



■ ■ ■

LA REGOLAZIONE IN MATERIA DI PRESENZA E LAVORO DI CITTADINI STRANIERI: INDICAZIONI ORIENTATIVE

di Giovanni Savini

FRECCE/5

■ ■ ■

Agosto 2009

Nelle scorse settimane è stato presentato il Rapporto 2009 dell'Osservatorio Regionale sull'Immigrazione. Al suo interno sono contenuti alcuni box riguardanti le novità normative avutesi tra il 2008 e i primi mesi del 2009, e i loro possibili effetti.

Anche la giurisprudenza in materia ha fornito nuove interpretazioni alle diverse casistiche e problematiche pratiche.

Il presente studio si propone di fornire una breve panoramica delle più significative pronunce avutesi negli ultimi 15 mesi con particolare riferimento alle condizioni per l'ingresso nel territorio, al rilascio e alle facoltà attribuite al titolo di soggiorno, al riconoscimento della unità familiare e dei diritti collegati, alle possibilità della prosecuzione del soggiorno o dell'allontanamento dello straniero, all'acquisto della cittadinanza italiana.

1. Ambasciate vs Tribunali per il rilascio del visto

Fino a qualche tempo fa in materia di rilascio di visti di ingresso per l'Italia la giurisprudenza era estremamente rarefatta, specie per quanto concerne i casi di ingresso di breve durata.

In questi ultimi 15 mesi alcune pronunce del TAR Lazio hanno preso in considerazione gli ingressi per turismo o per visita a conoscenti e hanno ritenuto legittimi i provvedimenti con i quali alcune Ambasciate italiane hanno respinto la domanda di autorizzazione all'ingresso per turismo, il cui rilascio risulta discrezionale per legge. Tali dinieghi sono stati ritenuti legittimi e non arbitrari nei casi in cui il richiedente non abbia fornito prova alcuna del possesso di idonee fonti di reddito tali da palesare la probabilità del suo rientro nel Paese di origine e comunque non sia stato possibile comprendere le reali finalità del viaggio, anche se vi erano parenti stretti regolarmente soggiornanti in Italia che si facevano garanti del regolare soggiorno e rientro nel Paese di origine. In caso di richiesta di rilascio del visto di ingresso per motivi di turismo è onere dell'interessato provare le condizioni che giustificano le finalità del soggiorno e la presenza dei presupposti dai quali si può ragionevolmente scongiurare l'ipotesi di un "rischio migratorio"¹. E' noto che una gran parte degli stranieri irregolari è costituita dai cosiddetti *overstayers*, ossia da stranieri che fanno un iniziale ingresso e soggiorno regolare nell'Area Schengen ma che poi si trattengono nel territorio nazionale oltre il periodo consentito.

Un'altra questione presentatasi con una certa frequenza in tarda primavera del 2009 ha riguardato gli ingressi per ricongiungimenti familiari dei genitori stranieri. Il d.lgs. 160/08, entrato in vigore il 5 novembre 2008, ha infatti tra l'altro modificato l'art. 29, comma 1, lett. d), del d.lgs. 286/98. La modifica si è sostanziata, va ricordato, nel senso di permettere allo straniero di richiedere il ricongiungimento con i genitori a carico solo ove questi non abbiano altri figli nel Paese di origine. Questa nuova disposizione, per certe Ambasciate, andava ad incidere sui procedimenti di ricongiungimento familiare anche se iniziati prima di tale modifica e ricadenti in teoria sotto la disciplina previgente, anche nel caso in cui lo Sportello Unico abbia già provveduto a rilasciare il nulla osta dandone comunicazione all'autorità consolare. Se per il Tribunale di Forlì² in materia di ricongiungimenti familiari "*allorquando il procedimento amministrativo consti di varie fasi distinte, ciascun atto della serie trova la sua disciplina, in mancanza di disposizioni particolari in senso diverso, nelle norme del tempo del suo venire in essere*", per diversi altri Tribunali³ il tema della successione delle normative nel tempo porta a ritenere che la nuova disposizione sui ricongiungimenti familiari non può incidere sui procedimenti iniziati prima di tale data e ricadenti sotto la disciplina previgente, nel caso in cui lo Sportello Unico abbia già provveduto a rilasciare il nulla osta dandone comunicazione all'autorità consolare. Secondo la Corte di Appello di Firenze⁴, infatti, l'autorità consolare italiana non dispone di alcuna discrezionalità circa la sussistenza dei requisiti soggettivi, in quanto l'art. 29 c. 7 del d.lgs. n. 286/98, anche dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 160/08, le assegna unicamente il compito di accertare l'effettiva autenticità della

¹ TAR Lazio Sentenza del 29 maggio 2009 n. 5354, TAR Lazio Sentenza del 30 ottobre 2008 n. 9439, TAR Lazio Sentenza 8 ottobre 2008 n. 8804.

² Tribunale di Forlì, Decreto 8 Giugno 2009.

³ Tribunale di Torino - Ordinanza del 29 maggio 2009, Tribunale di Savona Ordinanza del 4 maggio 2009 n°193.

