nonché dalla modalità secondo la quale il detto cittadino di un Paese terzo ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante» (punti 92, 93, 99).

Rilevato, però:

- che tutte le agevolazioni che vengono riconosciute dalla direttiva 2004/38/CE al cittadino UE ed automaticamente estese al suo familiare privo di cittadinanza UE presuppongono l'effettività del legame che unisce il cittadino extra UE e il suo familiare comunitario, posto che tali riconoscimenti avvengono senza pregiudizio degli strumenti legislativi adottati o adottandi dagli Stati membri per evitare abusi o frodi; che, infatti, il considerando 28 della direttiva prevede che "per difendersi da abusi di diritto o frodi, in particolare matrimoni di convenienza o altri tipi di relazioni contratte all'unico scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di adottare le necessarie misure"; e l'art. 35 della direttiva dispone: "Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode quale ad esempio un matrimonio fittizio";
- che, pertanto, la previsione dell'art. 23 del d.lgs. 30/2007 ("le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana") non comporta la possibilità che l'applicazione del d.lgs. 30/2007 conferisca, a colui che vanta lo *status* di coniuge di un cittadino comunitario, un diritto assoluto di entrare e soggiornare nello Stato membro ospitante a prescindere dalla effettività del legame familiare con il cittadino UE;
- che, quindi, il nostro ordinamento, in armonia con la previsione dell'art. 35 della direttiva, può negare il permesso di soggiorno al coniuge extra UE del cittadino italiano (che è cittadino UE), allorché sia stato accertato che il matrimonio è fittizio, ossia che tra i coniugi non vi è effettiva convivenza, così come stabilito dall'art. 19 d. lgs. 286/98 su citato;
- che il requisito della convivenza costituisce principale (anche se non unica) espressione di comunanza di vita e di effettiva esistenza di legami che sono la caratteristica del nucleo familiare.

Rilevato che, nel presente caso:

anche applicando, come si è detto, il d.lgs. 30/2007, non può prescindersi dall'accertamento dell'effettività o meno del matrimonio tra la ricorrente e il cittadino italiano [...].

Tuttavia, va ritenuto che sia stata dimostrata l'effettività di tale matrimonio, rilevato:

- che la convivenza stabile della ricorrente e del sig. [...] risulta dalla documentazione prodotta [...] ed inoltre è stata confermata dai testi escussi, in particolare: [...];
- che gli esiti negativi dei controlli effettuati dalla polizia municipale di [...] nella primavera e nell'estate del 2009 sono spiegabili con l'assenza dei predetti coniugi per motivi di lavoro e con il fatto che il nome sul citofono non era forse stato inserito subito dopo che essi erano andati a vivere in [...].

Rilevato che, dunque, va annullato il provvedimento qui impugnato, basato sull'illegittima valutazione circa l'assenza di effettività del matrimonio della ricorrente.

Rilevato che la peculiarità della causa trattata giustifica la compensazione delle spese del procedimento;

Rassegna di giurisprudenza

P.Q.M.

in accoglimento del ricorso di [...], annulla il provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare, emesso dal questore della provincia di Torino in data 10.3.2010, n. prot. 106/2009. Dichiarata compensate le spese di causa.

Penale

4.

Corte di cassazione - sez. I
ordinanza 8.3/18.3.2011 n. 11050 - rel. Iannelli

reato di inosservanza reiterata all'ordine di allontanamento questorile - condanna - legittimità degli atti presupposti - insussistenza di "giustificato motivo" - sussistenza delle condizioni per rigettare il ricorso - contrasto tra le norme del diritto interno concernenti le modalità espulsive con il sistema delineato dalla direttiva rimpatri - necessità di proporre questione pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di Giustizia

quesiti:

- **sussistenza per lo Stato membro del divieto di intimazione a lasciare il territorio nazionale a seguito di impossibilità di attuazione dell'allontanamento coattivo e immediato anche a seguito di trattenimento**
- **preclusione a che lo Stato membro faccia conseguire alla sola mancata collaborazione al rimpatrio volontario la reclusione in misura assai superiore ai termini massimi di trattenimento**
- **sufficienza della decisione dello Stato membro di configurare come reato la mancata collaborazione al rimpatrio per eludere l'applicazione della direttiva rimpatri**
- **preclusione a che lo Stato membro limiti la libertà personale a fini di rimpatrio quando non esista più alcuna prospettiva ragionevole di esecuzione dello stesso richiesta di procedura d'urgenza a causa della sottoposizione dell'imputato alla misura coercitiva dell'obbligo di presentazione alla P.G.**

art. 14, co. 5 bis, ter e quater TU n. 286/98; artt. 2, § 2, lett. b); 7, § 1 e 4; 8, § 1 e 4; 15, § 1, 4, 5 e 6 direttiva 2008/115/CE; art. 267 T.F.U.E.; art. 104 regolamento di procedura della Corte di Giustizia

Sul ricorso proposto da [...], sedicente - in base a sua dichiarazione nato a [...]; in base all'età ossea maggiorenne al momento dei fatti avverso la sentenza emessa in data 7.5.2010 dalla Corte d'appello di Torino;

Svolgimento del processo

Il processo di merito

1. Il giorno 13.11.2009 [...] veniva arrestato a Torino da personale della polizia di Stato perché non aveva ottemperato all'ordine di lasciare entro cinque giorni il ter-

ritorio nazionale, impartitogli il 23.8.2009 dal questore di Torino ai sensi del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 14, co. 5 *bis*, (recante il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”). [...] aveva già ricevuto analoghe intimazioni in data 3.9.2008 e 29.10.2008, entrambe non ottemperate, ed era stato condannato per la violazione della prima, accertata il 18.10.2008, con sentenza di applicazione della pena (art. 444 c.p.p.) in data 28.10.2008.

1.1 Il P.M. contestava a [...] il reato di cui il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, aggravato dalla recidiva specifica e infraquinquennale (ai sensi dell’art. 99 c.p., co. 2, lett. a e b, e, co. 3) e disponeva che l’arrestato venisse portato dinanzi al giudice del dibattimento per la convalida dell’arresto, per la emissione nei suoi confronti della misura della custodia cautelare in carcere e per il giudizio direttissimo, ai sensi dell’art. 449 c.p.p. e ss.

1.2 Il 16.11.2009 il tribunale monocratico di Torino convalidava l’arresto; sottoponeva l’imputato alla misura coercitiva dell’obbligo di presentazione alla polizia (art. 282 c.p.p.), con frequenza quotidiana; disponeva su richiesta dell’imputato che si procedesse con giudizio abbreviato (artt. 438 - 442 c.p.p.).

All’esito del giudizio, con sentenza dello stesso giorno 16 novembre, il tribunale dichiarava [...] responsabile del reato contestato e lo condannava alla pena di otto mesi di reclusione.

1.3. L’imputato proponeva appello a mezzo del suo difensore. Con sentenza pronunciata il 7.5.2010, depositata il 20 maggio successivo, la Corte d’appello di Torino confermava la condanna.

Le motivazioni della condanna

2. Le ragioni poste a fondamento delle decisioni dei giudici di merito, che essendo conformi si integrano, sono le seguenti:

2.1. [...] era stato in passato invitato ad allontanarsi dal territorio nazionale con ordine di allontanamento volontario del 3.9.2008; era stato condannato a sette mesi di reclusione con sentenza di applicazione della pena in data 28.10.2008 per il reato di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, co. 5 *ter*, accertato il 18.10.2008, perché non aveva ottemperato a detto ordine; il 29.10.2008 era stato raggiunto da un secondo ordine di allontanamento volontario; in data 23.8.2009 dopo l’entrata in vigore della l. 15.7.2009, n. 94, era stato emesso nei suoi confronti nuovo ordine di allontanamento, che ancora una volta non aveva ottemperato e per la cui violazione era stato arrestato;

2.2. [...] era maggiorenne all’epoca dei fatti, come accertato mediante esame osseo; l’ordine di lasciare l’Italia entro cinque giorni era stato regolarmente emesso il 23.8.2009 dal questore in base a decreto di espulsione del prefetto dello stesso giorno; i due provvedimenti rispettavano la normativa vigente ed erano stati notificati all’imputato tradotti in lingua francese, da lui conosciuta;

Rassegna di giurisprudenza

2.3. la norma incriminatrice applicabile per la violazione all'ultimo ordine di allontanamento era il d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, co. 5 *quater*, modificato dalla l. n. 94 del 2009, che non prevedeva come causa di esclusione della responsabilità l'esistenza di un giustificato motivo; tuttavia, anche a ritenere in via interpretativa implicita tale condizione, nessun giustificato motivo poteva essere ravvisato nel caso di [...], secondo la giurisprudenza consolidata il "giustificato motivo" non poteva essere confuso infatti con il mero disagio economico derivante dalla condizione di migrante; lo straniero non era del tutto indigente perché svolgeva attività di venditore ambulante; non s'era neppure rivolto al suo Consolato chiedendo un aiuto economico per il rientro in patria;

2.4. Il d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, era stato modificato con la l. 15.7.2009, n. 94, e la giurisprudenza secondo cui dopo la condanna per l'inottemperanza a precedente ordine di allontanamento volontario l'espulsione non poteva essere eseguita mediante nuovo ordine di allontanamento volontario, in base alla quale la difesa contestava la sussistenza della fattispecie del co. 5 *quater*, non poteva trovare applicazione perché si riferiva a precedente formulazione della norma incriminatrice (e delle altre di riferimento).

