amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativ@mente
Rivista di diritto amministrativo

Commento a Consiglio di Stato - Sez. III, sentenza 10 febbraio 2014, n. 633

di Carlo Giordano

INTRODUZIONE

Con la recente sentenza n.633 depositata in cancelleria il 10 febbraio 2014, la Sez.III del Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia resa dal Tar Liguria-Genova[1] concernente il diniego del rilascio di un permesso di soggiorno a seguito della richiesta di un cittadino extracomunitario condannato in precedenza per uno dei reati di cui all'art. 380 del cod. proc. pen.

In particolare, i giudici del Supremo organo di giurisdizione amministrativa hanno, con l'accoglimento del ricorso, escluso che la determinazione dei provvedimenti espulsivi nei confronti degli stranieri avvenga attraverso un rigido automatismo fondato sul mero riscontro di una condanna preclusiva dell'ingresso e della permanenza in Italia in presenza di elementi – quali una condanna per reato risalente nel tempo i cui effetti penali si siano esauriti per un provvedimento di riabilitazione – che escludano in concreto la pericolosità degli stranieri per l'ordine e la sicurezza pubblica.

La sentenza in esame se da un lato è espressione di un favor, di un'integrazione sociale e lavorativa degli stranieri, dall'altro rappresenta l'abbandono, da parte della giurisprudenza amministrativa, di rigidi canoni eccessivamente generici e formalistici che mal si adattano e mal rispondono alla variabilità della fattispecie concreta.

Ciò premesso, al fine di comprendere le linee argomentative della sentenza in commento è necessario prendere le mosse dalla complessa normativa in materia.

1. RILASCIO E DINIEGO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO

1.1. Il cittadino comunitario

La corretta comprensione della sentenza oggetto di commento necessita della preliminare trattazione circa la procedura e la casistica giurisprudenziale sul rilascio e sul diniego del permesso di soggiorno.

Il cittadino comunitario e quello extracomunitario hanno due diverse discipline regolatrici dell'ingresso e del soggiorno nel territorio italiano.

Il c.d. flusso d'ingresso dei cittadini comunitari è regolato dal d.lgs. n.30 del 2007 in attuazione della direttiva CE n. 38 del 2004: il suddetto decreto abroga le disposizioni precedenti, regola il diritto di soggiorno dei cittadini comunitari residenti sul territorio italiano e dei loro familiari, anche se cittadini non comunitari e riconosce tre diritti fondamentali per le persone fisiche e giuridiche:

[1] TAR Liguria, Genova , Sez.. II, n. 1460 del 2010.

 ISSN 2036-7821

diritto di stabilimento per i lavoratori autonomi, imprese e società[2]; diritto di libera circolazione per i lavoratori dipendenti, anche disoccupati, e gli studenti[3]; diritto di libera prestazione dei servizi[4].

Il decreto prevede che ogni cittadino comunitario residente sul territorio nazionale sia trattato in maniera paritetica al cittadino italiano con estensione di tale prerogativa ai propri familiari[5] – anche non comunitari – che siano titolari del permesso di soggiorno.

Il decreto diversifica le formalità da adempiere in relazione alla durata del soggiorno: se inferiore a tre mesi non sono previste alcune formalità; se invece superiori al suddetto lasso temporale i cittadini comunitari devono recarsi al comune in cui dimorano per richiedere l'iscrizione anagrafica con la presentazione della domanda correlata della documentazione relativa alla propria attività lavorativa subordinata oppure autonoma; all'iscrizione presso una scuola pubblica o privata (nel caso dello studente); a risorse economiche sufficienti al proprio sostentamento e a quello della propria famiglia; alla copertura sanitaria.

Si rileva che il diritto di soggiorno acquisito da un familiare comunitario si conserva nel caso di partenza del cittadino comunitario, di decesso oppure di scioglimento del matrimonio purché si sia acquisito il diritto di soggiorno permanente, si abbia un lavoro oppure si sia iscritti ad un corso di studio.

Diversa è la situazione del familiare non comunitario che può rimanere sul territorio italiano solo se ha soggiornato per almeno un anno prima del decesso del coniuge comunitario , purché abbia acquisito il diritto di soggiorno permanente previa verifica di risorse economiche sufficienti al sostentamento e abbia una adeguata copertura sanitaria.

Se si tratta, invece, di figli o del genitore che ne ha l'affidamento, entrambi i soggetti possono rimanere fino al termine del percorso di formazione o di studio indipendentemente dalla propria cittadinanza.

Il cittadino comunitario che abbia soggiornato in via continuativa per cinque anni nel territorio nazionale acquisisce il diritto di soggiorno permanente[6], con richiesta al comune di

[2]E' il diritto di stabilirsi in uno Stato differente dal proprio per esercitare stabilmente un'attività non salariata alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato in cui ci si stabilisce: non comporta l'obbligo di trasferimento della sede dell'attività nel nuovo paese, dove può essere aperta soltanto una unità locale, mantenendo la sede nel paese d'origine.

[3]E' il diritto di prestare un'attività come dipendente o di studiare alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato in cui ci si trasferisce;

[4]E' il diritto di prestare, a titolo temporaneo, la propria attività in altro stato membro alle condizioni dei residenti, senza aprire un insediamento permanente (per servizi si intende praticamente qualsiasi attività industriale, commerciale, artigianale, professionale)

[5] Per il riconoscimento dei diritti in materia di ingresso e di soggiorno sono considerati familiari del cittadino comunitario: il coniuge; il partner contraente un'unione registrata in base alla legislazione di uno stato membro (discussa è la situazione del convivente: da alcuni riconosciuta in base al divieto di espulsione allo straniero convivente riconosciuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 312 del 2000; da altri esclusa perché ritenuta non sufficiente per consentire l'ingresso ed il soggiorno); i figli del cittadino comunitario o del coniuge di età inferiore a 21 anni o maggiori di tale età ma a carico dei familiari; gli ascendenti diretti a carico del cittadino comunitario o del coniuge. I familiari devono essere in possesso di un passaporto in corso di validità e di un visto d'ingresso rilasciato dall'autorità consolare italiana a titolo gratuito e con priorità.