⁴ Corte di Appello di Firenze, I sez. civ., provvedimento dd. 12 giugno 2009.

documentazione comprovante i presupposti di parentela. La fase di accertamento dei requisiti necessari per il ricongiungimento, spettante unicamente agli Sportelli Unici, deve ritenersi quindi conclusa con il rilascio del nulla-osta avvenuto in data precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 160/08.

Un'ulteriore difformità di prassi tra vari Uffici, con particolare riferimento alle Ambasciate, si è registrata in casi di richieste di ingressi per lavoro. Di recente ad esempio è stato ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale il Ministero degli Esteri ha negato il rilascio di un visto di ingresso per motivi di lavoro autonomo ad un cittadino extracomunitario che non aveva presentato copia dell'ultimo bilancio o dichiarazione dei redditi della società nella quale doveva prestare le proprie attività in qualità di socio. Poiché tale società non aveva ancora chiuso il suo primo esercizio sociale, le autorità consolari italiane non dovevano applicare le disposizioni regolamentari di cui al decreto MAE dd. 12 luglio 2000 concernente i casi di lavoro autonomo da svolgere in qualità di socio e/o amministratore in società e cooperative già in attività, bensì richiamare la disciplina relativa alle "attività ancora da intraprendere"⁵.

2. La storia infinita dei Decreti Flussi. Non tutto si risolve con un click

Il tema degli ingressi per lavoro nell'ambito dei cosiddetti Decreti Flussi (che in certe occasioni assumono la veste di una sanatoria, come analizzato nel Rapporto 2009 dell'ORIV) è stato trattato da vari Tribunali amministrativi alla luce di varie questioni, riguardanti sia alcuni momenti endoprocedimentali funzionali al rilascio del nullaosta al lavoro, sia momenti successivi all'ingresso in Italia del lavoratore straniero.

Si è infatti precisato che *è legittimo il diniego del nulla osta al lavoro per carenza di reddito: la cumulabilità dei redditi dei parenti di primo grado o, in mancanza, di altri soggetti tenuti legalmente all'assistenza, richiede la presentazione di un'autocertificazione dei medesimi*⁶, mentre è risultato illegittimo il Decreto flussi 2008 nella parte in cui vietava di presentare le domande di assunzione ai datori di lavoro extracomunitari in possesso del solo permesso di soggiorno anziché della Carta di soggiorno o del Permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo⁷.

Tema discusso in vari casi è stato quello della mancata assunzione della persona straniera entrata con un Decreto Flussi da parte del datore di lavoro che per essa aveva chiesto e ottenuto il nullaosta parecchi mesi (se non addirittura anni) prima ma che non aveva poi comunicato allo Sportello Unico Immigrazione la sopravvenuta e motivata indisponibilità alla assunzione.

In via di principio, in questi casi, si ritiene come sanabile la citata irregolarità amministrativa, sia affermando che il perfezionamento del rapporto di lavoro, anche se è tardivo, consente il rilascio del relativo permesso di soggiorno⁸, sia tenendo conto delle ragioni di impossibilità sopravvenuta in ordine all'instaurazione del rapporto di lavoro che aveva determinato il rilascio del nullaosta al lavoro con il Decreto flussi⁹, ovvero, in diversi casi, ritenendo il vizio come irregolarità amministrativa sanabile se lo straniero ha intrapreso una nuova attività lavorativa alle dipendenze di altro datore di lavoro, con stipula di nuovo contratto di soggiorno¹⁰.

3. L'unità della famiglia straniera

Tra il 2008 e il 2009 sono state modificate alcune significative disposizioni in materia di ricongiungimenti familiari (v. Box 2 del 1° Capitolo del *Rapporto 2009*), e, da parte di alcuni enti locali, sono state promosse delle iniziative che escludevano dalla fruizione di certi benefici le famiglie straniere.

⁵ TAR Lazio, Sentenza n. 5358 dd. 29 maggio 2009.

⁶ TAR Veneto Sentenza del 10 dicembre 2008 n. 3772.

⁷ TAR Lazio, Ordinanza del 14 gennaio 2009 n. 206, successivamente confermata dal Consiglio di Stato, con la ordinanza del 5 giugno 2009, n. 3765.

⁸ TAR Friuli Venezia Giulia Sentenza del 1° settembre 2008 n. 518.

⁹ TAR Veneto Sentenza del 23 Aprile - 3 settembre 2008 n. 2648.

¹⁰ Consiglio di Stato - Decisione n.1846/2008, TAR Lazio Sentenza dell'11 Giugno 2008 n. 6317, TAR Lazio Sentenza del 5 agosto 2008 n. 7819.

Partendo dal principio secondo il quale *lo straniero che aspira al ricongiungimento con i familiari dovrebbe disporre quanto meno di un reddito minimo, con riferimento alle disponibilità complessive dell'aggregato familiare promotore del ricongiungimento*¹¹, in quanto *il requisito del possesso di un reddito minimo idoneo al sostentamento dello straniero e del di lui nucleo familiare costituisce un requisito soggettivo non eludibile ai fini del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno, perché attiene alla sostenibilità dell'ingresso dello straniero nella comunità nazionale*¹², vi sono state alcune nuove aperture non considerate esplicitamente dalla legge.

Si è riconosciuto infatti come ammissibile il ricongiungimento anche senza contratto di lavoro di almeno un anno di durata¹³ e – particolare novità – anche se si è titolari di un permesso per attesa cittadinanza¹⁴.