Il ricorso

3. [...] ha proposto ricorso personalmente avverso la sentenza di appello e ne ha chiesto l'annullamento per mancanza di motivazione e per insussistenza del fatto. Afferma:

3.1. che l'ordine di allontanamento volontario del 23.8.2009 era da disapplicare perché, non essendo stato acquisito il precedente ordine del 3.9.2008, sul quale si basava, non era possibile stabilirne la legittimità; l'ordine di allontanamento volontario può essere emanato difatti soltanto se non è possibile eseguire coattivamente l'espulsione, immediatamente o previo trattenimento in un Centro, e tale impossibilità deve essere adeguatamente motivata; che nel caso in esame non era possibile invece accertare se i precedenti ordini di allontanamento volontario erano adeguatamente motivati; mentre l'ultimo ordine recava una motivazione prestampata, che non poteva considerarsi legittima;

3.2. [...] era privo di documenti e non poteva procurarsi, perciò, un valido documento di viaggio;

3.3. gli atti amministrativi erano stati tradotti soltanto in francese, lingua che [...] non conosceva adeguatamente.

3.4. L'1.2.2011 il difensore d'ufficio dell'imputato ha depositato una memoria integrativa, con la quale insiste nei precedenti motivi e deduce anche:

a) che nel frattempo era stata pronunciata la sentenza n. 359 del 2010 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, co. 5 *quater*, come modificato dalla l. n. 94 del 2009, nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario sia punita nel solo caso che abbia luogo "senza giustificato motivo", secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente co. 5 *ter*;

b) che in dibattimento all'imputato era stata negata l'assistenza di un interprete di lingua francese, che si sosteneva a lui nota, ed era stato nominato un interprete di dialetto sconosciuto all'imputato.

Le richieste del Procuratore generale

4. Il Procuratore generale ha chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non sussiste. Ha motivato tale richiesta sostenendo che la norma incriminatrice o, comunque, la disciplina dell'espulsione che ne costituisce il presupposto, è in contrasto con la direttiva 2008/115/CE, a suo avviso autoapplicativa dopo la scadenza dei termini di recepimento.

Motivi della decisione

1. La decisione del ricorso proposto dall'imputato richiede che siano risolti in via pregiudiziale i dubbi di interpretazione della normativa comunitaria evocata dal Procuratore generale.

Diritto nazionale. La normativa interna

2. - La normativa interna essenziale è riportata, per alleggerire la lettura, nel 1^a Allegato alla presente ordinanza.

Qui è sufficiente ricordare che la norma incriminatrice (art. 14, co. 5 *quater* del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, recante il "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", integrato da ultimo con l. 15.7.2009, n. 94), così dispone:

- Art. 14 - 1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il Centro di identificazione e di espulsione più vicino.

5 bis. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza (comma così sostituito dalla l. n. 94 del 2009, art. 1, co. 22, lett. m).

5 ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del co. 5 *bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento

Rassegna di giurisprudenza

sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione della l. 28.5.2007, n. 68, art. 1, co. 3. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del co. 5 *bis*. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai co. 1 e 5 *bis* del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'art. 13, co. 3 (comma così sostituito dalla l. n. 94 del 2009, art. 1, co. 22, lett. m).

5 quater. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al co. 5 *ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al co. 5 *bis*, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al co. 5 *ter*, terzo e ultimo periodo (comma così sostituito dalla l. n. 94 del 2009, art. 1, co. 22, lett. m).

La lettura della disciplina interna

3. Vanno tuttavia delineate in estrema sintesi le linee portanti della disciplina nazionale di riferimento, perché la sua comprensione appare complicata dall'affastellamento di interventi normativi e da un fitto intreccio di rinvii interni.

3.1. Il d.lgs. n. 286 del 1998, reca il Testo unico delle disposizioni in materia d'immigrazione (d'ora in avanti TU imm.) e si riferisce, a norma dell'art. 1, co. 1, esclusivamente ai cittadini extracomunitari. Venne emanato dal Governo in base alla delega conferita dalla l. 6.3.1998, n. 40, art. 47, co. 1. Le disposizioni degli artt. 13, 14, 15 e 16 costituivano la trasposizione della l. 6.3.1998, n. 40, artt. 11, 12, 13 e 14.

La l. n. 40 del 1998, all'art. 1 si definiva applicabile ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi, in attuazione dell'art. 10 Cost. (che dispone "La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei Trattati internazionali"). Detta legge sostituiva, abrogandoli (*ex art. 46, co. 1, lett. e*), il D.L. 30.12.1989, n. 416, art. 2 e ss., convertito, con modificazioni, dalla l. 28.2.1990, n. 39: disposizioni già modificate e integrate dalla l. 30.9.1993, n. 388, di ratifica dell'Accordo di Schengen e della Convenzione di applicazione.

Il TU imm. ha subito un primo radicale intervento riformatore ad opera della l. 30.7.2002, n. 189, ed è stato oggetto nel tempo di tali e tanti aggiustamenti, specialmente in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, da far dire alla Corte costituzionale - che pure ha ritenuto di non potere sindacare la scelta delle pene e la commisurazione della diffe-

rente gravità dei reati - che “il quadro normativo [...], risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, 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” (sentenza n. 22 del 2007).

3.2. Il TU imm. ha comunque sempre mantenuto nel suo impianto espulsioni “amministrative” e espulsioni cosiddette “giurisdizionali”.

Le espulsioni amministrative, disposte con provvedimento non giurisdizionale (del Ministro o del prefetto) e sottoposte a controllo giurisdizionale, sono disciplinate dagli artt. 13 e 14.

L’espulsione può essere disposta dal ministro (art. 13, co. 1) se ricorrono “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato”; in tal caso prescinde dalla “regolarità” dell’ingresso o della permanenza nel territorio dello Stato ed è giustificata.

L’espulsione può essere quindi disposta dal prefetto:

- nel caso in cui lo straniero, anche regolarmente soggiornante, appartenga a una delle categorie di persone pericolose per le quali è prevista l’applicabilità di misure di prevenzione (art. 13, co. 2, lett. e);

- ovvero nei casi in cui lo straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera o si è trattenuto nel medesimo territorio senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto ovvero con permesso di soggiorno revocato, annullato o scaduto da più di sessanta giorni senza averne chiesto il rinnovo (art. 13, co. 2, lett. a e b).

3.3. Le espulsioni disposte dal giudice sono nel TU imm.:

- l’espulsione come misura di sicurezza (art. 15), che consegue ad una condanna per reati di una certa gravità (delitti per i quali è previsto l’arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza) ed è subordinata, come tutte le misure di sicurezza previste dal codice penale, all’accertamento della pericolosità sociale del condannato;

- le espulsioni come “sanzione sostitutiva” (art. 16, co. 1) e come “sanzione alternativa” (art. 16, co. 5, come sostituito dalla l. 30.7.2002, n. 189), che prescindono invece dalla pericolosità e presuppongono anzi che la condanna non si riferisca a delitti ritenuti di estremo allarme (quelli elencati nell’art. 407, co. 2, lett. a, c.p.p.) nè ai delitti previsti dal TU imm.

3.4. La Corte costituzionale, respingendo i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nel tempo in relazione alle espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva e di sanzione alternativa (art. 16), ha affermato che in entrambi i casi si tratta in realtà di misura che “pur se disposta dal giudice, si configura come una misura di carattere amministrativo” cui consegue, se ottemperata, l’estinzione della pena e se violata il risorgere della pretesa punitiva; ciò comportando la “sostanziale sovrapposizione” fra espulsioni disposte dal prefetto e dal giudice nei confronti del cittadino extracomunitario che è entrato o soggiorna irregolarmente nel territorio dello Stato, ese-

Rassegna di giurisprudenza

guibili dal questore secondo le procedure previste dagli artt. 13 e 14 del TU imm. (Corte cost. ordinanze nn. 369 del 1999 e 226 del 2004).

Il profilo rilevante in questa sede è che le espulsioni disciplinate dal TU imm. si distinguono per natura o disciplina, ma la differenza non dipende affatto esclusivamente dall'essere state disposte da autorità amministrativa o giurisdizionale, neppure se seguono ad una condanna.

