

RIVISTA^{DI} POLIZIA

RASSEGNA DI DOTTRINA TECNICA E LEGISLAZIONE

ANNO SETTANTUNESIMO
2018



ARACNE

RIVISTA DI POLIZIA

RASSEGNA DI DOTTRINA, TECNICA E LEGISLAZIONE

FONDATA DA UGO PIOLETTI

Direttori

GIOVANNI PIOLETTI
Presidente aggiunto on.
della Corte Suprema di Cassazione

MARCELLO GALLO
Ordinario di diritto penale
nell'Università di Roma

FRANCO COPPI
Ordinario di diritto penale
nell'Università di Roma

† GIOVANNI ROSSO
Primo Presidente on.
della Corte Suprema di Cassazione

Vice direttore

UGO PIOLETTI
Professore aggregato di diritto penale
nell'Università di Camerino

Comitato scientifico di Direzione

MAURO CATENACCI, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma Tre – GIULIO CAZZELLA, Prefetto della Repubblica – ANTONIO FIORELLA, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma "La Sapienza" – MASSIMO LUCIANI, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Roma "La Sapienza" – PIER FRANCESCO IOVINO, Primo Dirigente della Polizia di Stato addetto al Ministero dell'Interno – VINCENZO MAIELLO, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Napoli "Federico II" – BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, Ordinario di Diritto amministrativo nella LUISS Guido Carli – ENRICO MEZZETTI, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma Tre – LEONARDO MAZZA, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Siena – MARIO MORCELLINI, Ordinario di Sociologia dei processi culturali e comunicativi nell'Università di Roma "La Sapienza" – CARLO MOSCA, Consigliere di Stato – ALESSANDRO PAJNO, Presidente del Consiglio di Stato – FILOMENA PICCARRETA, V. Prefetto, Ufficio Gabinetto del Ministero dell'Interno – RANIERI RAZZANTE, Docente di legislazione antiriciclaggio nell'Università di Bologna – SIMONA SARACINO, V. Prefetto aggiunto presso l'Ufficio per l'Amministrazione Generale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno – ERNESTO UGO SAVONA, Ordinario di Criminologia nell'Università Cattolica di Milano – GIUSEPPE SCANDONE, Dirigente Superiore della Pubblica Sicurezza, Direttore della Scuola Superiore di Polizia – SANDRO STAIANO, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli "Federico II" – FRANCESCO TAGLIENTE, Prefetto di Pisa – MARIO TRAPANI, Ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma Tre – MARCO VALENTINI, Prefetto, Direttore dell'Ufficio Affari Legislativi e Relazioni Parlamentari del Ministro dell'Interno, PIETRO ZANGANI, Ordinario di medicina legale e delle assicurazioni nell'Università di Napoli.

Comitato di Redazione

PIETRO DUBOLINO, Magistrato della Corte di Cassazione – FRANCESCO MAZZA, Professore a c. di diritto penale nell'Università di Cassino – ALFREDO MONTAGNA, Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione – FRANCESCA ROSSO BELLINZONI

Direttore responsabile e proprietario della testata: Giovanni Pioletti

Direzione e redazione: viale Tito Livio, 59 – 00136 Roma

Editore e amministrazione:

Gioacchino Onorati editore S.r.l.

via Vittorio Veneto 20, 00020 – Canterano (RM)

(06) 45551463 – www.aracneeditrice.it – info@gioacchinoonoratieditore.it

ISSN 0035-6476

ISBN 978-88-255-1446-9

Iscrizione n. 92 del 29 maggio 1948, registro stampa Tribunale di Roma
Iscrizione n. 31 del 14 dicembre 1951, registro stampa Tribunale di Santa Maria Capua Vetere
Iscrizione n. 5 del 14 marzo 2012, registro stampa Tribunale di Velletri

DOTTRINA

FRANCESCO BAIANO – Presupposti e limiti all’ingresso e soggiorno dello straniero per pericolosità sociale 3
PIERLUIGI CIPOLLA – La depenalizzazione del 2016: profili critici 21
GIUSEPPE GIARDINA – La Vicarietà nell’Amministrazione della Pubblica Sicurezza 53
LEONARDO MAZZA – Le modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione e l’ampliamento della confisca “allargata”. Dal diritto penale del fatto al diritto penale del sospetto 67

GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE PENALE

MASSIMARIO

Abbandono di persone minori o incapaci – Elemento materiale – Doveri di custodia – Contenuto – Differenza dal dovere di cura – Individuazione – Fattispecie (con nota di MADDALENA FASCI, *L’abbandono di incapaci da parte di agenti di pubblica sicurezza è compatibile con il principio di legalità?*) 77
Atti persecutori – Accertamento di uno stato patologico – Necessità – Esclusione – Ragioni. 94
Furto – Circostanze aggravanti – Violenza sulle cose – Manomissione della placca antitaccheggio – Sussistenza. 95

Indagini preliminari – Attività della polizia giudiziaria – Art. 9, comma 6, l. n. 146 del 2006 – Facoltà di omissione o ritardo nel compimento di atti di polizia giudiziaria – Soggetti legittimati – Indicazione.	96
Istigazione a delinquere – Apologia di uno o più delitti – Documento con riferimenti diretti ed indiretti allo Stato islamico dell’Iraq (Isis) inserito su Facebook – Rilevanza apologetica – Sussistenza – Ragioni.	97
Pornografia minorile – Detenzione di materiale pedopornografico – “Files” pedopornografici – Successiva definitiva cancellazione degli stessi dalla memoria del sistema operativo – Efficacia di scriminante del reato – Esclusione – Ragioni.	98
Prove – Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – Intercettazione telefonica autorizzata – Telefonata avvenuta “a cornetta sollevata” – Captazione ambientale – Utilizzabilità.	98
Prove – Mezzi di ricerca della prova – Perquisizioni – Personali – Obbligo di traduzione immediata nei confronti dello straniero – Esclusione – Ragioni.	99
Prove – Mezzi di ricerca della prova – Sequestri – Oggetto – Dati informatici – Estrazione di copia dei dati contenuti nel computer in sequestro – Richiesta di riesame – Conferma del decreto di sequestro – Restituzione del computer all’avente diritto – Ricorso per cassazione – Ammissibilità Condizioni.	99
Querela – Termine – Necessità di acquisizione della consapevolezza del carattere penalmente illecito del fatto da parte della persona offesa – Dilazione della decorrenza del termine per proporre querela – Configurabilità – Limiti.	100
Rapina – Momento consumativo del reato – Impossessamento – Di breve durata – Intervento violento dell’avente diritto e della Forza pubblica – Irrilevanza – Tentativo – Esclusione – Reato consumato – Sussistenza – Fattispecie: reazione della vittima di esercizio commerciale.	101