Con riferimento alle cosiddette “coppie miste” vi sono state alcune decisioni significative per la affermazione dei principi stabiliti a livello comunitario, anche per effetto dell'entrata in vigore della nuova disciplina della circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari e dei loro familiari – anche extracomunitari – e della sentenza “Blaise Baheten Metok e altri” della Corte di giustizia della Comunità europea del 25 Luglio 2008, C 127/08. La Corte d'Appello di Venezia ha infatti stabilito che un cittadino extracomunitario coniuge di una cittadina rumena residente in Italia ha diritto al rilascio della carta di soggiorno per familiari di cittadini comunitari, anche se l'interessato ha fatto ingresso in Italia privo di visto di ingresso e non era legalmente soggiornante in Italia al momento della celebrazione del matrimonio¹⁵.

La Cassazione ha inoltre stabilito che va considerato illegittimo il diniego di ingresso in Italia per ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario coniugato con cittadino/a italiana, per il solo fatto che abbia pendente un provvedimento di espulsione con la relativa segnalazione nell'area Schengen¹⁶.

Per quanto riguarda il welfare e l'unità familiare con figli minori, ha fatto notizia la decisione del Tribunale di Brescia secondo la quale il “Bonus bebè” previsto dal Comune di Brescia come da destinarsi ai soli nuclei familiari di cittadini italiani ovvero in cui almeno uno dei genitori sia cittadino italiano è illegittimo in quanto discriminatorio.

Altra vicenda che ha fatto notizia è stata la decisione del Comune di Milano di non ammettere i figli minori di stranieri irregolari all'interno di particolari attività e strutture, quali ad esempio asili nido e centri estivi. A seguito dell'ordinanza d'urgenza disposta dal Tribunale di Milano¹⁷ viene recepito dall'amministrazione comunale il principio della “dimora abituale”, e, contrariamente a quanto disposto alcuni mesi prima dalla medesima municipalità, si è consentita l'iscrizione nelle scuole dell'infanzia milanesi e negli asili nido anche ai bambini con genitori irregolari.

La questione era sorta anche dalla modalità della interpretazione dell'“obbligo scolastico” che deve essere rispettato anche dai minori stranieri non regolari, e dal fatto che la frequenza delle scuole dell'infanzia non viene considerata facente integralmente parte di tale diritto/dovere.

Oltre ai riferimenti alle convenzioni internazionali sui diritti fondamentali dell'infanzia, probabilmente la questione più correttamente riguardava non soltanto il diritto fondamentale all'istruzione, quanto piuttosto l'accesso ai servizi sociali e territoriali forniti dai Comuni ed i limiti che i Comuni possono incontrare in tale autonomia.

Nel secondo caso, riguardante la non ammissione dei figli di stranieri irregolari ai centri estivi organizzati dal Comune, il giudice della prima sezione civile del Tribunale di Milano ha ordinato in via cautelare che la domanda d'iscrizione ai centri estivi venga accettata, perché ci sono fondati motivi di ritenere discriminatorio il comportamento del Comune stesso.

La tesi è che anche la frequenza dei centri estivi rientra nel diritto all'istruzione che non può essere negato a nessun bambino, al di là della condizione dei suoi genitori.

¹¹ Corte di Cassazione Ordinanza del 27 maggio 2008 n. 13849.

¹² Consiglio di Stato Decisione del 29 luglio 2008 n. 3793.

¹³ Corte di Cassazione Sentenza del 17 gennaio - 20 maggio 2009 n. 11803.

¹⁴ Corte di Cassazione Sentenza del 03 Aprile 2008 n. 8582, Corte di Cassazione Sentenza del 20 aprile - 28 maggio 2009 n. 12680.

¹⁵ Corte di Appello di Venezia, decreto del 22 aprile 2009, R.G. n. 112/2009.

¹⁶ Corte di Cassazione - Sentenza 29 aprile - 14 novembre 2008, n. 27224.

¹⁷ Tribunale di Milano - ordinanza depositata in data 11 Febbraio 2008.

Ha fatto invece meno notizia l'importante riconoscimento del principio giuridico secondo il quale *i familiari superstiti del cittadino extracomunitario deceduto in un incidente stradale hanno diritto ad accedere al risarcimento del danno a prescindere dalla cittadinanza e senza la verifica della condizione di reciprocità*¹⁸.

4. Soggiorno, lavoro e titolo di lunga durata: il diritto del debole è sempre diritto debole?

Sono state numerose le sentenze che hanno riguardato in generale la stabilizzazione dello straniero nel territorio italiano, anche dal punto di vista socioeconomico e del welfare.

Per vari anni il tema del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno aveva posto poche questioni presso le aule giudiziarie, fatta eccezione per i casi *borderline* di revoca o diniego del titolo di soggiorno – specie per la presenza di condanne per determinati reati. Con alcune Direttive ministeriali del 2006 e del 2007 sembravano risolti i dubbi generali circa la legittimità del soggiorno e delle facoltà da riconoscere all'interessato nelle more del rilascio/rinnovo del permesso che abilita al lavoro, ma col tempo sono emerse nuove problematiche.

