

CORSO DI FORMAZIONE IN DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

ORDINE AVVOCATI TORINO ASGI

I PERMESSI DI SOGGIORNO E IL LORO RINNOVO

20 settembre 2021

Guido Savio

Oggetto di trattazione di questa parte della lezione odierna è la tematica delle problematiche inerenti il rilascio/rinnovo dei permessi di soggiorno in conseguenza della commissione di illeciti penali e, più in generale, della valutazione di pericolosità sociale operata dalla P.A.

Le condanne penali ostative

L'art. 5, co. 5, T.U.I. prescrive che il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati, quando mancano o vengono a mancare i requisiti per l'ingresso in Italia, che sono previsti dall'art. 4, co. 3 T.U.I.

La previsione interdittiva all'ingresso (e quindi al soggiorno, derivante dal combinato disposto di cui agli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5 TUI) conseguente al fatto di essere lo straniero considerato una minaccia per l'ordine o la sicurezza pubblica, trova puntuale attuazione nella previsione di cui all'art. 4, c. 3, T.U.I.: si prevede, infatti, un divieto d'ingresso generalizzato per gli stranieri condannati –anche in via non definitiva – per determinati titoli di reato tassativamente individuati dalla norma stessa.

In particolare, ai sensi dell'art. 4, c. 3, T.U.I. non è ammesso in Italia, e quindi se già regolare non può più soggiornare, lo straniero condannato, anche con sentenza non definitiva (quindi anche se impugnata) e anche se resa a seguito di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno o più dei seguenti titoli di reato:

- tutti i reati previsti dall'art. 380 c.p.p., cioè i reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, indipendentemente dal fatto che l'arresto sia stato effettivamente eseguito nel caso specifico, essendo sufficiente che il titolo di reato per cui v'è stata pronuncia di condanna rientri nell'elenco dell'art. 380, cc. 1 e 2, del codice di procedura penale;
- i reati inerenti gli stupefacenti, previsti dal d.P.R. 309/90 (T.U. stupefacenti);
- i reati concernenti la libertà sessuale;

- i reati di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina (art. 12, T.U.I.);
- i 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 la sentenza di condanna definitiva per impedire l'ingresso in Italia dello straniero condannato per violazione della normativa sulla tutela dei diritti d'autore di cui alla Legge 22.4.1941, n. 633 e degli artt. 473 (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi) e 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi).

Una situazione ampiamente ricorrente nella prassi è costituita dalle sentenze di condanna per la violazione dell'art. 73, co. 5, D.P.R. 39/90 (detenzione illecita di sostanze stupefacenti di lieve entità) la cui pena edittale - da sei mesi a quattro anni di reclusione - esula dal novero dei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, essendo previsto solo quello facoltativo (art. 381 c.p.p.): stando ai limiti edittali tale condanna non dovrebbe pertanto essere ostativa all'ingresso e al soggiorno di stranieri, tuttavia l'art. 4, co. 3, T.U.I. prevede espressamente tra le cause ostative in esame sia le sentenze ex art. 380 c.p.p. che quelle *“per i reati inerenti gli stupefacenti”*. Al fine di dirimere le incertezze applicative il Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, T.U.I., *«nella parte in cui fanno derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno del cittadino extracomunitario dalla pronuncia, nei suoi confronti, di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l'art. 381 del c.p.p. prevede l'arresto facoltativo in flagranza, senza consentire che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato»*, cercando così di incrinare l'automatismo in questione in relazione a sentenze di condanna per fatti non particolarmente gravi (tant'è che non è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza), ancorché assai frequenti.

Più delle conclusioni della Consulta, è interessante, al fine della comprensione del combinato disposto ex artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, T.U.I., richiamare il ragionamento che fonda parte della motivazione della sentenza n. 277/2014:

“Nel delineare le condizioni ostative collegate al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in dipendenza di condanne penali, la scelta del legislatore è stata quella di dar vita ad un sistema “bipartito” basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti di natura composita. Il primo, di tipo misto, riferito ai casi per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; disciplina, quest'ultima, che, a sua volta, risulta costruita (art. 380, commi 1 e 2, c.p.p.) su base in parte “quantitativa”, raccordata, cioè, alla pena prevista dalla legge, e, in parte, qualitativa, ragguagliata, quindi, alla specificità dei titoli di reato. L'altro paradigma, del tutto peculiare, riferito non già ad una rassegna quantitativa, basata sulla pena, né ad una indicazione qualitativa fondata su specifiche fattispecie delittuose, ma

calibrato in funzione di “tipologie” di reati, individuati ratione materiae e raggruppati, per così dire, all’interno di complessi normativi delineati solo attraverso il richiamo ai relativi “settori di criminalità” . Da tale ricostruzione normativa consegue che sia evidente “l’intendimento del legislatore di assumere a paradigma ostativo non certo la gravità del fatto in sé e per sé considerata ... quanto la specifica natura del reato, riposando la sua scelta su una esigenza di conformazione agli impegni di inibitoria di traffici riguardanti determinati settori reputati maggiormente sensibili”. In questa prospettiva, l’introduzione di un modello solo “quantitativo” - cioè con riferimento ai limiti edittali di pena ed alla gravità in concreto del fatto - comporterebbe la creazione di un sistema del tutto nuovo, diverso da quello voluto dal legislatore; di qui l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che imporrebbe alla Corte un intervento manipolativo ed additivo della *voluntas legis* che esula dalle attribuzioni del Giudice delle leggi, in assenza di contrasto con i parametri costituzionali evocati.

Con questa pronuncia della Consulta si è probabilmente chiusa una lunga stagione volta ad incrinare l’automatismo rigido tra commissione di reati e divieto d’ingresso e soggiorno degli stranieri nel nostro Paese. Ogni eventuale prospettiva di riforma dipenderà esclusivamente da differenti opzioni del legislatore.

La preclusione automatica all’ingresso derivante dalle condanne penali si configura come un effetto extrapenale della sentenza di condanna e cessa ove intervenga la riabilitazione ovvero la dichiarazione di estinzione del reato, *ex art. 445 c.p.p.*, nei casi di applicazione della pena su richiesta delle parti, e in tutti gli altri casi di estinzione del reato (prescrizione, amnistia, *abolitio criminis*), ma non anche di estinzione della pena a seguito del buon esito dell’affidamento in prova ai servizi sociali.

Il nostro ordinamento prevede quindi un rigido automatismo per cui alla condanna per determinati titoli di reato consegue per legge il divieto d’ingresso senza alcuna discrezionalità amministrativa: trattasi di attività vincolata.

La giurisprudenza costituzionale è stata in più occasioni sollecitata a verificare la legittimità dell’effetto preclusivo automatico all’ingresso ed al soggiorno conseguente alle condanne per determinati titoli di reato, prescindendo dalla concreta pericolosità sociale accertata caso per caso. La Consulta, sent. 148/2008, respinse le questioni sollevate osservando come *“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 che tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un’ampia discrezionalità, deve 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”.

La clausola di salvaguardia di cui all’art. 5, co. 5 TUI

Sempre il co. 5 dell’art. 5 TUI prescrive che non si dia luogo al rifiuto, al diniego di rinnovo, o alla revoca del permesso di soggiorno se sono sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio, ovvero se si tratta di irregolarità amministrative sanabili. La clausola di salvaguardia “*salvo che siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio [del permesso di soggiorno]*” si è rivelata, nella prassi, una vera e propria ancora di salvezza nell’ambito di un sistema rigidamente determinato. Per ben comprendere la rilevanza concreta della disposizione in esame, basti pensare al caso di una sentenza penale di condanna ostativa all’ingresso, e dunque al soggiorno, nel caso di riforma nei successivi gradi di giudizio, o per le quali sia intervenuta riabilitazione o dichiarazione di estinzione *ex art. 445 c.p.p.*; oppure alle frequentissime ipotesi di mancanza sopravvenuta dei requisiti reddituali (si rammenta che per ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro occorre dimostrare un reddito pregresso almeno pari all’importo annuo dell’assegno sociale), in tal caso l’instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro può essere circostanza idonea a scongiurare il diniego di rinnovo del titolo di soggiorno; oppure ancora si consideri l’insorgenza di un rapporto di coniugio con cittadino italiano, o la condizione di gravidanza della donna straniera: circostanze, queste ultime, che inducono situazioni di non espellibilità ai sensi dell’art. 19, co. 2, T.U.