3.5. In base agli artt. 13 e 14 del TU imm., il provvedimento di espulsione è eseguito dal questore di regola, ovverosia con priorità (la norma dice "sempre", salvi i casi di espulsione per permesso scaduto), mediante accompagnamento coattivo immediato alla frontiera (art. 13 co. 4), soggetto a convalida giurisdizionale.

Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2004 e del D.L. 14.9.2004, n. 241, il provvedimento di espulsione diviene esecutivo solo quando è convalidato.

3.6. Nel sistema originario del TU l'espulsione dello straniero avveniva di regola mediante intimazione del questore a lasciare il territorio nazionale (art. 13, co. 6), mentre l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, costituiva un'eccezione, prevista essenzialmente nei casi di particolare pericolosità dello straniero (art. 13, co. 4). Non era inoltre prevista alcuna specifica sanzione penale per lo straniero inadempiente all'intimazione, essendo soltanto stabilito che in tal caso si sarebbe provveduto con accompagnamento coattivo (art. 13, co. 4, lett. a).

3.7. Con le modifiche introdotte dalla l. 30.7.2002, n. 189, il legislatore ha invece previsto, ribaltando la logica originaria, che l'espulsione sia di regola eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4). L'accompagnamento alla frontiera è divenuto così la forma ordinaria di esecuzione dell'espulsione amministrativa, salvo che per l'ipotesi di straniero già titolare di permesso di soggiorno che sia scaduto da più di sessanta giorni e che non sia stato rinnovato (art. 13, co. 5).

Nell'ipotesi in cui non è possibile eseguire immediatamente l'espulsione coattiva mediante accompagnamento alla frontiera (per la necessità di soccorrere lo straniero, di accertare la sua identità o nazionalità, di acquisire i documenti di viaggio, per indisponibilità del vettore), l'art. 14 prevede che lo straniero è trattenuto presso un "Centro" (ora 2di identificazione ed espulsione) in base a un provvedimento del questore soggetto a convalida giudiziale. Il termine massimo di tale trattenimento era all'inizio fissato in venti giorni più un'eventuale proroga di dieci giorni; era stato quindi portato dalla l. n. 189 del 2002, fino a trenta giorni, prorogabili di altri trenta.

3.8. La l. n. 94 del 2009, ha in aggiunta introdotto nell'art. 14, co. 5, TU imm., la previsione che, scaduti i primi sessanta (30 più 30) giorni, in caso di "mancata cooperazione al rimpatrio" dello straniero o di ritardi nell'ottenimento della documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice la proroga del trattenimento per sessanta giorni e, se questi non sono stati sufficienti a provvedere all'espulsione nonostante ogni ragionevole sforzo, per altri sessanta giorni: il termine massimo non può essere superiore comunque a centottanta giorni.

3.9. Soltanto se non è stato possibile eseguire l'accompagnamento coattivo e neppure è possibile trattenere lo straniero presso un Centro, oppure se i termini di permanenza sono trascorsi senza che l'espulsione abbia avuto luogo, è consentito procedere in via sussidiaria all'espulsione mediante intimazione del questore a "lasciare il territorio dello Stato entro il termine di 5 giorni" (art. 14, co. 5 *bis*). La violazione "senza giustificato motivo" di tale ordine di allontanamento è sanzionata penalmente dall'art. 14, co. 5 *ter*.

È da sottolineare che nel linguaggio del TU imm. il termine "allontanamento" non contraddistingue affatto l'allontanamento coattivo, definito "accompagnamento coattivo", ma è riferito in genere all'allontanamento volontario: quello appunto di cui all'art. 14, co. 5 *bis*. La norma, inoltre, parla testualmente di ordine di "lasciare il territorio dello Stato", non esplicitamente di rimpatrio. La giurisprudenza di questa Corte ha affermato che al fine di verificare l'esistenza di un "giustificato motivo", le difficoltà incontrate dallo straniero vanno parametrize alla possibilità di ritorno nel Paese d'origine o in Paese disposto ad accogliere lo straniero. Ciò non toglie che, per il principio di tassatività, ai fini penali lo straniero non può considerarsi inadempiente se ha lasciato il territorio italiano per entrare in quello di altro Stato membro nel quale è parimenti irregolare, anche se il risultato così conseguito dalla norma incriminatrice non sembra conforme al diritto dell'Unione.

3.10. Secondo la formulazione introdotta dalla l. n. 189 del 2002, la sanzione era "l'arresto da 6 mesi a 1 anno". "In tale caso", proseguiva l'art. 14, co. 5 *ter*, "si procede a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera mezzo della forza pubblica". Il co. 5 *quater*, prevedeva quindi che lo straniero così espulso che venisse trovato sul territorio nazionale, fosse punito con la reclusione da uno a quattro anni. Era previsto (co. 5 *quinqüies*) l'arresto obbligatorio in flagranza e il giudizio direttissimo (forma accelerata di presentazione dell'arrestato al giudice per la convalida dell'arresto e il giudizio).

3.11. A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del luglio 2004, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione dell'arresto obbligatorio per l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 14, co. 5 *ter*, il legislatore è intervenuto con il D.L. 14.9.2004, n. 241, convertito con modificazioni nella l. 12.11.2004, n. 271, trasformando la contravvenzione in delitto e prevedendo la reclusione da uno a quattro anni per l'ipotesi dell'art. 14 co. 5 *ter*, la reclusione da uno a cinque anni per l'ipotesi del co. 5 *quater*. Con il medesimo intervento normativo si sostituiva l'espressione "in tale caso", che collegava nel co. 5 *ter* la nuova espulsione coattiva all'accertamento del fatto-reato, con l'espressione "in ogni caso".

3.12. La giurisprudenza fissava alcuni punti. a) L'ordine del questore allo straniero di lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato segue il decreto di espulsione del prefetto e presuppone che non sia stato possibile eseguire tempestivamente l'espulsione e neppure trattenere lo straniero presso un centro di permanenza, ovvero che siano trascorsi i termini di permanenza (S.U., sentenza n. 2451 del 27.9.2007, Magera). L'ordine deve essere motivato in relazione a tale impossibili-

tà; la mancanza di motivazione ne comporta l'illegittimità e rende non configurabile la violazione prevista come reato; l'esistenza di un ordine legalmente dato in base alla normativa vigente al momento della sua emanazione è presupposto della norma incriminatrice. b) La clausola del giustificato motivo funge da "valvola di sicurezza" del meccanismo repressivo ed opera allorché l'osservanza del precetto appare - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - concretamente "inesigibile" (Corte cost., sentenza n. 5 del 2004, ordinanze n. 80 e n. 302 del 2004, ordinanza n. 286 del 2006, sentenza n. 22 del 2007, ordinanza n. 417 del 2008). Essa opera soltanto in presenza di "situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche ad esigenze che riflettano la condizione tipica del migrante economico, sebbene espressive di istanze in sè e per sè pienamente legittime" (Corte cost., sentenza n. 5 del 2004). c) Si consolidava inoltre una interpretazione giurisprudenziale (tra molte: Cass. pen., sez. I, sentenza n. 1052 del 14.12.2005, Shumska; sez. I, n. 15260 del 12.4.2006, Batista; sez. I, n. 46240 del 4.12.2008, Obi; sez. VI, n. 9073 del 17.12.2009, Lazhari) secondo cui, dopo la commissione di un primo reato *ex art. 14, co. 5 ter*, non poteva configurarsi una seconda analoga violazione, potendo la nuova espulsione essere eseguita solo mediante accompagnamento alla frontiera. 3.13. Con la l. n. 94 del 2009, il legislatore ha allungato, come si è detto, i tempi del trattenimento portandoli ad un massimo di centottanta giorni, ed ha inciso sul sistema repressivo penale sostituendo, o verosimilmente riscrivendo, l'art. 14, co. 5 *bis*, 5 *ter*, 5 *quater*, del TU imm.

Le modifiche (evidenziate nel corpo delle norme prima riportate) inaspriscono le pene; estendono le ipotesi in cui la violazione dell'ordine di allontanamento volontario costituisce delitto;

espressamente prevedono la reiterazione dell'intimazione all'allontanamento volontario dopo la violazione di un precedente ordine di allontanamento volontario. La riformulazione dell'art. 14, co. 5 *quater*, comporta così in particolare che la violazione della successiva intimazione integra un ulteriore delitto punibile con la reclusione da uno a cinque anni, che - perlomeno stando al tenore letterale - potrebbe addirittura ipotizzarsi ripetibile all'infinito.

Sempre la l. n. 94 del 2009, ha introdotto inoltre, da un lato nel TU imm. il reato di cui all'art. 10 *bis*, punito soltanto con l'ammenda; dall'altro nell'ambito dell'art. 16, co. 1, del medesimo TU la previsione della sanzione sostitutiva dell'espulsione in caso di condanna per il reato di cui all'art. 10 *bis* e, nell'ambito delle sanzioni applicabile dal giudice di pace competente a conoscere di tale contravvenzione, analoga previsione della sostituzione dell'ammenda con la sanzione dell'espulsione ai sensi dell'art. 16 del TU imm. (d.lgs. n. 274 del 2000, art. 62 *bis*).