Infatti le modifiche alle procedure per il rilascio/rinnovo del permesso stesso, il numero crescente degli interessati e i tempi di attesa per le conclusioni dei procedimenti, con tutte le situazioni che possono concretizzarsi nel mentre, hanno costituito nuovi temi per la giurisprudenza amministrativa e civile.

In generale, nel considerare le problematiche relative alla autorizzazione al soggiorno, anche di lungo periodo, e alle possibilità di svolgere determinate attività lavorative, la giurisprudenza amministrativa e civile si è richiamata frequentemente ad alcuni criteri e principi generali, ossia:

- *anche in questi casi si tratta di un procedimento amministrativo e l'art. 10-bis della legge n. 241/90 che è stato introdotto dalla legge n. 15 del 2005 si applica anche in questi casi al fine di consentire il contraddittorio tra privato ed amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo, allo scopo, quindi, di far interloquire il privato sulle ragioni ritenute dall'amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza. Il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno è un procedimento ad istanza di parte, cui si applica, quindi, la suddetta disposizione*¹⁹;
- *il provvedimento finale sull'istanza di rilascio o rinnovo del titolo di soggiorno deve essere necessariamente aggiornato con l'acquisizione di nuovi elementi istruttori allorquando, tra la formazione dell'atto ove si è cristallizzata la valutazione dell'autorità amministrativa relativa ad elementi di carattere variabile e la notifica del provvedimento, sia intercorso, come nel caso di specie, un lungo lasso di tempo, in quanto la determinazione dell'autorità amministrativa non può restare insensibile alle modificazioni della situazione di fatto o di diritto intervenute prima della notifica*²⁰. Infatti i nuovi elementi sopraggiunti devono essere presi in considerazione per il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5 comma 5 del Testo Unico Immigrazione²¹;
- *i tempi e gli eventuali ritardi della Questura nei rinnovi e rilasci dei titoli di soggiorno devono essere giustificati.*

¹⁸ Cassazione Civile, Sentenza del 7 maggio 2009 n. 10504.

¹⁹ [Consiglio di Stato, Sentenza del 18 novembre 2008 - 2 febbraio 2009, n. 552.](#)

²⁰ TAR Veneto 3 Sentenza del luglio 2008 n. 2872.

²¹ In esso si prevede che "Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 22, comma 9, e *sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili*. Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale".

In merito al primo aspetto, vi sono state pronunce che hanno affermato che *é illegittimo il diniego del rinnovo in caso di mancato aggiornamento del permesso di soggiorno, ossia per omessa comunicazione di variazione del proprio domicilio abituale, in violazione dell'art. 6 comma 8 D. Lgs. n. 286/1998*²². L'art. 10 bis, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 15/2005, dispone che nei procedimenti ad istanza di parte l'amministrazione, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica al richiedente i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, al fine di consentire all'interessato di presentare osservazioni e documenti entro il termine di dieci giorni. Dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni di parte è dato conto nella motivazione del provvedimento finale. La norma ha una portata generale, e va letta in senso non restrittivo, pena la vanificazione dell'intento legislativo di valorizzare il contraddittorio e in definitiva il dialogo tra soggetti privati – stranieri inclusi²³ - e istituzioni. La norma si applica pertanto a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte (qual è quello per il rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno), ad eccezione di quelli espressamente esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali). In tal senso sono stati considerati illegittimi provvedimenti di diniego del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno per mancata notifica del preavviso di comunicazione dei motivi ostativi – ovvero di genericità della indicazione degli stessi - e violazione della ratio legis e del principio del contraddittorio²⁴. Tale aspetto interpretativo dei limiti delle modalità di esercizio del potere discrezionale delle Questure non risulta risolto definitivamente. Infatti negli ultimi mesi vi sono stati orientamenti anche in senso quasi opposto, affermati ad esempio dal TAR della Lombardia²⁵ e dal TAR Piemonte²⁶.

I rapporti Amministrazione – stranieri sono stati esaminati anche per quanto riguarda le possibilità di ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno a seguito di modifiche della situazione economica e occupazionale dell'interessato.

Vi sono stati alcuni casi giurisprudenziali nei quali è stato ritenuto *legittimo il diniego del secondo e consecutivo rinnovo permesso per attesa occupazione, in specie per lo straniero che non risultava iscritto alle liste di collocamento*²⁷, specie quando l'interessato non aveva prodotto alcuna documentazione attestante un'attività lavorativa in atto prima della scadenza²⁸

Va detto, però, che il prevalente orientamento della giurisprudenza assunto in questi ultimi 15 mesi è di segno diverso.

Si è a sua volta consolidato il principio secondo il quale è *illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno basato solo su un'istruttoria che abbia scrutinato solo il periodo antecedente la scadenza del permesso, senza considerare le sopravvenienze che, se valutate, avrebbero consentito il rilascio dell'atto richiesto*²⁹. In taluni casi è stato anche considerato *ammisibile il rinnovo tardivo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro in caso di esistenza del contratto di soggiorno, così come ha diritto al rinnovo del permesso di soggiorno l'extracomunitario in attesa di occupazione se un datore di lavoro è disponibile ad assumerlo, anche se non vi è ancora il contratto, ma magari solo il contratto di soggiorno*³⁰.