[6] Pur non avendo raggiunto i cinque anni continuativi di soggiorno permanente spetta il diritto di soggiorno permanente al cittadino comunitario che dopo aver cessato l'attività lavorativa abbia raggiunto l'età per percepire la pensione di vecchiaia o di pensione anticipata (o comunque abbia sessanta anni); al cittadino comunitario che dopo almeno due anni di soggiorno abbia cessato la propria attività lavorativa per una sopravvenuta incapacità lavorativa permanente; il cittadino che percepisca una rendita erogata da un' ente statale; il

residenza che deve provvedere entro i successivi 30 giorni.
Tale diritto viene meno in ogni caso per assenza di oltre due anni consecutivi dal territorio nazionale.

1.2. Il cittadino extracomunitario

La disciplina per il rilascio del permesso, il diniego e per il soggiorno nel territorio italiano del cittadino extracomunitario è il decreto legislativo n. 286 del 1998. *In primis* si evidenzia che il permesso di soggiorno è il provvedimento che consente allo straniero di permanere sul territorio nazionale[7], rilasciato per una durata non superiore al tempo richiesto per le necessità documentate.
L'autorità competente al rilascio del provvedimento suddetto è il questore della provincia in cui il cittadino extracomunitario risiede, previa verifica di alcuni presupposti legislativamente previsti: il regolare ingresso nel nostro paese[8] e la sussistenza delle condizioni per cui viene presentata la richiesta di rilascio del permesso. Il permesso deve essere richiesto entro 8 giorni dall'ingresso[9].
I requisiti necessari per il rilascio del permesso non sono previsti analiticamente ma sono determinati a contrario dall'elencazione delle fattispecie in cui il provvedimento può essere negato.
Il d.P.R. n. 179 del 2011 disciplina i criteri e le modalità per la sottoscrizione da parte del cittadino extracomunitario dell'accordo di integrazione.
Il legislatore subordina , in tal modo, il regolare soggiorno nel nostro territorio per coloro che maturano un certo numero di crediti, analiticamente individuati nel d.P.R. 179 del 2011[10], riconosciuti all'impegno di acquisire: un adeguato livello di conoscenza della lingua italiana parlata, una sufficiente conoscenza dei principi fondamentali della Costituzione della Repubblica[11] e del funzionamento delle pubbliche istituzioni in Italia nonché un'adeguata conoscenza della vita civile in Italia con riferimento al settore scolastico, sanitario, dei servizi sociali, del lavoro e degli oneri fiscali. L'accordo ha durata di due anni prorogabile di un altro anno e riguarda i cittadini extracomunitari che fanno ingresso per la prima volta nel territorio italiano e richiedono il rilascio allo Sportello unico per l'immigrazione[12] del permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno[13].
In base all'esito della verifica dei crediti maturati durante il periodo di validità dell'accordo, lo stesso potrà essere ulteriormente prorogato oppure risolto.
La richiesta può essere effettuata per diversi

cittadino comunitario che dopo aver soggiornato almeno tre anni nel territorio italiano, lavori in un altro paese UE pur continuando a mantenere la residenza in Italia.

[7]S. CENTONZE, *Ingresso e soggiorno degli extracomunitari*, Torino, 2006.

[8]D.lgs. 25 luglio 1998, n.286, art.5.

[9]La Cass. Civ., Sez. I, n. 9809 del 2003, ha precisato che il termine di 8 giorni deve essere considerato perentorio non rilevando un favor basato sul richiamo ai principi della solidarietà sociale.

[10]All'atto della stipula dell'accordo vengono assegnati sedici crediti che vengono decurtati se il cittadino extracomunitario non partecipa senza giustificato motivo alla sessione di formazione civica e di informazioni sulla vita civile in Italia , di durata variabile tra le 5 e le 10 ore, entro i tra mesi successivi alla sottoscrizione dell'accordo. Si ha la perdita dei crediti nel caso di provvedimenti giudiziali penali anche non definitivi.

[11]Sarebbe auspicabile per una volta , a parer di chi scrive, l'applicabilità di tale regola prevista per il cittadino extracomunitario al cittadino italiano, con particolare attenzione alla classe dirigente.

[12] Attivo presso ogni prefettura per la trattazione di pratiche relative alle procedure di prima assunzione dei lavoratori stranieri, di ricongiungimento familiare e del test di conoscenza della lingua italiana.

[13] Sono esclusi i cittadini comunitari che entrano nel nostro territorio per il lavoro stagionale.

motivi come quella per l'asilo politico; per motivi di giustizia[14]; per motivi umanitari[15]; per la residenza elettiva a favore dello straniero che sia titolare di una pensione percepita in Italia[16].
E' stata prevista, con la convenzione del 30 gennaio del 2006 tra Ministero dell'interno e Poste Italiane s.p.a. una forma semplificativa di richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno presso gli uffici postali con la compilazione di un apposito kit. Si è dibattuta in giurisprudenza l'imputazione della responsabilità per inadempimento o per omissioni da parte delle Poste.
Un primo orientamento[17] ha rilevato la responsabilità del Ministero con conseguente configurabilità di un meccanismo di silenzio-rifiuto per il rilascio del permesso.
Altro orientamento[18] ha, al contrario, configurato la responsabilità delle Poste qualora non sia effettivamente dimostrato che la questura abbia ricevuto la richiesta del rilascio del permesso con conseguente esclusione del meccanismo del silenzio-diniego.
Sulla linea della semplificazione è stato anche previsto e disciplinato[19] il rilascio del permesso in forma elettronica per i soggiorni di durata superiore a 90 giorni con successiva sostituzione del passaporto cartaceo e della carta di identità cartacea con i rispettivi documenti in formato elettronico[20].