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Misure di prevenzione patrimoniale – Pluralità di trasferimenti, il primo dei quali precedente il biennio – Presunzione di fittizietà ex art. 2 -ter, comma quattordicesimo, L. n. 575 del 1965 – Anche nel caso di proposta di prevenzione a carico dei successivi cedenti – Rilevanza – Esclusione.	101
Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Appartenenti ad associazioni mafiose – Attualità della pericolosità – Motivazione – Necessità – Esclusione – Condizioni – Fattispecie: caso di esclusione di presunzione di appartenenza all’associazione.	102
Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Confisca nei confronti dei successori di persona deceduta – Beni già loro fittiziamente trasferiti dal “de cuius” – Limite di cinque anni dal decesso previsto dall’art. 18, comma terzo, D.Lgs. n. 159 del 2011 per la proposizione della richiesta – Applicabilità – Esclusione – Ragioni.	103

NOTE A SENTENZA

MADDALENA FASCI – L’abbandono di incapaci da parte di agenti di pubblica sicurezza è compatibile con il principio di legalità?	84
--	----

QUESTIONI E COMMENTI

MARCO MASSAVELLI – Trattamento dei dati per le finalità di polizia: il parere del Consiglio di Stato sul decreto attuativo	107
--	-----

I LIBRI

ANTOLOGIA DI RIVISTE

Attualità grafologica, Semestrale dell’Associazione Grafologica Italiana, (131), anno XXV, n. 2, luglio–dicembre 2017.	119
Cassazione penale, anno CVII, fasc. n. 7-8 , luglio-agosto 2017.	120
Gnosis, <i>Rivista italiana di intelligence</i> , n. 4, 2017.	121

La Giustizia Penale, *Rivista di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, anno CXXIII, fasc. 8–9, agosto–settembre 2017. . . . 122

RECENSIONI

GAIA MANTINI, *L'espansione delle misure di prevenzione personale, Il caso D.A.S.P.O.*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2017, pagg. 172. 125

LEGGI, DECRETI E CIRCOLARI

LEGGI E DECRETI

Tutela della vita e della salute – Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. LEGGE 22 dicembre 2017, n. 219 (in *Gazz. Uff.*, n. 12 del 16 gennaio 2018) 131

DOTTRINA

Presupposti e limiti all'ingresso e soggiorno dello straniero per pericolosità sociale

Francesco Baiano

Dirigente Ufficio Immigrazione Questura di Reggio Emilia

SOMMARIO: I. Premessa, 3 – 2. Ingresso e soggiorno di cittadini di paesi non appartenenti all'Unione Europea, 5 – 2.1. *Sentenza della Corte Costituzionale nr. 202 del 3 luglio 2013 e successivi sviluppi Giurisprudenziali*, 9 – 3. Limitazioni al diritto di ingresso e soggiorno dello straniero familiare di cittadino dell'Unione Europea, 13 – 4. Normativa applicabile al cittadino extracomunitario parente del cittadino italiano, 16.

I. Premessa

Prima di passare agli aspetti concreti del tema che si vuole trattare, si sottolinea che la materia dell'immigrazione è generalmente sorretta dal principio di riserva di legge. Infatti la Carta Costituzionale prevede tra i suoi principi Costituzionali che “la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità alle norme e ai trattati internazionali” (art. 10 Cost.).

L'articolo 117 della Costituzione, inoltre, nel premettere che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni viene esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'Ordinamento Comunitario e degli obblighi Internazionali, statuisce che in materia di immigrazione la potestà legislativa è posta esclusivamente in capo allo Stato (art. 117, comma 2, lett. b Cost.).

Dunque, la materia che ci occupa è sorretta da una riserva relativa di legge statale, nel rispetto dall'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea.

Nel corso del tempo è soprattutto l'ordinamento comunitario che ha inciso profondamente sulle norme interne poiché vi era in gioco il diritto di libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione

Europea. Proprio per adempiere agli obblighi giuridici di adeguamento del diritto interno a quello comunitario, a seguito dell'entrata in vigore delle Direttive europee si sono nel tempo apportate modifiche al D.lgs. 25 luglio 1998 nr. 298, Testo Unico Immigrazione, (da ora T.U.I.) e si sono introdotte nuove leggi, come quella del 6 febbraio 2007 nr. 30 ⁽¹⁾.

Per quanto riguarda le modifiche introdotte al T.U.I. su input delle direttive comunitarie, si cita in particolare il D.lgs. 8 gennaio 2007 nr. 8 che, recependo la direttiva 2003/109/CE, ha modificato l'articolo 9 del T.U.I. rinnovando la disciplina dei permessi di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo. Inoltre, in attuazione della direttiva 2003/86/CE, il D.lgs. nr. 5 del 8 gennaio 2007, ha apportato modifiche agli art. 4 e 5 del T.U.I. in tema di ingresso e soggiorno dello straniero temperando la regola del divieto automatico di ingresso e soggiorno dello straniero in presenza di talune condanne penali nel caso in cui la persona abbia fatto ingresso nel territorio per ricongiungimento familiare.

L'attuale panorama normativo consente quindi di distinguere, da un lato, la disciplina dell'ingresso e soggiorno dello straniero, stabilita nel T.U.I. la cui legittimità si fonda principalmente nella sussistenza di un rapporto di lavoro o di un legame familiare sul territorio italiano con parenti anch'essi stranieri; dall'altro, la disciplina del diritto di soggiorno relativo ai familiari stranieri che raggiungono cittadini dell'Unione, che trova fondamento nel D.lgs. 30/2007.

La natura giuridica dell'ingresso e soggiorno è diversa tra i due sistemi. Sicuramente è più rafforzata quando lo straniero si ricongiunge al familiare cittadino UE, tanto è vero che nel decreto 30/2007 si parla costantemente di "diritto di ingresso" e "diritto di soggiorno", mentre nel T.U.I. si parla di "permesso di soggiorno" per indicare che ci si trova di fronte ad un'autorizzazione amministrativa rilasciata a seguito dell'esercizio di un potere discrezionale.