Il tema fondamentale è: fino a quando, ed a quali condizioni, i “*nuovi elementi sopravvenuti*” debbono essere valutati dalla P.A.? la giurisprudenza è attestata nel senso che:

1. i nuovi elementi debbono essere portati a conoscenza dell’amministrazione, e questo è onere dello straniero, eventualmente utilizzando gli strumenti previsti dalla L. 241/90 (accesso agli atti, osservazioni a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, riesame);
2. i nuovi elementi debbono essere sopravvenuti dopo la presentazione dell’istanza, ma prima dell’adozione del provvedimento negativo, ditalchè, ove portati a conoscenza della P.A., questa possa valutarne la fondatezza in sede istruttoria.

E quindi di fondamentale importanza l’utilizzo degli strumenti di cui alla L. 241/90 nella fase endoprocedimentale: in particolare le osservazioni conseguenti alla comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza che la questura notifica all’interessato.

3. I temperamenti dei meccanismi preclusivi al rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno nei confronti di chi ha esercitato il diritto all'unità familiare

In attuazione della direttiva 2003/86/CE, l'art. 5 co. 5, TUI, offre una tutela rafforzata per lo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, ovvero al familiare ricongiunto, in caso si debba adottare un provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno. In tali casi la p.a. deve operare un bilanciamento tra l'interesse pubblico all'adozione del provvedimento negatorio da un lato, e la natura e l'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, la durata del soggiorno in Italia e l'esistenza di legami familiari e sociali con il paese di origine, dall'altro. La giurisprudenza, in conformità con la citata previsione di legge, ha stabilito pertanto che è illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno adottato sulla base di una precedente espulsione, senza tener conto dei vincoli familiari, della nascita di un figlio in Italia, e dell'attività lavorativa di entrambi i coniugi. Anche in caso di condanna per reati ritenuti ostativi è illegittimo il diniego di rinnovo automatico del titolo di soggiorno, qualora la p.a. non abbia ponderato la gravità del reato e il connesso interesse pubblico a che il suo autore non abbia più titolo a soggiornare in Italia, con il contrapposto interesse dello straniero a rimanere in Italia in ragione dei vincoli familiari, perché la motivazione del provvedimento di diniego del titolo di soggiorno non deve limitarsi a far constare la condanna penale, ma deve altresì dar conto delle ragioni di interesse pubblico soccombenti rispetto alle circostanze favorevoli al richiedente. È quindi nella motivazione del decreto di rifiuto di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno nei confronti di chi ha esercitato il ricongiungimento familiare che la p.a. deve dar conto dei motivi della prevalenza dell'interesse pubblico sulle ragioni di carattere familiare che offrono una tutela rafforzata allo straniero, pena l'annullabilità dell'atto per violazione di legge ed eccesso di potere. Peraltro, giova sottolineare che tale tutela rafforzata trova ulteriore fondamento nell'art. 8 CEDU, inerente il rispetto della vita privata e familiare.

L'art. 5, c. 5, t.u.i. fa espressamente riferimento alle ipotesi di ricongiungimento familiare disciplinate dall'art. 29, t.u.i., il che lascerebbe supporre che solo se sia stato effettuato il ricongiungimento familiare ai sensi della predetta norma la p.a. deve operare il bilanciamento dei contrapposti interessi dello Stato e del nucleo familiare ricongiunto. Tuttavia, in tal modo resterebbero esclusi da tale maggior tutela sia i nuclei familiari di stranieri che si sono costituiti in Italia (con nascita della relativa prole) e che pertanto non hanno effettuato la procedura di ricongiungimento dall'estero, sia chi si troverebbe nelle condizioni di poter beneficiare del ricongiungimento, ma non vi abbia ancora proceduto, essendo irregolarmente soggiornante in Italia. Proprio argomentando dal diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, la giurisprudenza è giunta ad un'interpretazione costituzionalmente orientata secondo cui l'art. 5, c. 5, t.u.i. deve essere letto in una prospettiva ermeneutica che tenga conto dell'esistenza dei vincoli familiari anche al di fuori dei presupposti per il