²² TAR Liguria Sentenza del 13 novembre 2008 n. 1975.

²³ Anche ai sensi dell'art. 2 comma 5 del Testo Unico Immigrazione,: "Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge."

²⁴ TAR Liguria 31 gennaio 2008 n. 130 e TAR Lombardia 24 ottobre 2008 n. 1413 e, più recentemente, la decisione n. 552/2009 della VI Sezione del Consiglio di Stato. Uno dei più risalenti precedenti risulta essere il Tar Toscana, Sentenza 14 Luglio 2003 n. 2797: "Nel caso in cui venga revocato il permesso di soggiorno, senza comunicare l'avvio del procedimento ex art. 7 della Legge 7 agosto 1990 n. 241, il provvedimento è illegittimo".

²⁵ TAR Lombardia Sentenza del 15 Settembre 2008 n. 4070.

²⁶ TAR Piemonte Sentenza del 28 Aprile 2008 n. 857.

²⁷ TAR Lazio Sentenza del 24 aprile 2008 n. 3541, TAR Lombardia Sentenza dell'8 Maggio - 17 giugno 2008, n. 2083.

²⁸ [Consiglio di Stato Sentenza del 29 gennaio 2009 n. 478.](#)

²⁹ Consiglio di stato decisione del 26 febbraio - 6 maggio 2008 n. 1990, TAR Veneto - sentenza del 5 giugno 2008 n. 1664, TAR Veneto Sentenza del 18 novembre 2008 n. 3586, TAR Veneto Sentenza del 23 marzo 2009 n. 745, TAR Lombardia Sentenza del 17 giugno 2008, n. 2084.

³⁰ TAR Emilia Romagna sentenza n. 222 del 14 Febbraio 2008, Consiglio di Stato - Decisione del 22 Maggio 2007 n. 2594.

Anche i tempi del rinnovo o rilascio del titolo di soggiorno sono stati in vari casi oggetto di ricorsi. Va ricordato che per legge si prevede che *il permesso di soggiorno sia rilasciato, rinnovato o convertito entro venti giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda* (art. 5 comma 9 TUI) e che *il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo è a tempo indeterminato ed è rilasciato entro novanta giorni dalla richiesta* (art. 9 comma 2 TUI), ma le Questure normalmente disattendono tali termini ritenendoli semplicemente indicativi e non perentori.

Varie decisioni³¹ hanno ritenuto invece illegittimi tali ritardi, specie in casi di ricorsi preceduti da formali messe in mora delle Questure, e a volte si è anche presa in considerazione la eventuale possibilità di ammettere una richiesta di risarcimento del danno³².

Il radicamento nel territorio da almeno 5 anni da parte di numerosi stranieri ha aumentato i casi di richiesta del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, così come di quelli per i propri familiari ricongiunti successivamente, creando nuova casistica e nuova giurisprudenza.

Solo a seguito di alcune sentenze si è chiarito che *al cittadino straniero può essere rilasciato il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, in considerazione della durata del soggiorno, dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo, nonostante le pregresse vicende anche di rilievo penale, anche se il richiedente ha un contratto di lavoro a tempo determinato*³³, e che *il familiare del cittadino extracomunitario titolare del permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti può avere accesso al medesimo titolo di soggiorno anche qualora non abbia maturato personalmente il periodo di soggiorno quinquennale sul territorio dello Stato. La verifica di tale requisito va fatta soltanto con riferimento al richiedente principale e non anche ai suoi familiari*³⁴.

Con riferimento al titolo di soggiorno di lunga durata, o meglio alla non necessità di essere formalmente titolare di siffatto permesso, vanno ricordate due importanti sentenze della Corte Costituzionale, alle quali ora stanno seguendo alcune decisioni di Tribunali civili³⁵.

Con la sentenza n° 306 del 29/30 luglio 2008 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della Legge 388/2000 (Legge Finanziaria per l'anno 2001) e dell'art. 9, comma 1, del D.Lgs. 286/1998 – come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 – nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, non possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito e soggiorno già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Con la sentenza n. 11 del 2009 (depositata il 23 gennaio 2009), la Corte costituzionale ha stabilito l'incostituzionalità delle norme di cui all'art. Art. 80, c. 19°, della legge 23/12/2000, n. 388, in combinato disposto con l'art. 9, c. 1°, del decreto legislativo 25/07/1998, n. 286, in relazione alla legge 11/02/1980, n. 18 e all'art. 12 della legge 30/03/1971, n. 118, nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità possa essere attribuita agli stranieri soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Quello che viene meno dopo le sentenze della Corte Costituzionale è il requisito che lo straniero regolarmente soggiornante possa ottenere la indennità di accompagnamento o la pensione di inabilità soltanto qualora sia titolare della carta di soggiorno/permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo

³¹ TAR Veneto, Sentenza del 25 febbraio 2009, n. 472; TAR Lazio Sentenza 10 luglio 2008 n. 6642; TAR Lazio Sentenza del 14 maggio - 4 giugno 2008 n. 5490, TAR Umbria Sentenza del 23 gennaio - 7 febbraio 2008 n. 51.

³² TAR Veneto Sentenza del 16 settembre 2008 n. 2876, TAR Lazio Sentenza del 4 maggio 2009 n. 4543.