Questa differenza, in concreto, si ripercuote su diversi aspetti della disciplina tra cui ad esempio la durata del soggiorno che nel T.U.I. è fissata entro parametri massimi potendo dunque la pubblica ammi-

1. Si tratta della attuazione della Direttiva 2004/38/CE che disciplina il diritto dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio dello Stato.

nistrazione variarne la durata, mentre nel D.lgs. 30/2007 si parla di "carta di soggiorno" la cui durata è tassativamente indicata ed è di gran lunga superiore a quella del "permesso di soggiorno".

Altro aspetto, che approfondiremo più avanti, è quello legato alla valutazione della pericolosità dello straniero e quindi sulla meritevolezza dello stesso a soggiornare sul territorio nazionale, dato che nel D.lgs. 30/2007 vi sono parametri di valutazione diversi rispetto al T.U.I. per addivenire ad un giudizio di pericolosità sociale.

2. Ingresso e soggiorno di cittadini di paesi non appartenenti all'Unione Europea

Sussiste una stretta connessione tra la disciplina dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale. L'art. 5 del T.U.I. in materia di permesso di soggiorno prevede che il titolo non può essere rilasciato quando mancano, tra l'altro, i requisiti per l'ingresso richiamando così l'art. 4 comma 3 del T.U.I. inerente appunto la disciplina sui requisiti per entrare nel territorio nazionale.

Dalla disamina dei requisiti per fare ingresso o comunque soggiornare nel territorio nazionale si può sinteticamente affermare che esistono presupposti positivi e presupposti negativi.

I presupposti positivi sono il possesso del titolo autorizzatorio all'espatrio, ossia il passaporto o altro titolo di viaggio, il possesso del titolo autorizzatorio per fare ingresso nel territorio nazionale che è il Visto d'ingresso rilasciato dalle Autorità diplomatiche del paese di destinazione; inoltre è necessario fare ingresso solo attraverso i valichi di frontiera.

Tra le condizioni negative rileva che lo straniero non deve essere segnalato in banca dati S.I.S. ⁽²⁾, non deve essere stato precedentemente

2. Il Sistema d'Informazione Schengen è disciplinato dal Regolamento (CE) n. 1987/2006 che istituisce e regola i meccanismi e le competenze con cui avviene lo scambio di informazioni tra i Paesi degli Stati facenti parte dell'Area Schengen, al fine elevare i livelli di sicurezza interna in relazione alla necessità delle attuazione delle politiche connesse alla libertà di circolazione delle persone. In concreto, le persone che rappresentano una minaccia per l'ordine pubblico, sicurezza pubblica o sicurezza nazionale, in particolare per la commissione di determinati reati indicati dall'art. 24 del Reg cit., o comunque perché sono colpite da provvedimenti di allontanamento o espulsione, vengono segnalati dallo Stato membro all'interno di apposita banca dati consultabile da tutte le altre parti aderenti.

espulso dal territorio nazionale e non deve essere condannato per uno dei reati ritenuti dal legislatore di particolare gravità tali da far presumere che lo straniero sia una persona pericolosa per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Approfondendo tale ultimo aspetto, il legislatore del 1998 ha scelto di introdurre un elenco tassativo di reati in presenza dei quali la pubblica amministrazione è sostanzialmente vincolata nel considerare lo straniero una persona socialmente pericolosa. In particolare, l'art. 4 comma 3 T.U.I. prevede che non è ammesso in Italia lo straniero condannato con sentenza, anche non definitiva ed anche se emessa a seguito di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per le seguenti tipologie di reato: tutti i reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza elencati dall'art. 380 commi 1 e 2 c.p.p.; reati inerenti gli stupefacenti previsti dal d.P.R. 309/90; reati concernenti la libertà sessuale; reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. È invece richiesta sentenza di condanna definitiva in caso di violazioni delle norme sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941 nr. 633) nonché dei reati di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi (art. 473 c.p.) ovvero per il reato di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.).

La preclusione automatica cessa nel caso in cui, successivamente alla condanna, venga emessa una sentenza di riabilitazione dello straniero, o nel caso in cui si configuri una causa di estinzione del reato (prescrizione, amnistia, *abolitio criminis*)⁽³⁾.

In caso positivo potranno essere attivati, mediante gli organi centrali degli Stati coinvolti, ulteriori scambi informativi per informazioni supplementari (sul punto v. Decisione Commissione Europea 4 Marzo 2008 che disciplina le disposizioni di attuazione al Regolamento 1897/2006). Lo Stato membro interessato alla notizia potrà valutare se essa sarà rilevante ai fini di un eventuale diniego del permesso di soggiorno.

3. PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, Maggioli Editore, 2013, pag. 17; in Giurisprudenza cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 2053 del 24 aprile 2015: In riforma della sentenza impugnata, va annullato il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, in quanto lo straniero risulta condannato, tra l'altro, per reati inerenti gli stupefacenti. Infatti, la riabilitazione per una condanna precedentemente considerata ostativa supera la presunzione di pericolosità sociale che la legge attribuisce a tali condanne, in quanto attiene direttamente alla stessa valutazione della pericolosità sociale commisurata sul rapporto tra i precedenti penali dell'interessato e la sua attuale condotta, che viene operata ai fini del permesso di soggiorno (Nel caso di specie, occorre

Dunque il nostro ordinamento ha previsto un rigido automatismo tra condanna per i reati tassativamente indicati dal T.U.I. e divieto di ingresso e soggiorno, senza lasciare alcuna discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione.

Questo approccio normativo è stato più volte posto in dubbio dalla giurisprudenza di merito che ha anche sollevato la questione dinanzi alla Corte Costituzionale che, sollecitata a verificare la legittimità costituzionale dell'effetto preclusivo automatico conseguente alle condanne per determinate tipologie di reato, ha tradizionalmente tenuto un orientamento favorevole respingendo le questioni sollevate (4).