ricongiungimento familiare *ex art. 29, t.u.i.* in tutte le ipotesi in cui il provvedimento di diniego incida sui legami familiari del richiedente il permesso di soggiorno. A coronamento di questo indirizzo giurisprudenziale è intervenuta la Corte costituzionale a dichiarare, con la sentenza n. 202/2013, l'illegittimità dell'art. 5, c. 5, t.u.i. nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo a chi ha esercitato il ricongiungimento familiare, e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato. La dichiarazione d'incostituzionalità citata ha indotto la giurisprudenza del Consiglio di Stato a ritenere che il c.d. "automatismo preclusivo al soggiorno" derivante da sentenze penali di condanna ostative al soggiorno, non si applica a chi, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenere il ricongiungimento familiare, non abbia formulato istanza in tal senso. Occorre, cioè, che lo straniero abbia legami in Italia con familiari con cui sia possibile effettuare il ricongiungimento ai sensi dell'art. 29 t.u.i. (con esclusione di fratelli, zii, cognati ecc.).

4. Le controversie in materia di rilascio/rinnovo dei permessi di soggiorno per motivi familiari e il bilanciamento con i motivi di sicurezza

Note introduttive

La materia delle autorizzazioni al soggiorno per motivi familiari incontra un profilo di criticità derivante dalla coesistenza di due sistemi normativi: il d.lgs. 286/98 (artt. 28-30) che si applica ai cittadini di paesi terzi, ed il d.lgs. 30/2007 (artt. 5, 7, 9, 13 e 20) che non si applica solo ai cittadini dell'UE, ma pure ai loro familiari (definiti all'art. 2: coniuge, discendenti diretti di età inferiore a 21 anni, ascendenti diretti a carico) non aventi la cittadinanza di uno Stato membro. Inoltre, l'art. 23, d.lgs. 30/2007 estende l'applicabilità delle relative disposizioni ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana, a condizione che siano più favorevoli di quelle contenute nel T.U.I. che, a sua volta, prevede una disposizione analoga all'art. 28, co. 2. Infine, l'art. 19 co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98 prevede il divieto di espulsione dello straniero convivente con parenti entro il secondo grado, o con il coniuge, di nazionalità (da intendersi come cittadinanza) italiana, salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1 (che disciplina le espulsioni disposte dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato), mentre l'art. 28, co. 1, lett. b), d.P.R. 394/99 obbliga il questore al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari a coloro che si trovano nelle condizioni d'inespellibilità di cui all'art. 19, co. 2, lett. c).

Al fine dell'analisi dell'incidenza dei motivi di sicurezza in senso lato sui permessi di soggiorno per motivi familiari, è prioritario definire l'ambito di applicazione e di reciproca interferenza tra i due sistemi normativi citati.

In estrema sintesi la disciplina dettata dal d.lgs. 30/2007

Il familiare del cittadino dell'UE non avente la cittadinanza unionale, a condizione che abbia fatto ingresso munito di passaporto valido e di visto d'ingresso ove richiesto (art. 5, d.lgs.30/2007), decorsi tre mesi dall'ingresso nello Stato membro, deve chiedere la carta di soggiorno di familiare di cittadino dell'Unione europea, della durata di 5 anni, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 30/2007. Il cittadino UE e i suoi familiari mantengono il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante - tra l'altro - finché non costituiscono un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica (art. 13, co.1, d.lgs. 30/2007), tant'è che le limitazioni al diritto di libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, qualsiasi sia la loro cittadinanza, può essere limitata solo per motivi di sicurezza dello Stato (con provvedimento del Ministro dell'interno), per motivi imperativi di pubblica sicurezza, o per altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, con provvedimento del Prefetto (art. 20, d.lgs. 30/2007). E' importante rilevare che nella valutazione dei motivi imperativi di pubblica sicurezza, si tiene conto - ai sensi del co. 3 dell'art. 20 - anche di eventuali condanne, pronunciate in Italia o all'estero, per i delitti ivi indicati. I provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità, non possono essere motivati da ragioni economiche, né da ragioni estranee a comportamenti individuali che debbono consistere in una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine o alla sicurezza pubblica. L'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti (infatti il co. 3 prevede che se ne tenga conto come elemento di valutazione non esclusivo) , il che però significa che si può anche prescindere dalle condanne penali, quando la pericolosità sia desumibile *aliunde* da condotte non sanzionate (o non ancora sanzionate) penalmente. L'effettività della convivenza è criterio estraneo alla disciplina derivante dalla Direttiva 2004/38/CE, di cui il d.lgs.30/2007 costituisce attuazione (che, sotto questo profilo è più favorevole, rispetto al TUI).