3.14. La Corte costituzionale con la sentenza n. 250 del 2010 (e innumerevoli ordinanze a seguire) ha escluso ogni profilo d'illegittimità costituzionale per il reato previsto dall'art. 10 *bis*. Con la sentenza n. 359 del 2010, richiamata anche nella

memoria del ricorrente, ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5 *quater*, come modificato dalla l. n. 94 del 2009, nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario sia punita nel solo caso che abbia luogo "senza giustificato motivo", secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente co. 5 *ter*.

Necessità della questione pregiudiziale

4. In punto di rilevanza va evidenziato che, stando al solo diritto interno, il ricorso dovrebbe essere rigettato.

4.1. La legittimità del primo ordine di allontanamento volontario risulta accertata con la sentenza che in data 28.10.2008 ha applicato all'imputato la pena patteggiata di sette mesi di reclusione per il reato previsto dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, co. 5 *ter*. La contestazione sul punto è del tutto generica.

4.2. Il secondo ordine è stato sufficientemente motivato considerando, quanto all'impossibilità di eseguire l'espulsione, che l'imputato era "sedicente" e mancava "un valido documento per l'espatrio"; quanto all'impossibilità di trattenere lo straniero presso un Centro di permanenza temporanea, che vi era "indisponibilità di posti". Tanto bastava a dare ragione dell'esistenza dei presupposti che costituivano condizione di validità dell'atto, senza che occorressero spiegazioni ulteriori.

4.3. La circostanza che l'imputato fosse (e sia) "sedicente" non è sufficiente ad integrare un "giustificato motivo", perché incombeva su di lui allegare che era incolpevolmente privo di documenti d'identità, mentre non ha mai indicato circostanze specifiche idonee a dimostrare che i documenti gli erano stati negati o sottratti o che li avesse perduti. Inoltre le sentenze di merito hanno correttamente evidenziato che l'imputato ha ammesso di non essersi mai recato al Consolato del suo paese per ottenere ausilio per il rimpatrio.

4.4. Il francese è la lingua ufficiale del Gabon e la lingua di comunicazione tra le molte etnie. I giudici di merito hanno affermato che l'imputato era in grado di comprendere tale lingua e che era in Italia da molti anni, e questo è il risultato di un accertamento di fatto plausibile, non sindacabile nel giudizio di legittimità. La deduzione oggetto della memoria difensiva in data 1.2.2011, secondo cui in giudizio all'imputato era stata negata l'assistenza di un interprete di lingua francese ed era stato nominato un interprete di un idioma dialettale e a lui sconosciuto, è in contrasto sia con le censure svolte in tema di lingua conosciuta nel ricorso sia con il fatto che analoga doglianza sulla inidoneità dell'interprete nominato non è stata tempestivamente prospettata al giudice del merito.

4.5. La sentenza n. 359 del 2010 della Corte costituzionale non rileva nel caso di specie, perché il tribunale aveva già escluso, in fatto, che ricorressero motivi di giustificazione riconducibili alla nozione normativa del "giustificato motivo": motivi cioè diversi da quelli legati alla normale condizione di difficoltà del migrante economico, in conformità alla linea interpretativa indicata al punto 3.12.a.

4.6. La condanna potrebbe dunque essere annullata soltanto se si ritenesse che le disposizioni del diritto interno, regolanti l'espulsione mediante intimazione e le

Rassegna di giurisprudenza

conseguenze collegate alla condotta di inottemperanza a detta intimazione, sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea, in particolare con la direttiva 2008/115/CE, secondo la lettura che di essa ha dato il Procuratore generale nella sua requisitoria orale.

Presupponendo tale verifica l'interpretazione del diritto dell'Unione, questa Corte di ultima istanza ha il dovere di investire pregiudizialmente la Corte di giustizia.

Diritto dell'Unione. Le norme

5. I quesiti interpretati investono l'art. 2, par. 2, lett. b); art. 7, par. 1 e 4; art. 8, par. 1 e 4; art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, pubblicata in G.U. del 24.12.2008, in vigore dal 13.1.2009.

Coinvolgono altresì, quali norme di comparazione, l'art. 3; art. 7, par. 2 e 3; art. 8, par. 2 e 3; artt. 16, 21 della direttiva 2008/115/CE; l'art. 23 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, sostituito dalla direttiva; l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo cui la direttiva può mediatamente considerarsi ispirata. Tutte le disposizioni evocate sono riportate nel 2^a Allegato.

Il risultato che la direttiva intende realizzare

6. La direttiva richiama in premessa, nei primi tre "considerando":

il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16.10.1999, in tema di approccio coerente in materia di migrazione e asilo e politica comune per l'immigrazione legale, nonché di lotta contro l'immigrazione clandestina; il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5.11.2004, in tema di norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità; i "Venti orientamenti sul rimpatrio forzato", adottati il 4.5.2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM(2005)40, in adesione alle conclusioni dei Consigli prima indicati).

6.1. A illustrazione del sesto, settimo e ottavo principio dei "Venti orientamenti", il commento ufficiale (CM(2005)40 Addendum finale, 20.5.2005), osservava che essi si fondavano direttamente sull'art. 5 della Convenzione EDU e richiamava la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proporzionalità, ragionevole durata, obiettiva giustificazione della detenzione a qualsiasi titolo imposta.

6.2. Nel prosieguo, sempre nei "considerando", la direttiva così esplicita priorità, ragioni di tutela, finalità, che ispirano le regole dettate nell'articolato normativo:

(10) Se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria.

(11) Occorre stabilire garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio per l'efficace protezione degli interessi delle persone interessate.

(12) È necessario occuparsi della situazione dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare ma che non è ancora possibile allontanare. Le condizioni basila-

ri per il loro sostentamento dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale.

Affinché possano dimostrare la loro situazione specifica in caso di verifiche o controlli amministrativi, tali persone dovrebbero essere munite di una conferma scritta della loro situazione.

(13) L'uso di misure coercitive dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

(16) Il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente.

6.3. Pare dunque evidente che la direttiva tende a conciliare;

- da una parte, il diritto degli Stati membri di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel loro territorio e a prevenire in modo efficace illeciti e abusi in materia di immigrazione e asilo;

- dall'altra, il rispetto dei principi di ogni Stato di diritto in tema di restrizione della libertà personale, da considerare rimedio ultimo cui ricorrere nel modo meno coercitivo possibile e solo in caso di effettiva necessità; nonché, unitamente, il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti e delle garanzie loro accordate dal diritto internazionale pattizio e dalla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

6.4. In quest'ottica, la regola secondo cui deve essere privilegiato e preferito il rimpatrio volontario, con impegno dello Stato a renderne effettiva la possibilità, appare al Collegio intimamente legata alle disposizioni che concernono le durate massime del trattenimento, previste dall'art. 15, par. 5 e 6, della direttiva. Comune sembra la funzione di controlimita al potere degli Stati membri di usare indiscriminatamente la forza e la coazione per impedire ingresso e soggiorno sul loro territorio dei migranti economici "irregolari".

6.5. Nella sentenza 30.11.2009, *Kodzoev*, la Corte di giustizia ha ricordato che la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento (né, dunque, limite) nella direttiva 2008/115/CE. Ma ha ribadito anche che "quando è raggiunta la durata massima di trattenimento prevista all'art. 15, n. 6, della direttiva 2008/115, non si pone la questione se non esista più una prospettiva ragionevole di allontanamento, a norma del n. 4 dello stesso articolo. In un caso del genere la persona deve comunque essere immediatamente rimessa in libertà".

Pare chiaro, dunque, che la direttiva, mentre non si occupa dello straniero allontanato per ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza ("pericoloso"), persegue un risultato di tutela del migrante "economico" irregolare prescrivendo il ricorso prioritario al suo rimpatrio volontario e autorizzando misure restrittive, entro rigorosi limiti temporali e modali, solo in caso di mancanza di sua cooperazione e di effettiva necessità a fini di rimpatrio. Ai fini dell'eventuale disapplicazione della

Rassegna di giurisprudenza

norma incriminatrice, questa Corte nazionale ha tuttavia necessità che vengano precisati l'ambito effettivo e l'ampiezza di tale tutela.

Questioni interpretative. Applicabilità nell'ordinamento interno

7. La prima questione che va posta concerne l'efficacia per l'ordinamento italiano della direttiva 2008/115/CE, o meglio delle disposizioni che assumono rilevanza nel caso in esame, in mancanza di una legge espressa di trasposizione entro il termine del 24.12.2010, da essa previsto.