Tuttavia un primo temperamento al rigido sistema della tassatività e dell'automatismo del divieto a fronte delle condanne per reati specifici avviene per effetto del recepimento della direttiva comunitaria 86/303/CE relativa al diritto all'unità familiare. Infatti, con il D.lgs. nr. 5 del 2007, si inserisce all'art. 4 comma 3 del T.U.I. un ultimo periodo secondo cui "lo straniero per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 non è ammesso in Italia quando rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato [...]". Analogamente, per quanto riguarda il permesso di soggiorno, la legge citata ha introdotto all'art. 5 comma 5 del T.U.I. l'ultimo periodo secondo cui "Nell'adottare il provvedimento di rifiuto al rilascio, di revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto

dare pari rilievo alla circostanza che la riabilitazione è intervenuta solo successivamente al provvedimento impugnato, che resta quindi pienamente legittimo, anche se sono maturate ulteriori circostanze che ne richiedono il riesame da parte della p.a. Invero, agli effetti della riabilitazione sopravvenuta si aggiungono e concorrono altre circostanze favorevoli all'interessato quali il periodo di oltre 7 anni trascorso regolarmente in Italia e il periodo intercorso dalla condanna caratterizzato da lavoro stabile senza che intervenissero altri reati). Sulla irrilevanza della concessione della sospensione condizionale della pena ai fini di un positivo giudizio di pericolosità sociale v Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 3841 del 9 settembre 2016 cit. nota nr. 5.

4. Cfr. Corte Cost. Sent. 16 maggio 2008 n. 148 secondo cui "la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici quali ad esempio la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità. Deve dunque escludersi che sia manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo".

al ricongiungimento familiare [...] si tiene conto anche della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza dei legami familiari e sociali con il suo paese d'origine nonché [...] della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”.

Dunque, una prima breccia al rigido automatismo è stata aperta in caso di ricongiungimento familiare: lo straniero che abbia fatto ingresso sul territorio nazionale con il relativo visto non potrà quindi vedersi negato o revocato il permesso di soggiorno per effetto unico della condanna eventualmente riportata, ma dovranno ponderarsi l'interesse all'unità familiare con quelle di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica. L'attività amministrativa diventa qui discrezionale poiché si dovranno ponderare gli interessi in gioco e si dovrà ben motivare il provvedimento di rifiuto o revoca del permesso di soggiorno evidenziando gli aspetti concreti in cui si manifesta l'attuale pericolosità sociale dello straniero, non senza trascurare il bilanciamento con gli aspetti relativi all'inserimento sociale e familiare dello stesso e durata del soggiorno sul territorio.

A seguito della modifica del 2007 al T.U.I., si era consolidata una giurisprudenza secondo la quale la mancanza dell'automatismo tra condanna penale ed ingresso e soggiorno riguarderebbe solo le ipotesi in cui lo straniero abbia fatto ingresso con un visto per ricongiungimento familiare e quindi nel caso in cui lo straniero abbia fatto *ab initio* ingresso nel territorio dello Stato per esigenze di unità familiare. Secondo l'orientamento dei giudici, sarebbero quindi rimasti fuori tutti quei casi in cui invece lo straniero abbia consolidato legami familiari sul territorio dello Stato in un momento successivo all'ingresso e soggiorno avvenuto per cause distinte dal ricongiungimento familiare (esempio classico è di colui che ha fatto ingresso per lavoro e poi ha costituito sul territorio una famiglia).

Questa disparità di trattamento è stata sollevata dinanzi alla Corte Costituzionale che ha imposto una diversa lettura, più estensiva della fattispecie prevista dall'art. 5 comma 5 del T.U.I. Per l'importanza degli effetti che questa pronuncia ha avuto sulla successiva evoluzione della Giurisprudenza e le motivazioni ivi addotte vale la pena trattarla specificamente nei suoi tratti essenziali.

2.1. Sentenza della Corte Costituzionale nr. 202 del 3 luglio 2013 e successivi sviluppi Giurisprudenziali

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli articoli 5, comma 5, e 9 del T.U.I., in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, nonché all'art.117, primo comma, Cost. con riferimento all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

La questione portata all'esame della Corte ha origine da un giudizio per l'annullamento del provvedimento emesso in data 2 aprile 2012 dal Questore di Venezia, con il quale è stata respinta l'istanza del ricorrente, cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea, volta ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo. Il provvedimento amministrativo di diniego si fondava su un giudizio di pericolosità sociale dell'istante desunto da una precedente espulsione disposta il 15 febbraio 1992, da un deferimento all'autorità giudiziaria per il reato di appropriazione indebita, risalente all'anno 2006, e da una condanna in materia di stupefacenti, riportata in data 22 gennaio 2010 e relativa a fatti del 2002.

Il TAR riteneva che il giudizio di pericolosità sociale non era adeguatamente motivato, in considerazione della risalenza nel tempo dei fatti addebitati e dell'inerzia mantenuta negli anni dalla pubblica amministrazione. Nondimeno, riteneva il T.A.R. che l'automatismo ostativo al rinnovo del permesso di soggiorno – dovuto alla subita condanna, anche se non definitiva, relativa a un reato in materia di stupefacenti – avrebbe comportato, ai sensi degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998, la reiezione del ricorso pertanto la questione sollevata era giuridicamente rilevante.

Osservava il T.A.R. che simile automatismo ostativo alla permanenza sul territorio nazionale sarebbe escluso solo per i soggetti che si trovano nelle condizioni previste dagli artt. 5, comma 5 e 9, del citato d.lgs. n. 286 del 1998 e solo per essi quindi la decisione sull'allontanamento dal territorio nazionale sarebbe stata subordinata a una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, tenendo conto della durata del soggiorno, del grado di inserimento dello straniero e dei suoi legami familiari. Al contrario, rilevava il giudice amministrativo

che il tenore formale delle citate disposizioni e la loro interpretazione sistematica, non consentivano di estendere simile tutela rafforzata per quei soggetti che, come il ricorrente, verserebbero nelle condizioni sostanziali per ottenerla, ma non avevano svolto gli adempimenti formali necessari. Nella fattispecie, il ricorrente era presente sul territorio nazionale dal 1992, anno in cui aveva contratto matrimonio ed aveva poi avuto un figlio, ancora minorenne al momento in cui la pubblica amministrazione si era pronunciata sull'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo.

Il giudice rimettente osservava, anzitutto, che la mancata estensione della tutela rafforzata prevista dagli artt. 5 e 9 del T.U.I. a chi non ha presentato un'istanza di ricongiungimento perché la famiglia si è formata in Italia, viola i principi di uguaglianza e di proporzionalità di cui all'art. 3 Cost., perché discrimina situazioni identiche dal punto di vista sostanziale, ledendo i diritti fondamentali degli stranieri e dei loro familiari per una ragione di carattere meramente formale consistente nella mancata presentazione di un'istanza amministrativa.