³³ TAR Emilia Romagna Sentenza 22 maggio - 6 giugno 2008 n. 2340; TAR Emilia Romagna Sentenza del 22 aprile 2008 n. 1525.

³⁴ TAR Umbria Sentenza del 28 maggio 2009 n. 263.

³⁵ Ad esempio la Ordinanza del Tribunale di Genova, sez. lavoro, del 17 aprile 2009, sulla possibilità di ottenere l'assegno di invalidità anche con il permesso di soggiorno, e la Sentenza del Tribunale di Spoleto del 3 Luglio 2009, n. 147.

periodo. Pertanto, ora tali misure saranno erogabili ad esempio a tutti gli stranieri inabili al lavoro regolarmente soggiornanti, ed in possesso del permesso di soggiorno della durata di almeno un anno (ovvero i minori iscritti sul permesso di soggiorno), che possano dimostrare di soggiornare regolarmente nel territorio italiano da almeno cinque anni. Nella ultima citata sentenza, infatti, la Corte Costituzionale ha fatto esplicito richiamo al suo precedente giurisprudenziale (sentenza n° 306 del 29/30 luglio 2008). In entrambi i casi, il giudice delle leggi non ha voluto censurare per intero la norma della legge finanziaria 2001 che ha subordinato per gli stranieri extracomunitari l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale che costituiscono diritti soggettivi al possesso della carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti), ma si è limitato a dichiararne l'illegittimità soltanto con riferimento ai requisiti reddituali e di alloggio che sono il presupposto per il rilascio del suddetto titolo di soggiorno. La Corte, invece, non ha voluto intaccare l'ulteriore requisito della durata quinquennale del soggiorno del cittadino straniero in Italia, già stabilito ai fini del rilascio del permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, con la motivazione che tale requisito non era stato oggetto di valutazione da parte del giudice remittente. Tale requisito, pertanto, rimane attualmente in vigore.

Circa le possibilità di accesso al lavoro, oltre ad una singolare pronuncia in base alla quale *il permesso di soggiorno rilasciato per motivi religiosi può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato "fuori quota"*³⁶, è di interesse notare che, diversamente dall'interpretazione data dal Consiglio di Stato (con sentenza n. 2592/2003 e successivo n. 196/04 del 28 settembre 2004) e dalla Cassazione (con sentenza 24170 del 2006), vari Tribunali hanno nuovamente ribadito la possibilità di superare la riserva della cittadinanza italiana per accedere ad alcuni determinati lavori ovvero a concorsi nel pubblico impiego.

In tal senso in termini chiari il Tribunale di Parma³⁷ afferma che *il requisito della cittadinanza è irragionevole e discriminatorio ai fini dell'accesso al lavoro allorché si tratti di attività semplici realizzate dalla Pubblica Amministrazione nei suoi momenti meramente operativi; il requisito della cittadinanza può essere invece validamente richiesto solo in quanto riferito allo svolgimento di attività comportanti l'esercizio di pubblici poteri o di funzioni di interesse nazionale. Ragionamento analogo era stato formulato alcuni mesi prima dal Tribunale di Milano, secondo il quale va riconosciuta la possibilità anche per gli infermieri extracomunitari di essere inseriti a parità di titoli nelle procedure di stabilizzazione della pubblica amministrazione ovvero la partecipazione ad un concorso pubblico, in considerazione del principio di parità di trattamento previsto dalla Convenzione OIL 143/1975*³⁸.

Questo argomento sta creando un nuovo specifico tema per la giurisprudenza civile.

Sul punto sono significative le recenti sentenze che in certi casi riconoscono la cittadinanza come "un elemento non essenziale al tipo di concorso indetto", ad esempio per il rilascio della licenza di tassista (Tribunale di Firenze, sentenza depositata il 3 Giugno 2009).

Più recentemente il giudice del Tribunale del lavoro di Milano in un primo momento, nel giugno 2009, respingeva il ricorso di un giovane marocchino che voleva partecipare ad un bando di assunzione come operaio elettricista per l'azienda di trasporti pubblici milanese, in quanto ancora in vigore un Regio decreto 148 del 1931 che vieta alla azienda medesima di assumere dipendenti extracomunitari. In un secondo momento, con ordinanza del 21 luglio, lo stesso Tribunale ha riconsiderato quella norma del 1931 come "da ritenersi implicitamente abrogata" perché il Testo unico sull'immigrazione "garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti parità di trattamento o piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani".

Il collegio giudicante in questa seconda occasione si è richiamato tra l'altro alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che, nel noto caso Feryn (sentenza 10 luglio 2008, causa C-54/07) ha sostenuto

³⁶ [TAR Lazio, sentenza del 6 febbraio 2009 n 1206](#). La motivazione che ha portato ad ammettere questa possibilità di conversione è interessante. Il TAR ha infatti affermato che detta conversione è ammissibile perché nel Testo Unico e nel Regolamento di attuazione non si trova espressa disposizione contraria a detta ipotesi.

³⁷ Ordinanza del 13 Maggio 2009.