Ai sensi dell'art. 20, co. 5, d.lgs. 30/2007 nell'adozione dei provvedimenti di allontanamento occorre tenere conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, della sua situazione familiare ed economica, del suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dei suoi legami con il Paese di origine.

In buona sostanza si tratta di una disciplina elastica, molto calibrata sul singolo caso, scevra da automatismi espulsivi/preclusivi dove i legami familiari costituiscono un indice importante ma non esclusivo di valutazione.

In estrema sintesi la disciplina prevista dal d.lgs. 286/98

La preclusione assoluta all'ingresso e al soggiorno degli stranieri che si desume dal combinato disposto di cui agli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, in conseguenza automatica di talune

condanne penali per titoli di reato tassativamente indicati è temperata, nei casi di ricongiungimento familiare, dall'art. 5, co. 5, che prescrive la necessità di bilanciamento dell'interesse pubblico, consistente nell'impedire l'ingresso e il soggiorno di persone pericolose *ex lege*, con la natura e l'effettività dei vincoli familiari, l'esistenza di legami familiari e sociali con il paese di origine e la durata del soggiorno dello straniero in Italia.

Viene quindi meno ogni automatismo, al pari della disciplina dei cittadini comunitari. Tale previsione è poi stata ampliata con la nota sentenza n. 202/2013 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità di questa disposizione nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in questione si applichi solo a chi ha esercitato il ricongiungimento familiare secondo la specifica procedura di cui all'art. 29 e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato. Però l'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, prescrive che nel valutare la pericolosità per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato ai fini della **revoca o del diniego di rinnovo** di permesso di soggiorno per motivi familiari si tiene conto anche di eventuali condanne per tutti i reati per cui è astrattamente previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p., per i gravi reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. e per i reati di favoreggiamento illegale delle migrazioni di cui all'art. 12, co. 1 e 3, d.lgs. 286/98: qui si registra un parziale coincidenza con le condanne che possono concorrere nella valutazione dei motivi imperativi di pubblica sicurezza ex art. 20, co. 3, d.lgs. 30/2007.

L'effettività della convivenza, oltre che essere espressamente prevista all'art. 19, co. 2, lett. c) come condizione d'inespellibilità, è altresì prevista all'art. 30, co. 1 bis nel peculiare caso di straniero regolarmente soggiornante ad altro titolo da almeno un anno che abbia contratto matrimonio in Italia con cittadino italiano, pena la revoca del titolo di soggiorno.

Quale disciplina è applicabile al coniuge straniero di cittadino dell'U.E. (e di cittadino italiano)?

Sullo sfondo c'è il rischio dei matrimoni di comodo, in frode alla legge, che pure debbono essere contrastati secondo l'art. 35 della direttiva 38/2004: *“gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio”*, rispetto ai quali l'accertamento della mancata convivenza può essere un indice rivelatore. Ed infatti questo è il tema di cui si è principalmente occupata la giurisprudenza, più raro è il rischio di abuso del diritto tra parenti entro il secondo grado.

La questione, con riferimento alla prima richiesta di permesso per motivi familiari del coniuge, fu risolta nei seguenti termini oltre dieci anni fa:

“Il familiare coniuge del cittadino italiano (o di altro Stato membro dell'Unione europea), dopo aver trascorso nel territorio dello Stato i primi tre mesi di soggiorno « informale », è tenuto a richiedere la carta di soggiorno ai sensi dell'art. 10 del d.lg. n. 30 del 2007 e, sino

al momento in cui non ottenga detto titolo (avente valore costitutivo per l'esercizio dei diritti nell'Unione europea), la sua condizione di soggiornante regolare rimane disciplinata dalla legislazione nazionale, in forza della quale, ai fini della concessione del permesso di soggiorno per coesione familiare (art. 19, comma 2, lett. C), del d.lg. n. 286 del 1998 e 28 del d.P.R. n. 394 del 1999), nonché ai fini della concessione e del mantenimento del titolo di soggiorno per coniugio, è imposta la sussistenza del requisito della convivenza effettiva il cui accertamento compete all'Amministrazione ed è soggetto al controllo del giudice.” (Cass. civ. sez. I, sent. n. 17346 del 23.7.2010 est. Macioce).