Nel nostro ordinamento è prevista una summa divisio tra permessi di soggiorno, scindibili in macroaree, in relazione all'ufficio presso cui è possibile inoltrare la richiesta.
Presso l'ufficio postale è possibile presentare la richiesta per permessi inerenti:

- motivi familiari (adozione, affidamento, famiglia[21], motivi di famiglia del figlio minore ultra quattordicenne[22]);
- motivi di lavoro e studio (lavoro autonomo, lavoro subordinato, casi

---

[14] In tale fattispecie è necessaria la richiesta effettuata dall'autorità giudiziaria procedente.
[15] Previo parere delle commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato oppure previa acquisizione dal richiedente della documentazione relativa a gravi situazioni personali che non consentano l'allontanamento dello stesso dallo Stato.
[16] d.P.R., 31 agosto 1999, n. 394, art.11.
[17] T.A.R., Puglia,. n.2592/2007.
[18] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n.7710 del 2007.
[19] Con l'art.7 ter del d.l. n .7 del 2005.
[20] Previsione del regolamento CE n.2254 del 2004. Il regolamento Ce 380 del 2008 ha inoltre previsto l'inserimento nella documentazione elettronica dei dati biometrici (immagine del volto ed impronte digitali).
[21] Il permesso di soggiorno per motivi di famiglia è rilasciato allo straniero che ha fatto ingresso per ricongiungimento familiare, o con un visto al seguito del proprio familiare, o negli altri casi indicati nella scheda «conversione del permesso di soggiorno da altro motivo in quello per famiglia». Si rileva inoltre che il figlio minore dello straniero, con questi convivente e regolarmente soggiornante è iscritto nel permesso di soggiorno o nella carta di soggiorno di uno o di entrambi i genitori fino al compimento del quattordicesimo anno di età e segue la condizione giuridica del genitore con il quale convive. Ugualmente il minore affidato, segue la condizione giuridica dello straniero affidatario. Al compimento del 14° anno di età il minore potrà richiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per famiglia autonomo fino al compimento della maggiore età.
[22] Compiuti quattordici anni al minore iscritto nel permesso di soggiorno o nella carta di soggiorno di uno dei genitori, è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari fino al compimento della maggiore età, o la carta di soggiorno. Identica disciplina viene applicata anche al minore iscritto sul permesso di soggiorno oppure sulla carta di soggiorno dello straniero affidatario. La ratio del permesso in esame è quella di consentire al minore ultra quattordicenne l'accesso ai servizi assistenziali, l'iscrizione a corsi di studio o di formazione professionale, lo svolgimento di lavoro subordinato o autonomo, fermi i requisiti minimi di età per lo svolgimento di attività di lavoro. Si precisa, inoltre, che al compimento del 18 anno di età al titolare del permesso di soggiorno suddetto viene rilasciato un permesso per motivi di studio, per accesso al lavoro o per il lavoro in relazione al tipo di attività svolta.

particolari di lavoro[23], lavoro stagionale, attesa occupazione, missione, ricerca scientifica, tirocinio formazione professionale , studio);

- motivi di c.d. status e personalità del richiedente (motivi religiosi, rinnovo dello status di apolide, turismo, residenza elettiva).

Presso gli uffici Immigrazione delle questure è possibile, invece, presentare richiesta di permesso di soggiorno per: affari; cure mediche[24]; giustizia[25]; rilascio dell'asilo politico e dello status di apolide; motivi umanitari; gare sportive; integrazione del minore.

Il rilascio del permesso di soggiorno viene negato in mancanza dei requisiti previsti *ex lege* con una valutazione positiva delle eventuali sopravvenienze[26].

La casistica giurisprudenziale sul diniego del rilascio di permesso è variegata.

Exemplum di quanto detto è la mancanza di lavoro del soggetto richiedente, la pericolosità sociale dello stesso e la mancanza dei mezzi di sussistenza.

Quanto alla prima fattispecie la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni ritenuto legittimo il diniego di rilascio del permesso di soggiorno al cittadino extracomunitario che non si è presentato sul posto di lavoro indicato nella documentazione allegata alla domanda, con irrilevanza di una diversa – seppur sussistente al momento del diniego – attività lavorativa[27].

Circa la mancanza dei mezzi di sussistenza , la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la non riuscita dimostrazione da parte del soggetto richiedente di leciti mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno comporti la mancanza di un requisito essenziale per il rilascio del permesso[28].

Maggiori problemi, oggetto di controverse discussioni in dottrina ed in giurisprudenza, sono scaturiti in relazione alla sussistenza della pericolosità del cittadino extracomunitario e alla conseguente problematica della c.d. automatica reiezione del rilascio.

La tematica – che, peraltro, costituisce il *punctum dolens* della sentenza in commento – oggetto di una nutrita giurisprudenza sia dei T.A.R. che del Consiglio di Stato, è correlata alla problematica dell'accertamento in concreto della pericolosità dello straniero che deve essere necessariamente scissa, a parer di chi scrive, da un'astratta e automatica reiezione *ex lege* che non risponde alle diverse fattispecie che *case by case* vengono esaminate.

La giurisprudenza amministrativa[29], infatti, era fortemente orientata nel senso di un automatico diniego del rilascio del permesso di soggiorno,

---

[23] Esempi sono i traduttori e gli interpreti e i collaboratori familiari. Strettamente connesso all'ultimo esempio è la situazione delle c.d. badanti (anche se più correttamente devono essere definiti assistenti familiari). Il lavoro domestico ha la particolarità della continua compresenza tra datore di lavoro e lavoratore nonché la circostanza che, nella maggior parte dei casi, il datore di lavoro non è un professionista. Requisito essenziale è il raggiungimento di un numero di ore che consenta al richiedente di ottenere una remunerazione non inferiore al minimo previsto per l'assegno sociale (per il 2012 per le persone non sposate era di 5.557,00 annui).

[24] Il permesso in esame viene rilasciato sia alla persona che necessita di cure mediche che all'accompagnatore. Nella richiesta deve necessariamente essere indicata la struttura sanitaria italiana prescelta, il tipo di cura, la data di inizio del trattamento terapeutico e la durata presunta dello stesso.

[25] Ad esempio per il cittadino extracomunitario necessario per lo svolgimento di un procedimento penale. In tale fattispecie la richiesta deve essere effettuata all'Autorità giudiziarie e può essere rilasciato per un massimo di tre mesi prorogabile una sola volta per lo stesso periodo di tempo.

[26] D.lgs. 25 luglio 1998 , n. 286, art. 5.

[27] T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II n.1971 del 2006; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I , n.693 del 2006.

[28] Cons. St., Sez. VI, n.2231 del 2007.