Secondo il giudice a quo, il ricorrente si troverebbe nelle condizioni sostanziali per ottenere, sia il ricongiungimento familiare, sia il permesso CE di lungo soggiorno, ma non avendo presentato le relative istanze e non avendo, quindi, esercitato i relativi diritti, né ottenuto i relativi provvedimenti, non rientra nelle eccezioni previste dal legislatore e dovrebbe, perciò, essere assoggettato all'automatismo ostativo al rinnovo del permesso di soggiorno in forza della subita condanna.

La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale argomentando che l'impossibilità di annoverare tra i beneficiari di tale tutela rafforzata tutti coloro che vivono in Italia con una famiglia, indipendentemente dal tipo di permesso di soggiorno di cui dispongono, determina, come prospettato dal giudice rimettente, una irragionevole disparità di trattamento di situazioni consimili, con una illegittima compromissione di diritti fondamentali legati alla tutela della famiglia e dei minori, in violazione sia degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., sia dell'art. 8 della CEDU.

La Corte nella pronuncia 202/2013 ha ribadito il suo costante orientamento che ha sempre riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità

degli interessi che tale regolazione ricomprende. La condanna per determinati reati di uno straniero non appartenente all'Unione europea ben può giustificare la previsione di un automatismo ostativo al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, ma occorre pur sempre che una simile previsione possa considerarsi rispettosa di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost., tra l'esigenza, da un lato, di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di regolare i flussi migratori e, dall'altro, di salvaguardare i diritti dello straniero, riconosciutigli dalla Costituzione (Corte Cost. sentenza n. 172 del 2012).

La Corte ha in effetti constatato che la disposizione impugnata permette di superare l'automatismo solo nei confronti dei soggetti che hanno fatto ingresso nel territorio in virtù di un formale provvedimento di ricongiungimento familiare, determinando così una irragionevole disparità di trattamento rispetto a chi, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenerlo, non abbia formulato istanza in tal senso. Simile restrizione viola l'art. 3 Cost. e reca un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere.

La tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati. Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute stabilite con legge e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari.

Pertanto, la disposizione di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998 è stata ritenuta incostituzionale con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost. nella parte in cui non estende la tutela rafforzata ivi prevista a tutti i casi in cui lo straniero abbia nello Stato legami familiari.

In altri termini, la Corte Costituzionale non vieta al legislatore la possibilità di prevedere casi di automatica ostatività di condanne, purché tali previsioni rispettino i canoni della proporzionalità e ragionevolezza e salvo il caso in cui ci si trovi di fronte all'esigenza di bilanciare la pericolosità sociale con la tutela familiare che va comunque presa in considerazione quando vengono constatati legami del genere sul territorio. In tali ultimi casi vi è un potere discrezionale che deve essere correttamente esercitato ed il provvedimento di rifiuto o revoca del soggiorno deve bene evidenziare, da un lato, la gravità delle condotte criminose compiute, attualità della pericolosità, dall'altro, i parametri della famiglia, durata del soggiorno, capacità reddituale e inclusione sociale, anche dei figli e della moglie. La motivazione del provvedimento non potrà prescindere da ogni valutazione concreta degli aspetti delineati, per poi giungere al giudizio conclusivo di prevalenza del bene giuridico famiglia, ovvero, ordine e sicurezza pubblica. Solo così si potranno evitare censure al provvedimento sotto il profilo dell'illegittimità per eccesso di potere.

La giurisprudenza, dopo la fondamentale sentenza 202/2013, è granitica nel sostenere l'impossibilità di ricorrere al meccanismo dell'automatica ostatività qualora vi siano legami familiari sul territorio da parte dello straniero, imponendo sempre alla pubblica amministrazione l'obbligo di bilanciare i contrapposti interessi e motivare bene il proprio giudizio di prevalenza (5).

5. Da ultimo v. Consiglio di Stato, sez. III, 23 gennaio 2017, n. 273 che, accogliendo il ricorso ha annullato la sentenza di primo grado che non aveva dato adeguato conto della circostanza che l'Amministrazione si era limitata a porre alla base della conclusione sulla pericolosità sociale dell'appellante esclusivamente la commissione del reato di tentata rapina ad una macelleria e la condanna patteggiata a anni 2 di reclusione, senza considerare gli altri elementi che la legge impone di valutare, avendo la giurisprudenza da tempo escluso la legittimità di un automatismo tra condanna penale e rigetto della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, non preceduto da una valutazione in concreto sulla pericolosità del soggetto e sul suo inserimento sociale e familiare in Italia. Ancora, a favore di un corretto giudizio di ponderazione operato dalla P.A. v Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 3841 del 9 settembre 2016 secondo cui è confermato in appello il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, diniego fondato sulla condanna del richiedente per reati inerenti gli stupefacenti. Infatti, dette condanne sono automaticamente ostative al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, qualunque sia la pena detentiva riportata dal condannato e non rileva la concessione della sospensione condizionale, e ciò per il grave disvalore che il legislatore attribuisce ai reati in questione ai fini della tutela della sicurezza pubblica. In presenza di tali condanne, non residua alcuna sfera di discrezionalità in capo alla p.a. L'automatismo viene meno quando sussistono i presupposti indicati

3. Limitazioni al diritto di ingresso e soggiorno dello straniero familiare di cittadino dell'Unione Europea

Come già anticipato in premessa, il legislatore del 2007 parla specificamente di diritto di ingresso e soggiorno per i cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari. Tuttavia, tale diritto non è del tutto incondizionato ed intangibile. Esso sussiste finché si posseggono risorse economiche sufficienti per non divenire un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale e sempre che lo straniero non costituisca un pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica.

Così cita l'art. 13 comma 1 del D.lgs. 30/2007 la cui norma trova, per quanto concerne la pericolosità, ampio sviluppo e specificazione al successivo art. 20 rubricato "limitazioni al diritto di ingresso e soggiorno". Secondo tale ultima disposizione, la limitazione del diritto di soggiorno assume carattere eccezionale poiché può avvenire, con apposito provvedimento, solo in presenza di tre motivi: sicurezza dello Stato; motivi imperativi di pubblica sicurezza; altri motivi di ordine e sicurezza pubblica (6).