Questo orientamento, ancorché non ancorato ad alcun riferimento normativo nell'ambito della Direttiva 38/2004 (anzi pure in contrasto con l'art. 25), è comunque diventato un caposaldo di riferimento. Tuttavia si registra un orientamento man mano meno rigido, a cominciare dal rinnovo del pds per motivi familiari, così Cass. civ. sez. VI sent. n. 12745 del 23.5.2013, est. Acierno ha stabilito che *“In caso di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare del coniuge del cittadino italiano o Ue, nel regime introdotto con il d.lg. febbraio 2007 n. 30, non è più necessario il requisito della convivenza effettiva, trattandosi di criterio rimasto estraneo sia all'art. 7 comma 1 lett. d), relativo al diritto di soggiorno del familiare del cittadino italiano, sia alle previsioni di cui agli art. 12 e 13 d.lg. n. 30 del 2007, che regolano il primo il mantenimento del diritto di soggiorno in caso di divorzio o annullamento del matrimonio e pongono, il secondo, il limite del pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.”*

Col tempo, la giurisprudenza mette l'accento sulla prova del matrimonio simulato e, parallelamente, affievolisce la rigida impostazione basata solo sull'effettività della convivenza (anche perché pure questa potrebbe essere ben simulata): la recente Cass. civ. sez. I, ord. 10.3.2021, n. 6747, est. Acierno afferma che *“risulta necessario richiamare il consolidato orientamento di questa Corte, secondo il quale il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari [recte la carta di soggiorno per familiare non comunitario di cittadino dell'Unione], disciplinato dal D.Lgs. n. 30 del 2007, non implica il requisito della convivenza effettiva tra i coniugi e, tantomeno, quello del pregresso regolare soggiorno del richiedente [in questi casi opera la causa d'inespellibilità prevista dall'art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. 286/98, se uno dei coniugi è italiano] , salve le conseguenze dell'accertamento di un matrimonio fittizio o di convenienza ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 30, comma 1-bis (Cass., Sez. I, n. 5378/2020; Cass., Sez. I, n. 10925/2019; Cass., Sez. VI, n. 5303/2014).*

E come si accerta la natura fraudolenta del matrimonio? Osserva la Corte che *“la Commissione Europea ha elaborato delle Linee Guida contenenti una serie di criteri indicativi in forza dei quali è possibile escludere un abuso dei diritti comunitari. Essi tengono conto della circostanza che il cittadino straniero non avrebbe avuto difficoltà ad ottenere da solo il diritto di soggiorno, del fatto che la coppia stava insieme da molto tempo, aveva un*

domicilio comune, aveva assunto o meno un importante impegno giuridico-finanziario (per esempio un'ipoteca per l'acquisto di una casa), nonchè della durata del matrimonio. La Commissione ha anche redatto un Manuale contenente i c.d. indizi di abuso che fanno ragionevolmente presumere la natura fittizia del matrimonio, quali l'entrata o il soggiorno irregolare del cittadino straniero nello Stato membro, la mancanza di incontro personale dei coniugi prima della celebrazione, la corresponsione di una somma di denaro od altra utilità e la mancata convivenza dopo il matrimonio". <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0604>

In conclusione, può ritenersi che lo straniero convivente con il coniuge cittadino italiano sia comunque protetto dall'espulsione ex art. 19, co. 2, lett. c), TUI, ma, dal momento in cui acquisisce la carta di soggiorno per familiare di cittadino UE la sua condizione giuridica sia regolata dal d.lgs. 30/2007.

Il divieto di espulsione dello straniero titolare di permesso di soggiorno per motivi familiari perché convivente con il coniuge o parente entro il secondo grado di nazionalità italiana (art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98), esclude in radice la possibilità di negare il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, pur in presenza di seri profili di pericolosità sociale ma senza che il Ministro dell'interno abbia disposto l'espulsione di sua competenza?

Questo è un tema assai controverso, a mio avviso perché si confondono due piani in parte diversi:

- 1) la protezione dall'espulsione ex art. 19, salva l'ipotesi dell'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato,
- 2) e la possibilità di denegare il rinnovo/revocare il permesso di soggiorno per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato prevista sia dall'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, che dall'art. 13, co. 1, d.lgs. 30/2007 che pone un espresso limite al mantenimento del diritto al soggiorno nel pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, per i cittadini UE e i loro familiari (anche extra UE) e dall'art. 20, co. 3, d.lgs. 30/2007.