7.1. Si sostiene da parte della dottrina italiana e da molti giudici del merito che la direttiva avrebbe efficacia diretta ai fini che qui interessano quantomeno laddove: (a) afferma che gli Stati membri devono privilegiare il rimpatrio volontario; (b) prevede quale unica conseguenza rilevante, in termini di restrizione della libertà, della mancata collaborazione dello straniero al rimpatrio volontario, l'allontanamento coattivo o il trattenimento amministrativo in vista dell'esecuzione dell'allontanamento coattivo;

(c) riconosce che il diritto fondamentale alla libertà personale dello straniero sottoposto alla procedura amministrativa di espulsione non può essere in alcun caso compresso oltre i limiti tassativi fissati per il trattenimento dagli artt. 15 e 16 della direttiva.

7.2. A tale interpretazione si oppone da altre voci dottrinali e giurisprudenziali: (a) che la fonte (direttiva) vincola lo Stato membro nel risultato da raggiungere, ma implica di regola la necessità di trasposizione (art. 288 T.F.U.E.; art. 249, *ex* 189, T.C.E.); (b) che la gran parte delle disposizioni della direttiva in esame lasciano margini di adattamento agli Stati membri; (c) che la mancata trasposizione non rende di per sé autoesecutiva una disposizione priva di tale forza, ma rende soltanto suscettibile di sanzione lo Stato che non l'ha trasposta; (d) che il profilo della tassatività dei termini massimi di trattenimento è privo di rilevanza perché non si riferisce alle sanzioni penali.

7.3. Il Collegio osserva che, sebbene lo Stato italiano abbia omesso sinora di trasporre formalmente la direttiva nel suo ordinamento giuridico, ha adottato in pendenza dei termini di trasposizione la l. 15.7.2009, n. 94. E questa legge, non soltanto ha introdotto il reato di ingresso o soggiorno irregolare prevedendo per esso la espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, ma ha interamente riformulato, ribadendole e novandole a un tempo, sia le norme incriminatrici sia le disposizioni che regolano l'ordine di allontanamento volontario e le conseguenze della sua violazione, che rilevano nel presente giudizio.

Se dunque si pervenisse a una interpretazione del risultato voluto dalla direttiva nel senso che essa intende escludere che lo straniero irregolare sia sottoposto ad una spirale senza fine di intimazioni e restrizioni della libertà, nella sostanza collegate solamente alla sua mancanza di cooperazione al rimpatrio volontario, l'intervento legislativo in questione sarebbe collidente con i principi della direttiva e, compromettendone gravemente il risultato, non potrebbe dare causa a condanne.

Lo Stato avrebbe, in altri termini, violato l'obbligo di astenersi durante la pendenza del termine di trasposizione dall'adottare disposizioni che seriamente compromet-

tano “diritti” (posizioni giuridiche soggettive garantite), la cui tutela costituisce il risultato prescrittivo della direttiva (Corte di giustizia sentenze del 18.12.1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*; 8.5.2003, *Atrai*; 22.12.2005, *Mangold*).

Merito

8. Nel merito, i quesiti interpretativi da sottoporre alla Corte di giustizia ruotano attorno al problema della correttezza dell’assunto che la direttiva 2008/115/CE non può in alcun modo essere riferita all’ipotesi di commissione di reati né alla detenzione in vista o in conseguenza di un giudizio penale.

Parte delle opinioni di coloro che sostengono la compatibilità con la direttiva “rimpatri” delle fattispecie di reato di cui all’art. 14, co. 5 *ter* e 5 *quater*, TU imm., assumono, difatti, che la stessa direttiva sarebbe priva di pertinenza rispetto alle citate figure delittuose in ragione di quanto enunciato all’art. 2, par. 2, lett. b); del fatto che la direttiva si occupa solo delle procedure amministrative di espulsione; del principio che le regole comuni in materia di immigrazione e controllo delle frontiere non escludono che i singoli Stati possano, nell’esercizio dei loro poteri sovrani, disporre l’incriminazione dei cittadini extracomunitari che violano le disposizioni interne in materia di ingresso e soggiorno.

Non può negarsi che le questioni interpretative che si chiede alla Corte di giustizia di risolvere sono, per i loro risvolti sul diritto interno qui rilevante, connessi agli aspetti penalistici. Li riguardano tuttavia solo mediatamente, perché le questioni attengono alle regole fissate dalla direttiva in tema di rimpatrio volontario, allontanamento coattivo e trattenimento, nonché al risultato che la direttiva intende sostanzialmente realizzare. Il Collegio spera che la esposizione dei fatti e della disciplina interna abbia chiarito che l’unica ragione su cui fonda l’incriminazione per la quale l’imputato ha riportato la nuova condanna ad otto mesi di reclusione, oggetto di ricorso, consiste nella reiterata “violazione” di intimazioni seriali, ovvero sia nella perdurante sua mancata “cooperazione” all’ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato.

8.1. Si è visto che - diversamente da quanto prevede il 10 “considerando” e dispongono gli artt. 7, par. 1 e 4; 8, par. 1 e 4; 15, par. 1 - nell’ordinamento interno l’espulsione coattiva è tuttora la scelta prioritaria. Quando per le autorità amministrative non è possibile eseguire immediatamente l’accompagnamento alla frontiera, esso può essere procrastinato previo trattenimento presso appositi Centri, per un periodo più o meno lungo e coincidente, nel massimo, nei sei mesi fissati dall’art. 15, par. 5, della direttiva rimpatri. Se neppure il trattenimento è possibile o i termini sono scaduti, allo straniero è ordinato di “lasciare il territorio dello Stato”. Se non obbedisce senza giustificato motivo è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se condannato, può essere nuovamente intimato e nuovamente condannato.

Proprio il fatto che il trattenimento esaurito o impossibile viene dal legislatore italiano posto a monte dell’intimazione al rimpatrio volontario, costituendone il presupposto, è ciò che “giustifica”, dal punto di vista strettamente sanzionatorio, una conseguenza diversa, ulteriore e questa volta di rilievo penale, per l’inottemperanza all’ordine di allontanamento volontario.

8.2. La Corte di giustizia ha in passato più volte richiamato il principio che “Il diritto comunitario non vieta agli stati membri di reprimere la violazione delle disposizioni nazionali relative al controllo degli stranieri con opportune sanzioni - diverse dall’espulsione - atte a garantire l’osservanza delle disposizioni stesse” (sentenza 8.4.1976, Royer; ma, con significative precisazioni in punto di proporzionalità, sentenza del 25.7.2002, M.R.A.X., e ivi richiamata sentenza 3.7.1980, Pieck).

L’art. 2, par. 2, lett. b), esclude inoltre dall’ambito di applicazione della direttiva (espulsioni quali) sanzioni penali e conseguenze di sanzioni penali.

8.3. Sembra ragionevole, però, la tesi di chi sostiene che l’esclusione va per logica e coerenza interna riferita alle espulsioni che conseguono a reati d’altro tipo rispetto ai comportamenti di mancata collaborazione al rimpatrio, considerati dalla stessa direttiva “sanzionagli” (soltanto) mediante il prolungamento per ulteriori dodici mesi del trattenimento (art. 15, par. 6, direttiva).

Si intende dire che anche la direttiva, che pure non si occupa di sanzioni “penali”, ma solo di procedure strumentali all’espulsione (tanto che le restrizioni della libertà non hanno durata prestabilita, devono essere verificate periodicamente, e così via), pone regole a delimitazione della possibilità di coercizione sul presupposto di una patologia del comportamento dello straniero. E tale patologia coincide appunto con quella “inottemperanza” all’ordine di allontanamento volontario che nel nostro ordinamento determina la soggezione dello straniero alla pena della reclusione sino a cinque anni.

8.4. S’è già detto, inoltre, che nell’ordinamento italiano le espulsioni non si distinguono tanto per i soggetti da cui sono disposte, quanto per il loro collegamento o l’assenza di collegamento a un giudizio di “pericolosità sociale” dell’espulso. E si è pure detto che le espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva (e alternativa) dello straniero irregolare disposte dal giudice ai sensi dall’art. 16 del TU imm., non presuppongono un giudizio di pericolosità concreta, ma soltanto la situazione di “irregolarità” dello straniero, e che hanno la stessa natura amministrativa delle espulsioni disposte dal prefetto ai sensi dell’art. 13 co. 2, lett. b), venendo eseguite nel medesimo modo dal questore. Molte voci hanno quindi segnalato che l’introduzione nel TU imm. della contravvenzione di ingresso o soggiorno illegale, prevista dall’art. 10 *bis* - punita con un’ammenda da sostituire, in presenza delle condizioni per l’espulsione amministrativa, con l’espulsione a titolo di “sanzione sostitutiva”, disposta dal giudice in luogo del prefetto - non avrebbe altra funzione che rendere operante la deroga contemplata dell’art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva.