Il legislatore del 2007 prevede che in ogni caso la pericolosità deve essere attentamente valutata prendendo in considerazione la personalità del soggetto a prescindere dalla sussistenza di condanne che sicura-

dall'art. 5, co. 5, TUI, il quale prevede che nell'adottare il provvedimento di rifiuto di rilascio, revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, 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 in Italia, anche della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale (Nel caso di specie, la p.a. ha correttamente operato sia il bilanciamento tra l'interesse del ricorrente a restare in Italia con la moglie e i due figli e quello pubblico a negargli il rinnovo del permesso di soggiorno, in considerazione della gravità del reato dallo stesso commesso, per di più nascondendo – quando era beneficiario del permesso di soggiorno – la droga presso la propria abitazione, sia il giudizio di prevalenza del secondo sul primo. Tale valutazione risulta motivata e ragionevole, atteso che il giudizio di pericolosità sociale è rimesso alla discrezionale valutazione dell'Autorità di p.s. e può trarre giustificazione da comportamenti o situazioni, con una valutazione indiziaria della condotta dell'interessato, fondata su dati di esperienza generalizzati).

6. Il provvedimento richiamato dalla norma in esame è il "provvedimento di allontanamento" la cui competenza all'emanazione spetta al Ministro dell'Interno nei casi in cui esso avvenga per esigenze di sicurezza dello Stato o, per determinate categorie di soggetti, per motivi imperativi di ordine e sicurezza pubblica; negli altri casi spetta al Prefetto (art. 20 comma 9 D.lgs. 30/2007).

mente rafforzano ma da sole non sono necessariamente determinanti per il vaglio sulla pericolosità che secondo il dettato normativo sussiste quando vi è una “minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave” per l’ordine e sicurezza pubblica (7).

Insomma qui è richiesta non una generica pericolosità sociale dell’individuo ma un giudizio rigoroso che valuti la concreta sussistenza di una minaccia grave per l’ordine e la sicurezza pubblica di fronte alla quale sia necessario incidere sul diritto di permanenza nel territorio revocandolo.

Il dubbio che ci si può porre è quando la minaccia possa considerarsi “sufficientemente grave”. La questione assume rilievo non tanto nei casi in cui si configuri l’esigenza di tutela della “sicurezza dello Stato” ovvero sorgano “motivi imperativi di pubblica sicurezza” poiché in tali casi il legislatore definisce specificamente il verificarsi di tali presupposti. Il dubbio si pone piuttosto quando si valuta la sussistenza della terza ipotesi relativa “agli altri motivi di ordine e sicurezza pubblica” poiché qui vi è un richiamo generico all’esigenza di tutela del bene giuridico senza alcuna specificazione. In altri termini, il legislatore dà l’impressione di aver previsto non tanto una terza ipotesi in presenza della quale possa derogarsi al diritto di soggiorno, ma piuttosto di aver inserito una formula di chiusura che sembra aver allargato di gran lunga il campo delle ipotesi entro le quali sia possibile revocare il diritto di soggiorno dello straniero, con l’effetto di avvicinare moltissimo la disciplina del rifiuto del titolo di soggiorno per lo straniero comunitario e i suoi familiari a quello del T.U.I. in merito ai rapporti familiari tra extracomunitari.

Come dicevamo, l’art. 20 del decreto 30/2007 definisce puntualmente la minaccia per la “sicurezza dello Stato” ovvero la sussistenza di “motivi imperativi di pubblica sicurezza”. Nel primo caso, ci si trova di fronte a soggetti che pongono in essere reati riconducibili sostanzialmente ad atti terroristici (8). Sussistono invece motivi imperativi

7. Così l’art. 20 comma 4 che con riferimento ai provvedimenti di allontanamento afferma che essi “non possono essere motivati . . . da ragioni estranee ai comportamenti individuali che rappresentino una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all’ordine pubblico o alla pubblica sicurezza”.

8. L’art. 20 comma 2 D.lgs. 30/2007 prevede che sussiste pericolo per la sicurezza dello Stato quando la persona appartiene ad una delle categorie previste dall’art. 18 della legge 152 del 22 maggio 1975 o comunque vi sia fondato motivo per ritenere che essa possa agevolare

di pubblica sicurezza quando la persona abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica (°).

Al di fuori di queste due ipotesi sussiste comunque la possibilità di negare il diritto di ingresso e soggiorno nel caso in cui sussistano "altri motivi di ordine e sicurezza pubblica" che lo rendano opportuno. Dunque, come si diceva poc'anzi, questa ipotesi residuale lascia un ampio margine di discrezionalità all'interprete con l'effetto di svilire quello che forse era l'intento principale del legislatore, ossia quello di rendere eccezionali le ipotesi di diniego del diritto di soggiorno del cittadino UE e dei suoi familiari. In questa terza ipotesi, l'unico parametro di rigore resta quello secondo cui la minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica deve essere "sufficientemente grave", ma va da se che anche questa formula è aperta e si presta ad interpretazioni fortemente soggettive.

Del resto il legislatore, consapevole della forte discrezionalità accordata alla pubblica amministrazione nel valutare la sussistenza dei "altri motivi di ordine e sicurezza pubblica" stabilisce il limite secondo cui i beneficiari del diritto di soggiorno in regola da oltre dieci anni sul

organizzazioni o attività terroristiche. Inoltre, secondo la norma, bisogna tener conto anche di eventuali sentenze di condanne per delitti contro la personalità dello Stato previsti dal I titolo libro II del c.p.

9. Così prevede l'art. 20 comma 3 il quale aggiunge che bisogna altresì tener conto di eventuali condanne per delitti contro la vita o l'incolumità della persona previste dal libro 2°, titolo XII, del c.p. ovvero delitti previsti dall'art. 8 della legge 22 aprile 2005 nr. 69. La citata L. 69/2005 reca disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. In particolare, l'articolo 8 delimita il campo di applicazione obbligatoria del mandato di arresto europeo che prescinde dalla necessità di doppia punibilità (nel Paese emittente il mandato ed in quello ricevente) enucleando un elenco di 32 reati (per i quali la pena sia, nel Paese emittente, pari o superiore a 3 anni): tra essi, si segnalano la partecipazione ad un'associazione criminale, il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale e la pornografia minorile, lo stupro, numerose fattispecie di traffico illecito (droga, armi, materiali nucleari e radioattivi, organi e tessuti umani, veicoli rubati, sostanze ormonali), la corruzione, frode (anche a danno delle comunità europee) il riciclaggio, l'omicidio volontario, reati ambientali, il razzismo e la xenofobia.

territorio possono essere allontanati solo per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi imperativi di ordine e sicurezza pubblica ⁽¹⁰⁾.