[29] T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I n.1572 del 2008.

senza necessità di una valutazione concreta, nel caso vi fosse una condanna nei confronti dello straniero disciplinata dagli art. 380 e 381 del codice di procedura penale.
La sentenza in esame, rappresenta un vero e proprio *renvirement* del Consiglio di stato sul rigido automatismo che per anni ha pervaso l'istituto *de quo*.
Il diniego al rilascio del permesso di soggiorno deve essere preceduto – data la natura di provvedimento amministrativo – dal preavviso di rigetto di cui all'art.10 bis della legge 241 del 1990[30]. Minoritaria giurisprudenza ritiene applicabile all'istituto *de quo* anche l'effetto sanante previsto dall'art. 21 *octies* della 241 del 1990 allorché il provvedimento "assunto in violazione di norme procedimentali[31] [...] non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato"[32].

2. LA SITUAZIONE LAVORATIVA DEL CITTADINO EXTRACOMUNITARIO

2.1. Il lavoro subordinato

Il rilascio del permesso di soggiorno, il diniego e la permanenza del cittadino extracomunitario sul territorio dello stato italiano è strettamente connessa alla tripartizione delle tipologie di lavoro elaborate dal legislatore: lavoro subordinato, lavoro stagionale e lavoro autonomo.
Circa il contratto di lavoro subordinato, si rileva che il rilascio del permesso di soggiorno è condizionato all'esistenza di un permesso di lavoro e, al contempo, il permesso di lavoro è connesso al rilascio del permesso di soggiorno. La giurisprudenza amministrativa[33] ha chiarito che viene *in primis* stipulato un contratto di lavoro, che è valido tra le parti anche per il rilascio del permesso di soggiorno o del suo rinnovo.
In numerose fattispecie vi era un regolare ingresso del cittadino extracomunitario nel territorio dello stato italiano con visto per il lavoro subordinato ma, al momento della sottoscrizione del contratto il datore di lavoro veniva meno.
Il Governo[34] e poi la giurisprudenza amministrativa[35] hanno ritenuto che in detta fattispecie fosse illegittimo il diniego del permesso di soggiorno e il suo rinnovo dovendo essere rilasciato il permesso di soggiorno in attesa di occupazione. Se vi è, invece, la sottoscrizione di un contratto con un nuovo datore di lavoro si dovrà sottoscrivere anche un nuovo contratto di lavoro per soggiorno.
Responsabile dell'intero procedimento di assunzione dei lavoratori subordinati stranieri a tempo determinato ed indeterminato è lo sportello unico per l'immigrazione, istituito presso la Prefettura in ogni provincia[36].
Il datore di lavoro deve porre in essere gli adempimenti previsti dall'art. 22 del d.lgs. 286 del 1998 tra cui la formalizzazione di una richiesta nominativa di nulla osta di lavoro presso lo sportello unico, l'assunzione dell'impegno alla comunicazione di ogni variazione lavorativa, l'indicazione dell'alloggio per il lavoratore.
E' prevista, inoltre, la c.d. chiamata non nominativa per il datore di lavoro che, non conoscendo lo straniero, formuli una richiesta di lavoro per uno o più lavoratori[37].

---

[30] In tal senso anche la giurisprudenza: esemplificativa è la sent. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II n.11048 del 2010.
[31] Come ad es l'art.10 bis della l.241 del 1990.
[32] T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, n.2578 del 2007.
[33] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II n. 787 del 2007.
[34] Circolare del Ministero dell'Interno , n. 3836 del 2007.
[35] T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II n. 3649 del 2007; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I , n. 1568 del 2007.
[36] Così come previsto dall'art.22 del d.lgs. 286 del 1998.
[37] Art. 22, comma 3 del d.lgs.286 del 1998.

Lo sportello unico per l'immigrazione , entro quaranta giorni dalla richiesta e previa verifica dei requisiti legislativamente previsti , rilascia il nulla osta e, su richiesta del datore di lavoro, trasmette la documentazione agli uffici consolari in via telematica se possibile[38].
Lo sportello unico, inoltre, al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno per lavoro fa sottoscrivere al lavoratore straniero un modulo precompilato di richiesta al permesso di soggiorno che verrà inoltrato via telematica alla questura competente per il rilascio del permesso di soggiorno.
La perdita del lavoro, anche per dimissioni, non è motivo di revoca del permesso di soggiorno[39] del lavoratore extracomunitario e dei familiari con esso soggiornanti. Il lavoratore può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso e, se non si tratta di lavoratore stagionale, comunque non inferiore ad un anno[40] dall'inizio della disoccupazione.
La giurisprudenza ha chiarito la natura perentoria del termine suddetto[41]: alla scadenza dovrà esser verificato il nuovo ingresso nel mondo del lavoro dello straniero e della sua capacità di produrre reddito.[42]

Lo straniero deve sempre dare prova del possesso di un reddito sufficiente al proprio sostentamento durante la vigenza di un contratto di lavoro subordinato; durane la validità di un'autorizzazione rilasciata per motivi di lavoro autonomo; durante il periodo di disoccupazione.
Un caso particolare vi è nell'impugnazione del licenziamento: il lavoratore extracomunitario potrebbe ottenere, infatti, la reintegrazione nel posto di lavoro dopo la scadenza del permesso di soggiorno. Tale circostanza non può essere ignorata dall'autorità amministrativa che, solo all'esito della vertenza e delle statuizioni dell'autorità adita potrà verificare la sussistenza dei requisiti legislativamente previsti per la richiesta di regolarizzazione.
I giudici di legittimità hanno escluso il rigido automatismo del licenziamento del lavoratore extracomunitario alla scadenza del permesso di soggiorno: il rapporto tra le parti non viene risolto ma solo sospeso in attesa delle verifiche da parte dell'autorità legislativamente preposta[43].
Il legislatore ha previsto la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa di 5000 euro per il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze stranieri privi del permesso di soggiorno o con lo stesso scaduto e senza richiesta di rinnovo; annullato o revocato.