Tendenzialmente - si è sostenuto - l’intervento giurisdizionale che “punisce” con l’espulsione il reato di ingresso e soggiorno irregolare, dovrebbe relegare l’espulsione formalmente amministrativa alle sole ipotesi di respingimento, anch’esse tuttavia escluse dalla sfera d’applicazione della direttiva ai sensi della lett. b) del medesimo art. 2, par. 2.

La qualificazione come reati delle condotte del migrante che viola le norme interne disciplinanti il suo soggiorno o il suo onere di ottemperare ad un ordine di rimpa-

trio, serve, insomma, soltanto a surrogare l'inadeguatezza della macchina amministrativa. E tali considerazioni potrebbero trovare conferma nella previsione di cause d'improcedibilità dei giudizi relativi a tali contravvenzioni o delitti, se si accerta l'avvenuta espulsione (art. 10 *bis*, co. 5; art. 13, co. 3 *quater*, TU imm.). Sta di fatto che la provenienza da autorità amministrativa o giurisdizionale dell'espulsione è per il nostro ordinamento, nelle ipotesi ricordate, un dato esclusivamente formale (parte della dottrina lo considera di "etichette"), la cui rilevanza ai fini del diritto dell'Unione, in genere propenso a conferire rilievo agli aspetti sostanziali, non può non essere sottoposta all'organo istituzionalmente deputato a chiarire il senso delle norme comuni.

8.5. All'inverso, a ritenere che la direttiva non tocca l'aspetto della eventuale incriminazione dello straniero, neppure quando questa dipenda esclusivamente dalla sua permanenza irregolare (art. 10 *bis* TU imm.) o dalla sua mancata collaborazione al rimpatrio volontario (art. 14, co. 5 *ter* e co. 5 *quater* TU imm.), potrebbe dubitarsi della rilevanza del fatto che nell'ordinamento interno l'incriminazione per inottemperanza all'intimazione consegue ad una inversione dell'ordine di priorità nelle modalità espulsive.

Ipotizziamo che si ritenga che la disposizione che impone allo Stato membro di rilasciare lo straniero irregolare quando i termini del trattenimento sono esauriti, o non esiste alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento (sentenza Kadzoev cit.), non impedisca a tale Stato di sanzionare penalmente, con pena detentiva, lo straniero che, rilasciato, continua a soggiornare illegalmente e che, nuovamente intimato, non si allontana. Potrebbe allora sostenersi che analoga facoltà non è comunque preclusa ogni volta che l'intimazione e l'incriminazione del comportamento ostruzionistico sono di fatto dipese dalla "impossibilità" di trattenere, o di trattenerne più a lungo, lo straniero.

8.6. Vi è tuttavia una antinomia difficile da risolvere tra:

- le proposizioni normative, da un lato, che prescrivono agli Stati membri di privilegiare il rimpatrio volontario dello straniero irregolare e consentono in mancanza di sua cooperazione di trattenerlo sino a 18 mesi solo nel caso in cui "sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo" (art. 15, par. 6), mai trattandolo come un delinquente comune (art. 16);

- la prospettiva, dall'altro, che le stesse norme non impediscono allo Stato membro di punire con la reclusione sino a cinque anni, a titolo di delitto, la mancanza di cooperazione dello straniero "irregolare", senza neppure avere l'onere di dimostrare d'aver fatto ogni ragionevole sforzo per allontanarlo.

8.7. Resterebbe in ogni caso da verificare se le regole specifiche dettate dalla direttiva e i principi più generali in esse richiamati o attuati, ove pure non fossero d'ostacolo a risposte sanzionatorie diverse, richiedano, in vista del risultato che la direttiva tende a realizzare, che dette sanzioni siano nel loro complesso proporzionate a modalità e tempi del trattenimento ovvero, in ogni caso, alle sanzioni previste per fattispecie analoghe concernenti fatti di mera disobbedienza agli ordini

Rassegna di giurisprudenza

dell'autorità da parte di cittadini dello Stato o comunitari (il riferimento è ad esempio all'art. 650 c.p. riportato in allegato).

Quesiti

9. Occorre in conclusione chiedere alla Corte di giustizia:

- a) se l'art. 7, par. 1 e 4; l'art. 8, par. 1, 3 e 4; l'art. 15, par. 1, della direttiva 2008/115/CE, devono essere interpretati nel senso che è precluso allo Stato membro, invertendo le priorità e l'ordine procedurale indicato da tali norme, di intimare allo straniero irregolare di lasciare il territorio nazionale quando non è possibile dare corso all'allontanamento coattivo, immediato o previo trattenimento;
- b) se l'art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE, deve essere quindi interpretato nel senso che è precluso allo Stato membro fare conseguire alla ingiustificata mancanza di collaborazione dello straniero al rimpatrio volontario, e per questa sola ragione, la sua incriminazione a titolo di delitto e una sanzione detentiva (reclusione) quantitativamente superiore (fino a dieci volte) rispetto al già esaurito o oggettivamente impossibile trattenimento a fini di allontanamento;
- c) se l'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2008/115/CE, può essere interpretato, anche alla luce dell'art. 8 della direttiva medesima e degli ambiti della politica comune individuati in particolare dall'art. 79 TFUE, nel senso che basta che lo Stato membro decida di configurare come reato la mancata cooperazione dello straniero al suo rimpatrio volontario, perché la Direttiva non trovi applicazione;
- d) se l'art. 2, par. 2, lett. b), e 15, par. 4, 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE, devono essere all'inverso interpretati, anche alla luce dell'art. 5 della Convenzione EDU, nel senso che essi sono d'ostacolo alla sottoposizione dello straniero irregolare, per il quale non è oggettivamente possibile o non è più possibile il trattenimento, ad una spirale di intimidazioni al rimpatrio volontario e di restrizioni della libertà che dipendono da titoli di condanna per delitti di disobbedienza a tali intimidazioni;
- e) se, conclusivamente, anche alla luce del decimo "considerando", del previgente art. 23 C.A.A.S., delle raccomandazioni e degli orientamenti richiamati in premessa dalla direttiva 2008/115, dell'art. 5 della Convenzione EDU, è possibile affermare che l'art. 7, par. 1 e 4, l'art. 8, par. 1,3 e 4, l'art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, conferiscono valore di regola ai principi che la restrizione della libertà ai fini del rimpatrio va considerata alla stregua di *extrema ratio* e che nessuna misura detentiva è giustificata se collegata a una procedura espulsiva in relazione alla quale non esiste alcuna prospettiva ragionevole di rimpatrio.

Richiesta di procedura d'urgenza

10. È necessario inoltre domandare, ai sensi dell'art. 104 *bis* del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, l'applicazione del procedimento d'urgenza. Come risulta dalla esposizione in fatto, [...] è sottoposto, per il reato oggetto di questo giudizio, alla misura coercitiva dell'obbligo di presentazione giornaliera alla polizia.

È inoltre da evidenziare che, se pure fosse *medio tempore* revocato l'obbligo di presentazione, [...] dovrebbe essere nuovamente attinto, se già non lo è stato, da nuovo provvedimento di espulsione, verosimilmente (non risultano accordi di

riammissione con il Gabon) con trattenimento o intimazione e rischio di nuova incriminazione e restrizione, sulla base della disciplina in relazione alla quale sono state sollevate le questioni d'interpretazione pregiudiziale.

Va per altro considerato che le questioni interpretative sottoposte alla Corte di giustizia riguardano, attesa la cronica insufficienza dei centri di identificazione e di espulsione sul territorio nazionale e la carenza di accordi di riammissione adeguati, un numero elevatissimo di stranieri raggiunti da ordini di allontanamento volontario e inadempienti. Tale situazione oggettiva finisce per aggravare ulteriormente le mancanze di certezze e garanzie per la posizione specifica dell'imputato.

P.Q.M.

la Corte di cassazione, sciogliendo la riserva di cui all'udienza del 18.2.2011; visto il d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 14, co. 5 *quater*; visti l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; l. 13.3.1958, n. 204, art. 3; art. 479 c.p.p., chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla questioni di interpretazione dell'art. 2, par. 2, lett. b); art. 7, par. 1 e 4; art. 8, par. 1 e 4; art. 15, par. 1, 4, 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), specificate in motivazione. Chiede l'applicazione del procedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 104 *bis* del regolamento di procedura della Corte di giustizia, per le ragioni indicate in motivazione. Sospende il presente giudizio sino alla definizione delle suddette questioni pregiudiziali. Dispone l'immediata trasmissione di copia della presente ordinanza, unitamente agli atti del giudizio, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

5.

Tribunale di Alessandria ordinanza 7.4.2011 - est. Perroni

reato d'inottemperanza all'ordine di esibizione congiunta dei documenti d'identità e di quelli legittimanti il soggiorno - *abolitio criminis* - revoca della condanna passata in giudicato

art. 6, co. 3, TU n. 286/98; art. 2, co. 2 c.p.; art. 673 c.p.p.