Il legislatore ha addirittura fissato un altro gradino per coloro che siano titolari di diritto di soggiorno permanente ⁽¹¹⁾. Essi infatti possono essere espulsi per motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di ordine e sicurezza pubblica o per “gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica”.

Anche in questo caso il legislatore fissa un parametro soggetto a forte discrezionalità lasciando non poco imbarazzo per l'interprete nel dover distinguere in concreto le casistiche rientranti in tali ipotesi piuttosto che quella generale che invece fa riferimento, ad un livello inferiore, alla “sufficiente gravità” per l'ordine e la sicurezza pubblica.

In definitiva, il difetto di determinatezza del legislatore del 2007 mediante l'utilizzo di queste clausole aperte ha come effetto quello di ampliare di gran lunga la possibilità di limitare il diritto di soggiorno del cittadino UE ed i suoi familiari assimilando tale disciplina a quella dei cittadini extracomunitari dettata dalle norme del T.U.I. interpretate alla luce delle Sentenze della Corte Costituzionale.

4. Normativa applicabile al cittadino extracomunitario parente del cittadino italiano

Partendo dalla considerazione giuridica evidente secondo cui il cittadino dell'Unione Europea è anche cittadino italiano, si intuisce chiaramente che l'entrata in vigore del D.lgs. 30/2007, riferito ai familiari di cittadini UE, *id est* familiari di cittadini italiani, comporta una sovrapposizione con le norme di legge indicate nel T.U.I. che già disponevano in materia. Confrontando i due sistemi normativi ci si può rendere conto che le discipline sono parzialmente diverse, pertanto si pone il problema di capire quale delle due normative sia da applicare dal momento che il legislatore le ha tenute entrambe in vigore.

10. Così l'art. 20 comma 7 del D.lgs. 30/2007 che oltretutto fa rientrare in queste casistiche anche i minorenni.

11. Il diritto di soggiorno permanente si acquisisce quando si è maturati un periodo di soggiorno regolare e continuativo per cinque anni nel territorio nazionale in base a quanto previsto dall'art. 14 D.lgs. 30/2007.

Anzitutto bisogna precisare che non sempre al familiare di cittadino italiano si possono applicare entrambe le norme. Infatti, se si considera che la parentela di secondo grado richiamata all'art. 19 del T.U.I. arriva in linea retta ascendente fino ai nonni, in linea discendente fino ai nipoti, mentre in linea collaterale comprende quelli di primo grado, ossia i fratelli, si può notare come queste categorie siano solo in parte richiamate anche nella norma definitoria del "familiare" del cittadino UE ex art. 2 del D.lgs. 30/2007. Non rientrano infatti nel campo di applicazione del D.lgs. 30/2007 il fratello di cittadino italiano che invece è contemplato nell'art. 19 T.U.I.

Altra considerazione da farsi è quella riguardante la categoria dei familiari discendenti. In particolare, se il familiare italiano che traina lo straniero è il figlio o nipote bisogna distinguere: se si tratta di soggetti maggiorenni che lavorano ed hanno comunque redditi sufficienti al sostentamento dello straniero spetta allora il diritto di soggiorno e la relativa carta in applicazione del Decreto 30/2007; se invece parliamo di italiani minorenni, che per ovvie ragioni non hanno fonti di sostentamento per se e per i familiari trainati, allora trova applicazione unicamente l'art 19 lett. c del T.U.I.

Dunque, nel caso in cui ci si trovi di fronte al genitore, nonno o figlio (con la distinzione appena citata) di cittadino italiano ci si chiede quale debba essere la norma applicabile visto che tali categorie rientrano in entrambe le definizioni dei sistemi normativi delineati.

Il legislatore, consapevole che per gli stranieri familiari di cittadini italiani si era creata una sovrapposizione normativa col T.U.I. sceglie di non abrogare le norme del T.U.I. ma risponde al quesito posto con una disposizione finale del D.lgs. 30/2007 rifacendosi al principio di favorevolezza. Infatti, l'art. 23 del D.lgs. 30/2007 dispone che "le disposizioni del presente decreto legislativo se più favorevoli si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana". Dunque il legislatore considera applicabili indistintamente o l'una o l'altra normativa tenendole entrambe in vigore, purché gli effetti giuridici siano quelli più vantaggiosi per lo straniero.

Ora, partendo dal confronto tra i due sistemi normativi, L'art. 19 comma 2 lett. c del T.U.I. prevede il divieto di espulsione nei confronti degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado, o il coniuge,

di nazionalità italiana ⁽¹²⁾. L'unica eccezione al divieto di espulsione del familiare di cittadino italiano è per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato ma si prevede che il relativo provvedimento possa essere emesso solo dal Ministro dell'Interno (art. 13, comma 1, T.U.I.). Pertanto, per ciò che riguarda rilascio o rinnovo del titolo di soggiorno allo straniero pericoloso ma familiare di cittadino italiano, si deve ritenere che la disciplina del T.U.I. garantisce una tutela più forte poiché sancisce la regola dell'inespellibilità, derogabile solo ad opera del Ministro dell'Interno e per eccezionali motivi, a differenza del sistema previsto dal D.lgs. 30/2007 secondo cui il provvedimento di allontanamento può essere adottato anche per "altri motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica" con competenza spettante in capo al Prefetto.

Pertanto, alla luce delle considerazioni fatte sopra, si può concludere che allo straniero considerato pericoloso per l'ordine e la sicurezza pubblica la norma più favorevole sia comunque quella del T.U.I. In concreto, lo straniero pericolo, se pure non avrà diritto alla carta di soggiorno valida cinque anni per familiare cittadino UE in applicazione dell'art. 10 del D.lgs. 30/2007, potrà rientrare comunque nella categoria degli inespellibili ex art 19 T.U.I. e quindi non essere allontanato dal territorio nazionale. Ad esso, proprio in applicazione del T.U.I., spetterà un titolo di soggiorno diverso della durata massima di due anni ⁽¹³⁾. Dunque, la norma più favorevole per lo straniero familiare di cittadino italiano resta quella prevista dall'art. 19 T.U.I. che sancisce il diritto di soggiorno per categorie non espellibili dal territorio nazionale in nome del diritto all'unità familiare.