La questione è stata ben approfondita da Cass. civ. sez. VI, ord. 19337/2016, est. Acierno (alla cui lettura rimando), che ricostruisce bene il complicato intreccio normativo in un caso di revoca del pds rilasciato per matrimonio con cittadina italiana, partendo dalla previsione di cui all'art. 5, co. 5 e 5 bis, d.lgs. 286/98 che espressamente riserva al questore la valutazione della pericolosità dello straniero per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato del permesso di soggiorno per motivi familiari, tenendo conto anche di eventuali condanne per i reati previsti dagli artt. 380 e 407, co. 2, lett. a) c.p.p. e 12, co. 1 e 3, d.lgs. 286/98.

Quanto al concetto di “sicurezza dello Stato” indicato nell’art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, che richiama l’art. 13, co. 1 (espulsioni ministeriali) - secondo la pronuncia 19337/2016 - deve essere interpretato con riferimento alle tipologie di condanne citate dalla stessa norma, quindi con riferimento allo Stato non solo come territorio, istituzione o ordinamento, ma avendo riguardo anche alla sicurezza collettiva di tutti i consociati. Insomma occorre considerare, sia pure senza alcun automatismo, sia tutte le condanne per i delitti indicati nell’art. 20, co. 3, d.lgs. 30/2007 che possono essere sintomatiche dei motivi imperativi di pubblica sicurezza, sia quelle indicate all’art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98.

In conclusione, si ritiene che sia possibile negare il rilascio/rinnovo, o consentire la revoca, del permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciato allo straniero convivente con il coniuge o con i familiari entro il secondo grado di nazionalità (*rectius* cittadinanza) italiana in presenza di chiari elementi indicatori di pericolosità sociale tenendo conto - sia pure senza alcun automatismo - di eventuali condanne penali indicate sia nell’art. 20, d.lgs. 30/2007 che nell’art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, nell’ambito di una valutazione complessiva che tenga conto di tutti gli indici valutativi previsti dall’art. 5, co. 5, d.lgs. 286/98 (natura ed effettività dei vincoli familiari, esistenza dei legami familiari e sociali con il Paese di origine, durata del soggiorno sul territorio nazionale).

Altra giurisprudenza di legittimità, peraltro molto seguita dalla giurisprudenza di merito, distingue tra primo rilascio del permesso di soggiorno e rinnovo (Cass, civ, sez. I, sent. 14159/2017, est. Acierno) affermando che, *“poiché il permesso di soggiorno per motivi familiari oggetto del presente giudizio costituisce una conseguenza del divieto di espulsione previsto dall’art. 19, co. 2, lett. c), è a tale paradigma normativo che occorre riferirsi nell’individuazione delle ragioni ostative al rilascio iniziale del predetto permesso di soggiorno ... Deve concludersi che al cittadino straniero che soggiorna irregolarmente in quanto già attinto da decreto espulsivo o perché privo dei requisiti per un diverso titolo di soggiorno, si applica il combinato disposto dell’art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. 286/98 e dell’art. 28, d.P.R. 394/99 ... Ne consegue che, ancorché limitatamente al primo rilascio del permesso di soggiorno derivante dall’accertamento della condizione d’inespellibilità stabilita dall’art. 19 ... la condizione ostativa al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, costituita dalla “pericolosità sociale” può essere desunta esclusivamente dal parametro normativo costituito dall’art. 13,co. 1”.*

Assai significativamente l’ordinanza 19337/2016 sottolinea la non omogeneità dei requisiti previsti per rilascio/rinnovo/revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari e quelli previsti per le espulsioni, sia quelle disposte direttamente dal Ministro dell’interno che quelle disposte dal prefetto per motivi di pericolosità sociale. La differenza è giustificata dal fatto

che mentre il permesso di soggiorno consente l'esercizio di un ampio spettro di diritti, anche sociali, all'interno del nostro ordinamento, e, quindi, giustifica un maggior rigore nella verifica del rispetto delle norme della civile convivenza, specie in correlazione con la violazione di norme penali, l'annullamento di un provvedimento di espulsione mette lo straniero solo al riparo dal rimpatrio nel suo Paese di origine, ma non lo metterebbe in condizione di ottenere/mantenere un titolo di soggiorno.