2.2. Il lavoro stagionale

Altra tipologia disciplinata nel t.u. dell'immigrazione è il lavoro stagionale, il cui tratto distintivo è la provvisorietà della durata del permesso connessa ad esigenze stagionali, soprattutto nel settore agricolo.
La richiesta di lavoro stagionale, se nominativa, deve essere effettuata allo sportello unico per l'

[38]Art. 22, comma 5 del d.lgs. 286 del 1998.
[39]Art. 22, comma 11 del d.lgs. 286 del 1998.
[40]In applicazione della norma suddetta si veda a titolo esemplificativo la sentenza del T.A.R. Marche, Ancona Sez. I, n.1222 del 2007.
Il T.A.R. Veneto, Venezia, sez III n.206 del 2007 ha sottolineato la diversità, per il rinnovo del permesso di soggiorno, della collocazione del lavoratore straniero nelle liste di mobilità rispetto alla condizione di disoccupato e alle conseguenti liste di collocamento.
[41]T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n.2271 del 2003.
[42] Conforme il Consiglio di Stato, sez. VI , che nella sent. 3239 del 2008 rileva che *"E' illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno emesso nei confronti di uno straniero con esclusivo riferimento ad un periodo di difficoltà lavorativa, pur avendo quest'ultimo già ripreso a produrre reddito da lavoro alla data di emanazione dell'atto gravato"*.
[43]Cassaz. Civ., sez. lavoro, n. 9407 del 2001.

immigrazione; qualora, al contrario, il datore di lavoro non conosca direttamente lo straniero da impiegare , deve essere inoltrata una domanda non nominativa al centro per l'impiego che provvede entro 5 giorni.
L'autorizzazione viene rilasciata dallo sportello unico per l'immigrazione, nel rispetto del criterio di precedenza maturato, non oltre 20 giorni dalla richiesta del datore di lavoro con validità da un minimo di 20 giorni ad un massimo di nove mesi[44] in relazione alla durata del lavoro stagionale richiesto decorrenti dalla data di sottoscrizione del contratto di lavoro.
Le autorizzazioni rilasciate devono necessariamente rientrare nel numero delle quote previste ogni anno dal ministero dell'interno.
A tal proposito si è discusso in giurisprudenza se l'onere di richiedere l'attestazione del rispetto delle quote spettasse all'amministrazione oppure allo straniero.
Un primo orientamento in giurisprudenza propende per l'onere dell'amministrazione: lo straniero, infatti, non deve necessariamente produrre l'attestazione della relativa quota nella richiesta di permesso di soggiorno che deve, al contrario, essere acquisita dalla stessa amministrazione[45].
Un altro orientamento, al contrario, ritiene che l'onere ricada sullo straniero richiedente perché considera l'integrazione dell'attestazione relativa alla quota d'ingresso una condizione essenziale alla richiesta di rilascio del permesso di soggiorno[46].

Il legislatore ha previsto, nel caso lo straniero dimostri di essere venuto in Italia almeno due anni di seguito per lavoro stagionale, il rilascio del c.d. permesso pluriennale , con durata sino a tre anni e sempre nel rispetto delle quote annuali previste dal Ministero dell'Interno.
Il rispetto delle condizioni previste dal permesso stagionale ed il conseguente rientro nel proprio paese alla scadenza, comportano un diritto di precedenza per il rientro in Italia l'anno successivo per ragioni di lavoro stagionale rispetto a quei cittadini extracomunitari, dello stesso paese, che non abbiano mai fatto regolare ingresso in Italia per gli stessi motivi di lavoro.
Il *dies a quo* dell'acquisto del diritto suddetto è proprio il regolare rientro nel paese d'origine.
Si segnalano, infine, le c.d. convenzioni per il lavoro stagionale: le commissioni regionali tripartite[47] possono stipulare con le regioni e con gli enti locali, con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative di lavoratori e datori di lavoro convenzioni per favorire l'accesso dei lavoratori stranieri nei posti di lavoro, con lo stesso trattamento economico e normativo dei cittadini italiani. Possono anche esservi eventuali incentivi per favorire flussi e deflussi e le misure complementari dell'accoglienza.

2.3. Il lavoro autonomo

Ultima fattispecie disciplinata dal legislatore è quella del lavoro autonomo, consentito al cittadino extracomunitario purché non occasionale e non riservato ai cittadini italiani o a quelli dell'Unione Europea. Lo straniero che intenda esercitare in Italia una attività

[44] La Legge 35 del 2012 ha previsto che , se alla scadenza del termine previsto nel permesso stagionale al lavoratore viene offerta una nuova opportunità di lavoro stagionale dallo stesso o da un altro datore di lavoro, il permesso può essere rinnovato.
[45] T.A.R. Veneto, Venezia, sez. III, n.780 del 2007.
[46] T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 3684 del 2004.
[47] Sono organismi di concertazione attraverso le quali le parti sociali concorrono alla determinazione delle politiche del lavoro e alla definizione delle relative scelte programmatiche e di indirizzo della Regione.

industriale, commerciale, professionale o artigianale deve dimostrare una serie di requisiti, tra cui:

- il c.d. requisito economico: deve, cioè, poter disporre di risorse economiche adeguate per esercitare l'attività che intende porre in essere;
- i c.d. requisiti legali: deve, cioè esser in possesso necessarie condizioni previste dalla legge italiana per l'esercizio di determinate attività, compresa l'eventuale iscrizione in albi o registri;
- i c.d. requisiti personali: deve, cioè, dimostrare la disponibilità di un alloggio , di un reddito minimo annuo proveniente da fonti lecite di importo superiore al livello minimo previsto *ex lege* per la partecipazione alla spesa sanitaria[48].

La mancanza del reddito minimo comporta la reiezione del rinnovo del permesso di soggiorno [49]: la ratio della diniego del rinnovo è quella di evitare che un cittadino extracomunitario, che non abbia raggiunto il livello reddituale minimo legislativamente richiesto, sia coinvolto in attività criminali.

Il visto è rilasciato o negato dall'autorità consolare o diplomatica, con espressa indicazione dell'attività a cui il visto si riferisce, entro 120 giorni dalla data di presentazione della domanda e della relativa documentazione. Tale provvedimento deve essere utilizzato entro 180 giorni dalla data del rilascio.

Lo straniero che sia già in Italia con regolare permesso di soggiorno per motivi di studio o di formazione professionale, può richiedere la conversione del permesso in proprio possesso in permesso di soggiorno per lavoro autonomo[50]. In tale fattispecie ai fini del requisito c.d. sono valutabili tutti i redditi del cittadino extracomunitario e non solo quelli da lavoro[51].

Il d.lgs. 286 del 1998 ha previsto la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero con accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica nel caso di condanna con provvedimento irrevocabile del cittadino extracomunitario per i reati inerenti la tutela del diritto d'autore oppure di falso[52].