Tuttavia, sull'interpretazione dell'art. 19 T.U.I. vi è parte della giurisprudenza che in merito all'espellibilità del familiare straniero di cittadino italiano sta segnando un'inversione di tendenza. Infatti, alcuni giudici ritengono che in nome del bilanciamento dei valori costitu-

12. Il divieto di espulsione in origine era esteso ai parenti fino al quarto grado ma per effetto della modifica intervenuta con la legge 15 luglio 2009 nr. 94 il campo applicativo del divieto di espulsione si è ridotto.

13. V. art. 28 T.U.I. sui "permessi di soggiorno per gli stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento" che alla lettera b prevede il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari "nei confronti degli stranieri che si trovano nelle documentate circostanze di cui all'art. 19 lett. C.". Il permesso di soggiorno per motivi familiari secondo l'art. 5 comma 3 *sexies* non può avere durata superiore a due anni.

zionali tra unità familiare, da un lato, ed ordine e sicurezza pubblica, dall'altro, non si possa più imporre *sic et simpliciter* il rilascio del titolo di soggiorno a chiunque si trovi nella condizione di cui all'art. 19 T.U.I. I giudici di merito in alcune circostanze hanno ritenuto legittima la compressione del diritto di soggiorno in presenza di quelle circostanze da cui si evinca una personalità che nonostante la sussistenza di legami familiari nel territorio non abbia dato prova inserirsi correttamente integrandosi in adeguati contesti sociali ed economici del paese ⁽¹⁴⁾.

Le considerazioni espresse partono sempre dal principio di bilanciamento imposto dalle pronunce della Corte Costituzionale, ma qui la prospettiva dei giudici è diversa: non è in nome dell'unità familiare che si impone un giudizio di bilanciamento al fine di escludere l'automatica ostatività della condanna; qui è in nome dell'esigenza di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica che non potendo essere messa in ogni caso da parte quando ci si trova di fronte a familiari con cittadini italiani, rende necessario comunque l'esigenza di un bilanciamento. Si tratta di due valori costituzionali di pari rango e nessuno può retrocedere aprioristicamente rispetto all'altro con la previsione di presunzioni assolute, né in un senso, con la previsione di un'automatica ostatività di certi reati, né nell'altro, con la previsione di categorie di inespellibilità.

Sulla base di tali premesse, parte della giurisprudenza ritiene che l'esigenza di salvaguardare l'unità familiare non può prevalere sempre su quella di tutela della comunità e, quindi, dell'ordine e della sicurezza pubblica. Ciò, soprattutto in considerazione del fatto che la sussistenza di un riferimento familiare nel paese ospitante non ha rappresentato un valido deterrente per impedire la commissione di reati ⁽¹⁵⁾.

A tal proposito vale la pena citare il caso pratico che ha visto il Questore di Reggio Emilia rifiutare il permesso di soggiorno con decreto del 25 novembre 2015. La richiesta era pervenuta da un cittadino marocchino per motivi familiari ex art. 19 T.U.I. poiché convivente con figlia minorenni, cittadina italiana. Il provvedimento ablativo veniva emesso motivando l'elevata pericolosità sociale dello straniero, resosi responsabile di svariati reati di furto aggravato, e quindi si affermava

14. Rif. www.immigrazione.it commento della redazione, Giugno 2017, cod. A6413: "quando la pericolosità prevale sul diritto all'unità familiare in tre recenti decisioni del Tribunale di Napoli" (Trib. Napoli, sez. civile i bis, Ord. n. 289 del 16 gennaio 2017; Tribunale di Napoli, sezione civile I bis, ordinanza 7 febbraio 2017; Ord. 5 dicembre 2016).

15. Tribunale di Napoli, sezione civile I bis, ordinanza 7 febbraio 2017.

il giudizio di prevalenza per l'ordine e sicurezza pubblica rispetto a quello di unità familiare del richiedente.

A seguito di ricorso, sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Bologna hanno ritenuto di confermare la legittimità del provvedimento in questione considerandolo correttamente motivato. In particolare, nella sentenza nr. 2313 del 19 dicembre 2016 della Corte d'Appello di Bologna si legge che “deve riconoscersi, perciò che l'appellante costituisce senz'altro persona pericolosa per la sicurezza pubblica stante la sua comprovata dedizione ad attività delittuosa. La sua situazione familiare, poi, non può essere considerata prevalente sulle esigenze della sicurezza pubblica posto che egli risulta divorziato ed anche dopo la nascita della figlia minore ha continuato a delinquere senza preoccuparsi di reperire una stabile occupazione con la quale provvedere al lecito mantenimento della stessa”.

Nel passo della sentenza della Corte viene data rilevanza al fatto che la sussistenza del legame familiare sul territorio non ha costituito un deterrente per continuare a delinquere, anzi, la sussistenza di un nucleo familiare da mantenere senza alcun mezzo economico lecito ha rafforzato i propositi criminosi mediante la commissione di reati contro il patrimonio.

Dunque, il diritto all'unità familiare, anche nel caso di parentela con cittadini italiani ex art. 19 lett. c, nel caso di specie con figlia italiana, cede il passo di fronte all'esigenza di tutela dell'interesse collettivo della sicurezza pubblica che non può essere sacrificato sempre e comunque. Una lettura costituzionalmente orientata della norma pone l'esigenza di mettere sul piatto della bilancia, allo stesso livello, due beni giuridici di pari rango per poi formulare, caso per caso ed in concreto, il giudizio di prevalenza. Così in effetti si esprime anche il Tribunale di Bologna nella sentenza di primo grado del 26 Maggio 2016, confermata poi in Appello: “la tutela degli interessi dei minori a mantenere il legame familiare non può avere carattere di priorità rispetto alle ragioni di ordine e sicurezza nazionale sottese alla previsione di legge sopra richiamata, trattandosi di interessi e diritti di pari rango ed entrambi degni di tutela sicché, nel difficile bilanciamento, la tutela dei minori può essere sacrificata sulle base di politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione, non potendo l'esistenza di nucleo familiare essere di per se sufficiente a far ritenere legittima la permanenza in Italia di cittadini stranieri”.