[...]. Vista l'istanza presentata dall'avv. [...] nell'interesse di [...] Marocco [...], attualmente detenuto per questa causa presso la Casa circondariale di Vercelli intesa ad ottenere la revoca della sentenza n. 46/2009 pronunciata dal tribunale di Alessandria in data 19.1.2009, irrevocabile il 16.3.2009 per il reato di cui all'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/98 commesso in Alessandria il 7.3.2007 (mesi 1 di arresto ed euro 100,00 di ammenda) in quanto, il reato in questione, a seguito della modifica normativa apportata dall'art. 1 co. 22 l. 94/2009, può essere commesso solo dagli stra-

Rassegna di giurisprudenza

nieri legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato, come stabilito dalle S.U. della Corte di cassazione con la recente pronuncia in data 24.2.2011.

Ritenuta la propria competenza a decidere, quale giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo (art. 665 e 4 c.p.p.), all'esito del contraddittorio, letti gli atti, sciolta la riserva,

Osserva

L'istanza è fondata.

All'udienza del 24.2.2011 le S.U. della Cassazione hanno deciso in senso affermativo la questione, sollevata con l'ordinanza di rimessione n. 42318/2010 della sez. I penale "se la modificazione dell'art 6 co. 3 d.lgs. 25.7.1998 n. 286 ad opera dell'art. 1 co. 22 lett. h) della legge 15.7.2009 n. 94 abbia circoscritto i soggetti attivi del reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato esclusivamente agli stranieri legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente *abolitio criminis* per gli stranieri extracomunitari irregolari".

Dagli atti del fascicolo processuale risulta che il condannato era extracomunitario, irregolare sul territorio italiano; e che il fatto è stato da lui commesso in stato di clandestinità; orbene, a seguito della modifica apportata all'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/98, i soggetti attivi di tale reato possono essere solo gli extracomunitari regolari nel territorio dello Stato (ovvero coloro che sono in grado di esibire il permesso di soggiorno o documento equipollente), principio sancito anche dalle S.U. con la recente pronuncia sopra richiamata; ritiene pertanto il giudicante che il fatto commesso dal cittadino extracomunitario clandestino non è ora più previsto dalla legge come reato.

Rilevato che, ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p. "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce reato; e se vi è stata condanna ne cessano la esecuzione e gli effetti penali", la sentenza emessa nei confronti di [...] deve essere revocata ai sensi dell'art. 673 c.p. ed il condannato deve essere posto immediatamente in libertà rilevato che alla revoca del provvedimento di condanna consegue, ai sensi dell'art. 5, d.p.r. 313/2002, l'eliminazione della relativa iscrizione sul casellario giudiziale.

P.Q.M.

visti gli artt. 673 c.p.p., 5 d.p.r. 313/2002, revoca la sentenza n. 46/2009 pronunciata dal tribunale di Alessandria in data 19.1.2009, irrevocabile il 16.3.2009, nei confronti di [...] in atti generalizzato ed ordina l'immediata liberazione del condannato se non detenuto per altro; dispone, inoltre, la cancellazione dal certificato del casellario giudiziale dell'annotazione del detto provvedimento, oggetto di revoca; [...].

Soggiorno

6.

**Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna - Parma
sentenza 25.5.2010 n. 211 - rel. Caso**

decreto flussi - nulla osta negato per asserita insufficienza reddituale del datore di lavoro - mancata valutazione del reddito attuale - illegittimità del diniego decreto flussi - verifica della capacità reddituale del datore di lavoro richiedente - criteri predeterminati dalla DPL

procedimento di diniego di nulla osta - comunicazione preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 e s.m. - invio di memoria difensiva - omessa motivazione della PA in relazione agli elementi proposti dal privato - illegittimità per violazione del giusto procedimento amministrativo

art. 30 bis d.p.r. 394/99 e s.m.; art. 10 bis l. 241/90 e s.m.

Sul ricorso RG. 314 del 2009 proposto da [...] contro l'Ufficio territoriale del governo - prefettura di Reggio Emilia, [...] per l'annullamento del provvedimento in data 15.6.2009, con cui il dirigente dello Sportello unico per l'immigrazione presso la prefettura di Reggio Emilia ha respinto l'istanza della ricorrente circa la concessione del «nulla osta» all'ingresso in Italia («decreto flussi 2007») del cittadino extracomunitario [...]. Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto e diritto

Ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, la ricorrente presentava un'istanza per la concessione del «nulla osta» all'ingresso in Italia («decreto flussi 2007») del cittadino extracomunitario [...], che ella intendeva assumere per l'impresa [...] quale operaio adibito a mansioni di addetto alla pulizia. Con provvedimento in data 15.6.2009, a firma del dirigente dello Sportello unico per l'immigrazione, la prefettura di Reggio Emilia rigettava tuttavia la domanda, motivando il diniego con il rilievo che il reddito/fatturato relativo all'anno 2006 risultava insufficiente a sostenere i costi dell'assunzione (in sede di comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis della legge n. 241/90 si era richiamata la decisiva circostanza che già tre unità di personale emergevano essere alle dipendenze dell'impresa).

Avverso l'atto prefettizio ha proposto impugnativa la ricorrente [...]. Si è costituito in giudizio l'Ufficio territoriale del governo - prefettura di Reggio Emilia, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, resistendo al gravame. [...].

Osserva preliminarmente il Collegio che, in sede di richiesta di assunzione di lavoratori stranieri, l'art. 30 bis, co. 8, del d.p.r. n. 394 del 1999 impone allo Sportello unico competente al rilascio del «nulla osta» al lavoro di provvedere, tramite la Direzione provinciale del lavoro, alla “[...] verifica dell’osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del nu-

mero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili [...]"

Nella fattispecie, alla luce di quanto emerge dagli atti del procedimento, la Direzione provinciale del lavoro di Reggio Emilia si è attenuta, come in altri casi, al parametro medio fondato sulla spesa presunta di € 25.000,00 per ogni lavoratore, secondo un criterio che, in assenza di censure circostanziate sul punto, non si presenta in sé irragionevole per la valutazione del requisito della "capacità economica" del datore di lavoro; assumendo, pertanto, a riferimento i dati forniti dalla ricorrente in sede di domanda (fatturato di esercizio pari a € 61.785,00), ne è stata desunta l'insostenibilità di un'ulteriore assunzione, a fronte della presenza di già tre dipendenti in forza alla ditta.

Senonché, dopo il preavviso di rigetto *ex art. 10 bis* della legge n. 241 del 1990, la ricorrente aveva fatto pervenire all'Amministrazione, tramite la Confartigianato, informazioni integrative di quelle originarie, con la precisazione che la ditta era priva di dipendenti (cfr. nota con timbro d'arrivo del 3.3.2009; doc. n. 3 della parte ricorrente). Di tanto la prefettura di Reggio Emilia avrebbe dovuto evidentemente tenere conto - se del caso promuovendo ogni ulteriore accertamento utile a verificare il reale stato dei fatti -, per poi indicare i motivi posti a fondamento della decisione finale, così come richiesto dall'*art. 10 bis* cit. laddove stabilisce che "[...] Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale [...]" e obbliga di conseguenza a dare puntuale indicazione delle ragioni che abbiano eventualmente indotto a disattendere le controdeduzioni formulate dal privato (cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 31.3.2010 n. 1834).

In realtà, il provvedimento impugnato si limita a segnalare che "[...] decorso inutilmente il termine di 10 giorni previsto dall'*art. 10 bis* della l. 241/1990, il richiedente non ha prodotto ulteriori chiarimenti o elementi di valutazione utili ai fini di un'eventuale riesame della pratica [...]" né rileva che i chiarimenti sono pervenuti all'Amministrazione dopo i dieci giorni riservati dalla legge all'esercizio di tale facoltà, avendo la giurisprudenza osservato che, seppur tardivi, l'Amministrazione è comunque obbligata a prenderli in considerazione quando giunti al suo esame prima dell'adozione dell'atto conclusivo del procedimento, sì da non potersi astenere dal valutarli adducendo come unica giustificazione l'intempestività della loro presentazione (cfr. Tar Umbria 16.6.2009 n. 293).

Il vizio così individuato appare assorbente delle altre questioni dedotte, e di per sé giustifica l'annullamento dell'atto impugnato, salve restando le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione, le quali - ove ancora di segno negativo - dovranno naturalmente essere assistite da puntuale motivazione circa le valutazioni operate. Le spese di lite seguono la soccombenza dell'Amministrazione, e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione. Condanna l'Amministrazione al pagamento delle spese di lite [...].

7.