Questa conclusione mostra, all'evidenza, un nodo irrisolvibile. Infatti, anche in caso di diniego di rilascio/rinnovo o revoca del permesso familiare finché lo straniero continua a vivere effettivamente con il coniuge o parente entro il secondo grado italiano, continua a non essere espellibile ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/9, fino a che o viene adottato un provvedimento ministeriale, ovvero viene accertato il venir meno della convivenza. V'è quindi da riflettere sulla effettiva utilità dei provvedimenti di revoca o mancato rinnovo del titolo di soggiorno, se, comunque, la persona non può essere espulsa: il rischio è quello di creare una categoria di "inespellibili" ma privi di permesso di soggiorno, cioè di stranieri "tollerati" in precarie condizioni. Al netto dell'ovvia considerazione che l'ordinamento prevede un'apposita categoria di permessi di soggiorno per gli stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento: è l'art. 28, d.P.R. 394/99 il cui *incipit* prevede che "*Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il questore rilascia [trattasi di attività amministrativa vincolata, senza margini discrezionali] il permesso di soggiorno ...*".

Come accennavo poc'anzi, tenere distinti il piano dell'inespellibilità da quello del permesso di soggiorno è importante, nè si può giungere ad un'interpretazione abrogante delle cause d'inespellibilità.

Insomma, che senso ha negare o revocare un permesso di soggiorno se poi comunque la persona è inespellibile *ex lege*?

Segnalo, infine, una recentissima ordinanza della Cassazione 1^a sez. civ. n. 23930/21, depositata il 3.9.21, il caso riguardava il rifiuto di permesso di soggiorno per coniugio con cittadina italiana richiesto da un maliano condannato per traffico internazionale di stupefacenti alla pena di anni 9 e mesi 4 di reclusione, sul presupposto di una elevatissima pericolosità sociale. Il ricorrente contestava tale valutazione, sotto il profilo dell'omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione tra le parti, ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 5 c.p.c., e, segnatamente, la risalenza nel tempo degli episodi delittuosi, il virtuoso percorso inframurario, la fattiva partecipazione all'opera di risocializzazione, l'assenza di ulteriori pregiudizi penali, quindi l'inattualità della pericolosità sociale a fronte della accertata genuinità del rapporto di coniugio e dell'effettività della convivenza.

La Corte cassa con rinvio riassumendo i principi di diritto che regolano la specifica materia.

1. in primo luogo ribadisce il proprio consolidato orientamento in tema di espulsione ex art. 13, co.2, lett. c) TUI, secondo cui la valutazione della pericolosità non può derivare automaticamente dai precedenti penali, è richiesto un esame oggettivo e non meramente soggettivo, prendendo in esame la complessiva personalità dello straniero, per verificare in concreto l'attualità della pericolosità;
2. elenca tutti i casi in cui il predetto principio deve trovare applicazione: rinnovo del pds per motivi familiari, autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare di minore straniero ex art. 31, co. 3, TUI, proroga della permanenza del richiedente asilo nei CPR ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. c), d.lgs. 142/2015, richiesta del permesso di soggiorno per coesione familiare, respingimento alla frontiera, rilascio o rinnovo del pds in qualità di marito convivente con cittadino italiano (con conseguente inespellibilità ex art. 19, co. 2, lett. c), TUI);
3. precisa che il concetto di pericolosità nella specie (coniugio con cittadino italiano) non riguarda esclusivamente l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, ma anche la pubblica sicurezza (art. 20, d.lgs. 30/2007, l'inghippo è quindi determinato dalla sovrapposizione delle discipline, come sopra detto) e ribadisce che la pericolosità sociale costituisce condizione ostativa per il rinnovo del pds per motivi familiari chiesto dallo straniero familiare di cittadino italiano o UE e la valutazione spetta all'autorità competente per il rilascio del titolo: cioè la questura.

Questo è, in sintesi, lo stato delle cose: nessun automatismo preclusivo, ma valutazione in concreto dell'esistenza ed attualità della pericolosità sociale, di cui le condanne penali costituiscono importante ma non unico elemento di valutazione discrezionale.