³⁸ Tribunale di Milano - Sezione Lavoro - Ordinanza depositata il 31 luglio 2008, Tribunale di Milano - Sezione Lavoro - Sentenza depositata il 30 maggio 2008: *anche gli infermieri extracomunitari, per parità di trattamento, vanno inseriti a parità di titoli nelle procedure di stabilizzazione della Pubblica Amministrazione*. In tal senso anche il Tribunale di Parma, Ordinanza del 5 Maggio 2009.

che una discriminazione vietata dalla direttiva europea n. 2000/43 (direttiva "Razza") si realizza anche laddove un datore di lavoro dichiara pubblicamente la sua "intenzione" di assumere solo lavoratori di una certa nazionalità.

Il collegio giudicante del Tribunale di Milano ha affermato infatti che le imprese del trasporto pubblico urbano ed interurbano sono a tutti gli effetti società per azioni e dunque non sono datori di lavoro pubblici, nella definizione di cui alla legge n. 165/2001 e, pertanto, i rapporti di lavoro in seno ad esse hanno natura privatistica. Per tale ragione è tenuto conto anche di un criterio di ragionevolezza in relazione alla natura delle mansioni relative alle posizioni di lavoro selezionate, tra cui quella di interesse del ricorrente di operaio elettricista, si deve certamente escludere che vi sia una qualunque esigenza pubblicistica a limitare l'accesso al lavoro in tali imprese ai soli lavoratori di nazionalità italiana o comunitaria.

Il giudice ha quindi dichiarato "discriminatorio", da parte di Atm Spa, richiedere la cittadinanza italiana o di stato europeo come requisito di assunzione. L'azienda dovrà subito eliminare questo requisito dalle sue offerte di lavoro, aprendo agli immigrati.

5. Italiani si diventa. Se lo concede il Ministero

Nel *Rapporto 2009* dell'Osservatorio Regionale sull'Immigrazione si è ricordato che una quota crescente di popolazione fuoriesce dalla schiera dei cittadini stranieri, e quindi di fatto scompare dal bilancio demografico riferito a questa componente, anche in virtù della acquisizione della cittadinanza italiana, che può avvenire o a seguito di matrimonio con cittadina/o italiana/o, ovvero per residenza continuativa.

La normativa in materia di cittadinanza dovrebbe entro breve subire alcune modifiche a seguito della entrata in vigore del cosiddetto "pacchetto sicurezza": in base a tali nuove previsioni l'acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio potrà avvenire dopo due anni di residenza nel territorio dello Stato (dopo il matrimonio) o dopo tre anni nel caso in cui il coniuge si trovi all'estero, con tempi dimezzati solo se sono nati figli in costanza di detto matrimonio (le precedenti disposizioni prevedevano un termine di sei mesi di convivenza e residenza in Italia dopo il matrimonio).

Tali nuove previsioni non dovrebbero cambiare alcuni orientamenti affermati dalla giurisprudenza, specie con riferimento al caso di domanda di cittadinanza per residenza.

La sua concessione continuerà ad essere atto discrezionale della Autorità: *"a fronte dell'istanza volta alla concessione della cittadinanza, l'Amministrazione dell'Interno gode di un'ampissima discrezionalità potendo valutare con rilevanti margini di apprezzamento la sussistenza di uno specifico interesse pubblico al rilascio della concessione"*³⁹ anche se, *"pur essendo la concessione della cittadinanza atto di natura discrezionale, detta discrezionalità non potrebbe sfociare nell'arbitrio" e richiederebbe comunque "motivazioni congrue e rispondenti alla realtà dei fatti"*⁴⁰. Infatti, come è stato ribadito in altra occasione, *"nell'applicazione della normativa in materia di cittadinanza trovano ingresso i principi generali regolanti l'attività della pubblica amministrazione, tra i quali quello relativo all'obbligo della motivazione dell'atto amministrativo, e questo non significa che a tal fine basti una motivazione per relationem o sinteticamente richiamante conferenti pronunce giurisprudenziali"*⁴¹.

Condizioni generali per presentare la domanda di cittadinanza per residenza decennale sono appunto una pregressa e continuativa residenza decennale nel territorio italiano e la disponibilità di redditi adeguati.

In merito al primo elemento si è precisato che *"il requisito della residenza decennale deve essere posseduto ininterrottamente alla data di presentazione della domanda di acquisto della cittadinanza italiana"*⁴²: per configurare il presupposto della "residenza legale ultradecennale" richiesto dall'art. 9 della legge, non è sufficiente il mantenimento di un'ininterrotta situazione fattuale di residenza, ma è necessario che la stessa sia stata accertata in conformità alla disciplina interna in materia di anagrafe⁴³.

³⁹ Consiglio di Stato Sentenza del 25 marzo 2009 n. 1788.

⁴⁰ Consiglio di Stato Decisione del 25 giugno 2008, n. 3213.

⁴¹ TAR Veneto Sentenza del 7 luglio 2008, n. 1958.

⁴² TAR Lombardia Sentenza del 14 novembre 2008 n. 1637.

⁴³ TAR Veneto Sentenza del 6 ottobre 2008 n. 3125.

Circa il requisito del reddito, oltre a confermarsi che nella valutazione dei requisiti reddituali è possibile considerare il reddito prodotto dall'intero nucleo familiare e non solo quello dell'istante⁴⁴, è interessante segnalare il fatto che si possono pure prendere in considerazione anche le somme percepite dal ricorrente come risarcimento da infortunio sul lavoro⁴⁵.