**Tribunale amministrativo regionale della Campania - sez. VI¹
sentenza 19.1.2011 n. 362 - rel. Monaciluni**

**permesso CE per soggiornanti di lungo periodo - diniego per pregresse condanne ritenute automaticamente ostative - mancata valutazione della effettiva ed attuale pericolosità sociale e dei legami familiari - violazione della direttiva 2003/109/CE, dell'art. 8 CEDU e dell'art. 9 TU 286/98 - illegittimità
permesso CE per soggiornanti di lungo periodo - esclusione di ogni automatismo preclusivo al rilascio del titolo**

direttiva 2003/109/CE; art. 9 TU n. 286/98; art. 8 CEDU

Sul ricorso RG. 4024 del 2010, proposto da [...] contro il Ministero dell'interno, [...] per l'annullamento, previa sospensione del decreto del questore di Caserta Cat. A 12/Imm/2010, prot. n. 74 del 19.3.2010, notificato il 26 aprile successivo, recante il rigetto del rilascio di "permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo" presentata dal ricorrente in data 24.10.2008 [...]. Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto e diritto

1. A mezzo del ricorso in esame, notificato il 23.6.2010 e depositato il 12 luglio successivo, il sig. [...] si duole del decreto del questore di Caserta Cat. A 12/Imm/2010, prot. n. 74 del 19.3.2010, notificatogli il 26 aprile successivo, recante il rigetto del rilascio di "permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo" per motivi di lavoro autonomo, di cui all'istanza da lui presentata in data 24.10.2008. Il diniego è fondato sull'esistenza di due condanne penali, emesse entrambe nel 2007 e divenute irrevocabili il 2008, per i reati di ricettazione e violazione delle norme sul diritto di autore e sulla considerazione che "le succitate sentenze non consentono di valutare favorevolmente l'istanza".

2. [...].

3. L'Avvocatura dello Stato si è costituita in giudizio per l'intimata Amministrazione, senza svolgere difese scritte.

4. Con ordinanza collegiale n. 1614 del 28.7.2010 è stato concesso ingresso all'invocata tutela cautelare, così testualmente motivando: "Dato atto che la richie-

1. In termini analoghi cfr. anche Tar Campania n. 356/2011.

sta di rilascio del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo per motivi di lavoro autonomo, per cui è causa, si fonda sulla sussistenza, a carico dello straniero istante, ovvero dell'odierno ricorrente, di due condanne per i reati di ricettazione e violazione delle norme sul diritto d'autore, emesse nel 2007, e sul correlato assunto che le succitate sentenze non consentono di valutare favorevolmente l'istanza. Ritenuto che, come denunciato in ricorso, siffatta sola giustificazione non sia sufficiente a sorreggere il diniego, ponendosi in violazione dell'art. 9, co. 4, del d.lgs. n. 286 del 1998 che richiede una valutazione concreta della pericolosità sociale dell'istante”.

5. Siffatta conclusione interinale va in questa sede resa definitiva in accoglimento del primo ed assorbente mezzo di impugnazione. Ed invero, l'art. 9, co., 4, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 recita testualmente: “Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Nel valutare la pericolosità si tiene conto anche dell'appartenenza dello straniero ad una delle categorie indicate nell'art. 1 della legge 27.12.1956, n. 1423, come sostituito dall'art. 2 della legge 3.8.1988, n. 327, o nell'art. 1 della legge 31.5.1965, n. 575, come sostituito dall'art. 13 della legge 13.9.1982, n. 646, ovvero di eventuali condanne anche non definitive, per i reati previsti dall'art. 380 c.p.p., nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'art. 381 del medesimo codice. Ai fini dell'adozione di un provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno di cui al presente comma il questore tiene conto altresì della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero”.

Detto testo è quello che risulta per effetto delle modifiche apportate dapprima dalla l. 189 del 2002 e quindi dal d.lgs. 8.1.2007, n. 3, di attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo e che ha sostituito, unicamente per tali cittadini, l'apprezzamento della pericolosità dello straniero agli automatismi determinati, perlomeno in alcune ipotesi, dalla normativa previgente.

Ne deriva che l'odierna previsione richiede che l'eventuale diniego di rilascio del permesso per lungo soggiornanti debba essere sorretto da una motivazione articolata su tutti gli elementi che hanno contribuito a formare il giudizio di pericolosità, con esclusione di automatismi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3.8.2010, nn. 5148 e 7541; 26.2.2010, n. 1133), tenendosi quindi in debito conto, ai sensi dell'art. 8 CEDU, la durata del soggiorno nel territorio nazionale e l'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. VI, 13.9.2010, n. 6566, 3.8.2010, nn. 5148 e 7541 cit.; 13.12.2009, n. 7571).

5. “In sostanza, a soggiornanti di lungo periodo, l'essere incorsi in un reato legato alla tutela del diritto di autore” (di cui anche qui trattasi) “in carenza di puntuale accertamento sulla pericolosità del richiedente, non può costituire titolo preclusivo automatico al permesso di soggiorno per lavoro subordinato” (Cons. Stato, sez. VI,

sentenza 18.9.2009, n. 5624 e, in tali sostanziali sensi, ancora da ultimo, sempre Cons. Stato, sez. VI, 23.12.2010, n. 9336).

6. Facendo applicazione di siffatti (ormai) consolidati principi, non può negarsi la fondatezza della denuncia attorea in ordine ad una mancata, concreta ed attuale, valutazione della pericolosità sociale dello straniero in discorso e, comunque, ad una sua mancata ostensione in seno al provvedimento impugnato, posto che il diniego si fonda esclusivamente sull'indicazione dell'esistenza delle due pronunce penali e sulla considerazione "che le succitate sentenze non consentono di valutare favorevolmente l'istanza".

7. Ne consegue, assorbito quant'altro, la pacifica fondatezza della doglianza esaminata e, quindi, del gravame. Per l'effetto, fatti salvi i successivi provvedimenti dell'Amministrazione, deve disporsi l'annullamento del provvedimento impugnato, emesso in carenza di istruttoria e, comunque, di motivazione adeguata. Le spese di giudizio vanno, comunque, compensate, avuto anche conto che il ricorrente ben avrebbe potuto far valere nella sede amministrativa le ragioni qui spese, all'esito della ricezione dell'avviso di avvio del procedimento.

P.Q.M.

il tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. VI, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della Amministrazione. Compensa le spese di giudizio. [...].

8.

Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna - sez. II ordinanza 17.2.2011 n. 83 - rel. Aru

permesso di soggiorno - diniego di rinnovo - mancata valutazione delle ragioni della mancata stipula del contratto di soggiorno con il richiedente la regolarizzazione - illegittimità - omessa applicazione del principio che vieta di collegare la perdita del titolo di soggiorno alla perdita del lavoro

artt. 2, 5, co. 5 e 22, co. 11, TU n. 286/98; Conv. OIL 143/75

Sul ricorso RG. 12 del 2011, proposto da [...] contro il Ministero dell'interno, [...] la questura di Cagliari, [...] per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento del questore di Sassari in data 8.10.2010 n. 23/2010/cat. A 12/2010 di rigetto dell'istanza presentata in data 19.10.2009 dal sig. [...] tendente ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, notificato il 29.10.2010; di tutti gli atti ad esso presupposti, conseguenti o comunque connessi. [...]. Ritenuto che in questa materia, attese le finalità di sanatoria della legge n. 102/2009, assume valore decisivo la sussistenza di un effettivo contraddittorio procedimentale tra le parti, anche al fine di procedere ad una verifica, in termini so-

Rassegna di giurisprudenza

stanziali e non puramente formali, della sussistenza, in capo ai richiedenti, dell'effettivo possesso dei requisiti richiesti dalla normativa di settore.

Visto il d.lgs. 25.7.1998, n. 286, recante il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, il quale dispone:

- all'art. 5, co. 5, dispone 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, fatto salvo quanto previsto dall'art. 22, co. 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili. Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale";

- al successivo art. 22, co. 11, sancisce che "la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario" e che "il lavoratore straniero in possesso di permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro può essere iscritto nelle liste di collocamento per la residua validità del permesso di soggiorno e comunque [...] per un periodo non inferiore a sei mesi".

Ritenuto, alla luce della predetta normativa, di condividere le argomentazioni di cui alla sentenza del Tar Campania, sez. VI, n. 26793 del 3.12.2010, secondo cui, in fattispecie analoga a quella in esame, si è stabilito di "[...] convenire con la denuncia attorea che, nel caso di specie, il rilascio del permesso di soggiorno non poteva essere negato sulla scorta della ragione indicata nel provvedimento senza prima far luogo ad un supplemento di istruttoria dal quale, come documentato in atti, sarebbe emersa la prospettata imputabilità al datore di lavoro della mancata stipulazione del contratto di lavoro e la sussistenza di rapporti di lavoro del sig. [...] se pur con soggetto diverso".

Ritenuto, per quanto sopra precisato, di accogliere l'istanza cautelare presentata dal ricorrente ai fini del riesame del provvedimento impugnato.

Ritenuti peraltro sussistenti giusti motivi per compensare tra le parti le spese della presente fase del giudizio,

P.Q.M.

il tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. II accoglie, ai fini del riesame, l'istanza cautelare in epigrafe. Compensa le spese della presente fase cautelare.