La giurisprudenza amministrativa ha rilevato, in più di una circostanza, la specialità della previsione suddetta e, di conseguenza, l'illegittimità del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno nei confronti del cittadino extracomunitario, titolare di un contratto di lavoro subordinato e a tempo determinato, per aver questi riportato una condanna penale per violazione delle norme sul diritto d'autore[53], in mancanza di un'apposita valutazione sulla reale pericolosità dello straniero[54]

Un problema dibattuto si ha nelle ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) nel caso di violazione delle norme sul diritto d'autore. Si rileva che vi sono due distinti contrapposti orientamenti in

[48] Il Ministero della Salute ha stabilito il minimo in 8.500 euro per l'anno 2012.

[49]In tal senso T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, n.6004 del 2008.

[50]Art. 39, comma 9 del D.P.R. 394 del 2009.

[51]Il Consiglio di Stato, VI sez., nella sentenza n.3266 del 2008 ha rilevato che è possibile la conversione del lavoro subordinato in lavoro autonomo anche qualora non vi sia la condizione di reciprocità con lo Stato di appartenenza del cittadino extracomunitario.
Accade , inoltre, di frequente nella fattispecie concreta la conversione del permesso di soggiorno rilasciato al minorenne.

[52]Così disposto dall'art.26, comma 7 bis del d.lgs. 286 del 1998.

[53] Cons. St., Sez. VI, n. 3885 del 2008.

[54] Cons. St., sez. VI, n. 5624 del 2009.

giurisprudenza: il primo[55], ha ritenuto insufficiente il c.d. patteggiamento per giustificare il diniego del permesso per lavoro autonomo per mancanza di accertamento in sede dibattimentale della responsabilità. Per negare il rinnovo occorrerebbe una pronuncia irrevocabile di condanna a seguito del dibattimento salvo condanna per reati considerati più gravi per cui è sufficiente anche una condanna non definitiva[56].
Un secondo orientamento, ha ritenuto al contrario sufficiente il patteggiamento per il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno non essendo necessaria una diversificazione del rito processuale seguito per giungere alla definitiva condanna del ricorrente[57].

3. RIGIDO AUTOMATISMO: RISPONDE REALMENTE ALLE ESIGENZE DELLA FATTISPECIE CONCRETA?

Il ricorrente, nei motivi di ricorso avverso la sentenza resa dal T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, n. 01460/2010[58], si doleva dell'illegittimità della stessa per eccesso di potere e violazione di legge sotto plurimi profili: della non ostatività del reato ascritto[59] al completamento del procedimento di emersione della posizione lavorativa; della mancata verifica, in applicazione di un rigido automatismo legato ad un precedente penale, dell'autorità di pubblica sicurezza di una valutazione complessiva dell'inserimento dello straniero nel contesto sociale; dell'intervenuta sentenza di riabilitazione ; della mancata comunicazione , ex art. 10 bis della legge 241 del 1990, delle ragioni che impedivano l'adozione del provvedimento.
La parte appellante, inoltre, nelle note conclusive aveva espressamente richiamato la sentenza n. 172 del 2012 della Corte Costituzionale che rilevava l'incostituzionalità, in relazione all'art. 3 della Costituzione, dell'art. 1 ter , comma 13, lett. c)[60] della l. 102 del 2009 «*nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronunzia nei suoi confronti di una sentenza per uno dei reati per i quali l'art.380 cod.prod. pen. permette l'arresto facoltativo in flagranza, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza in Italia*».
Il Consiglio di Stato nell'esaminare i motivi di ricorso rileva preliminarmente che la citata sentenza del 2012 della Corte Costituzionale si riferisce ai reati previsti dall'art. 381 del c.p.p.[61]

[55] T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I n.2918 del 2007.
[56] Si fa riferimento a reati in materia di : stupefacenti, libertà sessuale, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia, l'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri paesi, il reclutamento, lo sfruttamento della prostituzione o i minori da impiegare in illecite attività.
[57] T.A.R. Toscana. Firenze, Sez.I, n.1542 del 2007.
[58] La citata sentenza si era espressa sull'archiviazione della richiesta di permesso di soggiorno, sulla emersione di cittadini extracomunitari che svolgono funzioni di assistenza e sostegno alle famiglie , per la presenza di una condanna ostativa al completamento del procedimento così come previsto dall'art. 1 ter, comma 13 della legge n.102 del 2009.
[59] La parte ricorrente era stata condannata con sentenza n. 592 nel 2006, confermata dalla Corte d'Appello di Genova nel 2009, per furto con l'aggravante della violenza sulle cose ex art.625, comma 1, numero due del c.p.
[60] *Non possono essere ammessi alla procedura di emersione prevista dal presente articolo i lavoratori extracomunitari:*
c) che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381 del medesimo codice.
[61] " In linea preliminare , occorre precisare che le questioni di legittimità costituzionale sono rilevanti limitatamente

mentre nel caso di specie la parte appellante era stata condannata per uno dei reati – rectius il furto con aggravante della violenza sulle cose- di cui all'art. 381 del c.p.p.

Al contempo, però, il supremo Consesso amministrativo ritiene carente l'accertamento dell'autorità procedente circa l'effettiva pericolosità sociale del soggetto appellante in contrasto con la ratio della sentenza 172 del 2012 della Corte Costituzionale che esprime, infatti, l'intento di evitare rigidi automatismi, per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno, che prescindano da parametri obiettivi connessi alla variabilità della fattispecie concreta.

Proprio il rigido automatismo richiamato nella sentenza in commento è il *punctum dolens* della *quaestio*.

La giurisprudenza amministrativa[62] ha definito il c.d. automatismo del rigetto della richiesta del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno come quel fenomeno giuridico per cui è lo stesso legislatore a qualificare il soggetto che è risultato responsabile ed è stato condannato per tali gravi reati, quale persona pericolosa per l'ordine e la sicurezza pubblica al quale non può essere conseguentemente rilasciato o rinnovato il permesso di soggiorno.

L'applicazione dell'automatismo del rigetto o nel rinnovo del permesso di soggiorno può essere suddivisa in tre periodi: dalla legge 189 del 2002[63] alla sentenza 78 del 2005 della Corte Costituzionale; dalla sentenza suddetta alla sentenza 172 del 2012; dalla 172 alla sentenza in commento.

Circa il primo periodo , l'art.33, comma 7 lettera c)[64] della legge 189 del 2002 e l'art. 1 , comma 8 lettera c)[65] del d.l. 195 del 2002 (convertito dalla legge 222 del 2002) facevano derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di regolarizzazione della presentazione di una denuncia ,per uno dei reati indicati dagli art. 380 e 381 del cod. proc. pen. , nei confronti dello straniero. Le leggi del 2002 avevano introdotto un trattamento severo per gli stranieri comportando l'applicazione dell'automatismo ad un momento in cui l'accertamento della colpevolezza non era nemmeno in una fase embrionale con forti dubbi di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame.

La sentenza della Corte Costituzionale 78 del 2005 ha dichiarato, infatti, incostituzionali gli articoli su esposti affermando che la mera denuncia non prova nulla riguardo la colpevolezza o la pericolosità del denunciato ma obbliga solo l'autorità competente alla verifica delle condizioni necessarie all'instaurazione di un processo penale.

Il secondo periodo, compreso tra la sentenza costituzionale del 2005 a quella del 2012, vede, da un lato, l'applicazione del rigido automatismo oggetto d'esame da parte della giurisprudenza amministrativa maggioritaria[66] e, dall'altro, i primi orientamenti giurisprudenziali nel senso dell'esclusione dello stesso.

L'automatico rigetto della richiesta del rilascio o del rinnovo del permesso costituiva una mera

---

alla parte della norma in esame che non consente di ammettere alla procedura di emersione il lavoratore extracomunitario condannati [...] per uno dei reati previsti dall'art.381 cod. proc. pen.

[62] T.A.R. Emilia Romagna, Parma, n. 49 del 2007.

[63] E la successiva legge 222 del 2002.

[64] c) che risultino denunciati per uno dei reati indicati negli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale […]. Le disposizioni del presente articolo non costituiscono impedimento all'espulsione degli stranieri che risultino pericolosi per la sicurezza dello Stato.

[65] Che ripete l'art. 33, comma 7, lettera c) della legge 189 del 2002.

[66] A titolo esemplificativo, T.A.R. Toscana, Firenze , sez. I , n. 2710 del 2005.

applicazione dell'art.4 , comma 3 del d.lgs. 286 del 1998 modificato nel 2002 e nel 2009 (con l'introduzione della condanna anche con sentenza non definitiva)[67], espressione di una rigidità del sistema, confermata poi dall'art. 1 ter, comma 13 della legge 102 del 2009, in cui non venivano presi in considerazione gli effetti penali della condanna: la sentenza di condanna costituiva, allora, il presupposto oggettivo del diniego e solo una espressa disposizione legislativa che escludesse tale automatismo poteva giustificare una conclusione diversa: tale disposizione, per la giurisprudenza amministrativa, non era ricavabile dall'art. 4, comma 3 del d.lgs. 286 del 1998 sopra menzionato[68].

Se, da un lato, vi era una automatico diniego del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno in base all'art. 4, comma 3 del lgs. 286 del 1998[69], dall'altro la giurisprudenza amministrativa cominciò ad attenuare le proprie posizioni. L'art. 4, comma 3 del d.lgs. 286 del 1998[70] venne, infatti, necessariamente coordinato con le altre disposizioni del decreto, in particolare con l'art. 5, comma 5[71] nella parte in cui prevedeva la valutazione di "sopraggiunti nuovi elementi" che consentano il rilascio del permesso di soggiorno. Muovendo da queste premesse l'art. 5, comma 5 venne qualificato come una «clausola di salvaguardia per i soggetti che dimostrino il possesso dei requisiti per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno» dalla sentenze del Consiglio di Stato n.2988 del 2007 e 1990 del 2008.

La clausola consente, di conseguenza, una valutazione *case by case* della sussistenza di elementi di fatto «tali da indurre ad una ragionevole prospettiva di una positiva integrazione dello straniero nel tessuto sociale»[72].

Nel terzo periodo, infine, se da un lato si ha l'espressa esclusione – con la sentenza 172 del 2012 – del rigido automatismo del diniego del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno in base ad una condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 del cod.proc.pen., dall'altro la *ratio* della sentenza di evitare che rigidi automatismi in materia totalmente scissi dall'esame di esigenze della fattispecie concreta, ha aperto la strada a quel ragionamento processuale posto poi alla base della sentenza oggetto di commento.

Nella 172 del 2012, in particolare, i giudici della Corte Costituzionale hanno affermato che il principio in virtù del quale «le presunzioni

[67]Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressone dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite.

[68]In tal senso T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. .II, sent. 1678 del 2005.

[69]E, successivamente, in base all'art. 1ter , comma 13 della legge 102 del 2009.

[70] Vedi nota n. 67.

[71]5. 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'articolo 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili […]

[72]Cons. St., Sez.VI, n. 683 del 2010.

assolute[73],..., violano un principio di uguaglianza quando sono arbitrali ed irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.

Partendo da ciò e ritornando alla sentenza 633 del 2014, come potrebbe non violare il principio di uguaglianza l'automatismo del diniego, reso così fisso ed immobile da ideologie che non appartengono alla complessa e multiforme realtà in cui viviamo?

E' vero, infatti, che nell'ambito del bilanciamento tra sicurezza-ordine pubblico e di diritti dello straniero, l'ingerenza dello Stato deve riferirsi ad una base legale certa e ad uno scopo legittimo ma, in ogni caso, le previsioni legali in attuazione di siffatto scopo devono essere proporzionali al raggiungimento dello stesso[74].

Risulta, allora, proporzionale e non meramente irrazionale una valutazione concreta, così come indicato dai giudici del Consiglio di Stato nella 633 del 2014, che consideri elementi quali la pregressa durata del soggiorno in Italia[75]; la stabilità dell'inserimento dello straniero nel contesto sociale e lavorativo; l'esistenza di rapporti familiari con altri soggetti residenti; la mancanza di un vulnus all'ordine pubblico ed alla sicurezza dello Stato derivanti dalla presenza delle straniero[76].

Discende dal caso di specie, inoltre, una sentenza riabilitativa nei confronti dello straniero che testimonia da un lato la distanza temporale tra la commissione della fattispecie delittuosa e la richiesta di regolarizzazione del lavoro e, dall'altro, il comportamento probo e rispettoso delle regole di convivenza civile e delle leggi dello stato durante il periodo previsto dall'art. 179 del c.p.[77].

Proprio la riabilitazione del cittadino extracomunitario esplica quella che, a parer di chi scrive, è la gravità del reato contestualizzata al momento del compimento: un' azione disdicevole, compiuta delle volte in un oggettivo stato di bisogno e di disperazione che non può, però, essere un "marchio indelebile sulla pelle dei soggetti più deboli" allorché gli stessi diano, a maggior ragione, prova di un percorso riabilitativo e la dimostrazione di aver compreso appieno il disvalore del proprio operato.

Il caso di specie enuclea quello che è il rapporto tra le norme poste a tutela dell'ordine sociale dello Stato e il contesto sociologico in cui il cittadino extracomunitario, a maggior ragione lo straniero reo di aver commesso fattispecie delittuose in passato, si trova a vivere. L'orientamento del Consiglio di Stato e la conseguente preminenza del rilievo sociale su quello strettamente penale attraverso il riconoscimento del vizio del c.d. rigido automatismo ha fatto sorgere dubbi da parte di quella dottrina più legata al rilievo primario della disciplina pubblico penale e alle norme ad

[73] Tra cui ovviamente rientra quella della pericolosità di un soggetto in base alla condanna ex art. 380 del cod.proc.pen.

[74]Corte EDU, Camera Grande, MASLOV c. AUSTRIA, 23/06 /2008.

[75]Cosi come previsto anche dall'art.2 del d.lgs. 5 del 2007.

[76]Circostanza compensative rispetto al riscontro del mero dato penale. In tal senso, TRGA SEZ. TRENTO, ordinanza sez. unica., n.15 del 2014.

[77]179 c.p. Condizioni per la riabilitazione.
La riabilitazione è conceduta quando siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. Il termine è di almeno otto anni se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99. Il termine è di dieci anni se si tratta di delinquenti abituali, professionali o per tendenza e decorre dal giorno in cui sia stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro.

essa sottesa.
Muovendo da tali premesse la dottrina in esame rileva la creazione di un ordine parallelo in cui attraverso l'esame della cause compensative tra cui la condotta successiva alla commissione del reato, la situazione familiare e l'inserimento sociale dello straniero si avrebbe un condono penale per il cittadino extracomunitario e, cioè, un modo surrettizio attraverso cui far venire meno l'effetto di una condanna: il rilievo sociale inciderebbe in maniera eccessiva sulle conseguenze penali legate alla condanna.
Tale impostazione appare, tuttavia, criticabile per la genericità delle premesse su cui si fonda.
La mancata diversificazione tra le cause compensative di rilievo sociale non giustifica l'impostazione suddetta: se è pur vero che vi sono cause di rilievo sociale, quali la presenza di familiari nel territorio italiano, che potrebbero non giustificare un diniego dell'automatico rigetto, la presenza di cause quali la notevole distanza temporale tra la commissione del reato e la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno e, a maggior ragione come nel caso di specie, un provvedimento di riabilitazione nei confronti del cittadino extracomunitario segnano la necessità nel nostro sistema di valutazioni non legate meramente al riscontro di una pregressa condanna.
Non dare adeguata importanza ad esempio alla valutazione di un provvedimento riabilitativo che accerta, di fatto, il pieno recupero di un soggetto dopo la commissione di una fattispecie delittuosa, vanificherebbe quella che è la ratio dell'art.27, comma terzo della Costituzione[78].
La rieducazione non è, infatti, il pentimento interiore del delinquente ma il recupero di valori fondamentali della vita sociale perseguibile solo attraverso la completa collaborazione psicologica del reo[79].
Qualora, poi, a delinquere siano soggetti c.d. emarginati, il processo rieducativo si sostanzia nel pieno recupero di quei soggetti costretti a delinquere a causa dello stato di inferiorità e di emarginazione sociale in cui sono costretti a vivere.
Il rischio che deriverebbe da una siffatta impostazione è un trattamento ancora peggiore per i cittadini extracomunitari: il marchio indelebile legato ad una precedente condanna scisso da valutazioni su un completo recupero del reo testimoniato da un inserimento sociale adeguato oppure da un provvedimento di riabilitazione comporterebbe la configurazione della funzione della pena per lo straniero a metà strada tra la retribuzione per il male commesso [80] e la prevenzione generale [81] con un ritorno ad un passato ormai passato per tutti gli individui, senza distinzioni.
In conclusione l'accoglimento dell'appello dello straniero per i motivi sopraesposti segna una presa di posizione della giustizia amministrativa nel senso del superamento dell'automatica reiezione della domanda di regolarizzazione, ancorata al mero riscontro di una condanna per i reati di cui all'art. 380 cod.proc.pen, nei confronti del soggetto richiedente per addivenire ad un accertamento anche delle circostanze compensative esposte in

[78] Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

[79] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 2003.
[80] I. KANT, *La dottrina del diritto,* tr.it., Milano 1916.
[81] La pena minacciata è un male peggiore rispetto al piacere al piacere per il reo- che nel caso di specie potrebbe anche essere il rinnovo del permesso di soggiorno- derivante dalla mancata commissione del reato. L. FEUERBACH, *Revision der grundsätze und grundbegriffe des positiven peinlichen rechts*, 1799-1800.

precedenza.
Solo con l'accertamento della concreta pericolosità per il nostro ordinamento del cittadino extracomunitario si armonizzerà la disciplina della materia in esame con i principi costituzionali[82] e si raggiungerà quella «*intrinseca ragionevolezza dei provvedimenti espulsivi*» più volte propugnata dalla Corte Costituzionale[83]
In conclusione, con la portata estensiva della sentenza suddetta, infine, il Consiglio di Stato attua un innalzamento della valutazione della soglia minima di pericolosità sociale idonea a costituire un vulnus per il nostro ordinamento: non basta, quindi, la mera commissione di uno dei reati per i quali è previsto l'arresto facoltativo oppure obbligatorio in flagranza di reato ma occorre una valutazione più penetrante, connotata di elementi sociologici, familiari e giuridici da parte dell'autorità procedente.

[82]In primis l'art.3 della Carta Fondamentale.
[83]Corte Cost., n.62 del 1994 ; n. 206 del 2006.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821