I tempi intercorrenti tra domanda e risposta (discrezionale) del Ministero in vari casi superano i due anni, e, come ha sostenuto il Tar della Lombardia⁴⁶, *"il termine per la definizione dei procedimenti di cui al D.P.R. n. 362/1994 è di settecentotrenta giorni dalla data di presentazione della domanda ed è ordinatorio nel senso che l'amministrazione conserva il potere di decidere anche dopo la scadenza – in quanto il silenzio non ha un valore legale tipico – ma la circostanza che il provvedimento tardivo sia legittimo non elide l'illegittimità del ritardo stesso"*.

Nel diverso caso di domanda di cittadinanza a seguito di matrimonio con cittadina/o italiana/o, si è ribadita a sua volta la interpretazione già formulata anni fa dalla Cassazione: *nel caso di acquisto della cittadinanza per matrimonio con un cittadino italiano, l'art 8, comma 2 della legge n. 91 del 1992, assegna alla competente Autorità amministrativa un termine perentorio di due anni per pronunciarsi sulla relativa istanza, con la precisazione che, una volta decorso tale termine, resta preclusa all'Amministrazione l'emanazione del decreto di rigetto della domanda di cittadinanza, venendo ad operare nel caso di specie una sorta di silenzio assenso sulla relativa istanza*⁴⁷

Da ricordare, infine, con riferimento prevalente al Testo Unico Immigrazione e alla previsione ivi contenuta di divieto di esecuzione delle espulsioni degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto (con l'introduzione del pacchetto sicurezza si ridurrà al secondo) grado o con il coniuge, di nazionalità italiana, che per il Tribunale di Reggio Emilia *"il termine nazionalità non ha alcuna specifica denotazione sul piano del linguaggio giuridico e giuridicamente deve essere ritenuta equivalente alla nozione di cittadinanza, né si rammenta alcun precedente giurisprudenziale che autorizzi la distinzione proposta, atteso che nella giurisprudenza della S.C. l'uso dell'uno e dell'altro termine appare del tutto indifferente"*⁴⁸.

6. Se il biglietto aereo è troppo caro...

Il tema della immigrazione irregolare e dei provvedimenti di allontanamento sono stati solo marginalmente trattati nel *Rapporto 2009* dell'Osservatorio Regionale sull'Immigrazione, mentre, specie a seguito del cambio di Governo nel 2008, sono diventati un tema centrale nella nuova produzione normativa e nella recente giurisprudenza.

Questioni frequenti continuano ad essere quelle della legittimità formale dell'ordine di espulsione e della sua legittimità nella esecuzione ovvero la sussistenza di giusti motivi nella inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio.

La Cassazione penale ha infatti ritenuto che *l'ordine di lasciare il territorio nazionale, entro il termine di cinque giorni, emesso dalla Questura ai sensi del comma 5-bis dell'art. 14 D.Lgs. n. 286/1998 a seguito di decreto di espulsione, deve essere adeguatamente, benché succintamente, motivato: nel provvedimento di invito ad allontanarsi emesso dal Questore a seguito di espulsione prefettizia sussiste l'obbligo di motivazione che non può essere soddisfatto attraverso il mero richiamo al provvedimento prefettizio di espulsione perché diversi sono i presupposti dell'uno e dell'altro provvedimento e diverso ne è l'oggetto*⁴⁹.

Come noto, vi sono previsioni di illeciti penali collegate al tema dell'ingresso e del soggiorno irregolare degli stranieri, sia per i datori di lavoro o locatori che per i medesimi stranieri irregolari.

Per la Cassazione l'art. 22, comma 10, T.U. Immigrazione (il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno), si riferisce a qualsiasi

⁴⁴ Consiglio di Stato Decisione del 2 marzo 2009 n. 1175.

⁴⁵ Così il TAR Veneto, con Sentenza del 28 aprile 2008 n. 1138.

⁴⁶ TAR Lombardia Sentenza del 5 maggio 2009 n. 913.

⁴⁷ TAR Marche Sentenza del 10 settembre 2008 n. 1550; TAR Lazio Sentenza del 4 marzo 2009 n. 2238.

⁴⁸ [Ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 9 aprile 2009.](#)

⁴⁹ Corte di Cassazione - Sentenza 10 dicembre 2008 - 9 gennaio 2009, n. 394.

attività di lavoro svolto alle dipendenze, anche quello a termine, giornaliero e pure occasionale, purché vi sia concreta occupazione lavorativa come rapporto subordinato⁵⁰, mentre invece è lecita la locazione ai clandestini se il canone è equo⁵¹

Per la Cassazione, più recentemente, e dopo alterni orientamenti, non commette reato l'immigrato irregolare che non abbandona il paese perché non ha mezzi sufficienti per sostenere le spese del biglietto aereo, nonostante l'espulsione.

La Corte con la Sentenza n. 23812 del 9 giugno 2009 ha dato ragione ad un cittadino guatemalteco che non aveva ottemperato all'ordine di allontanamento del questore perché, con il suo lavoro di badante guadagnava fra i 400 e i 500 euro al mese mentre il biglietto aereo per il Guatemala costava 1200 euro.

Pertanto non commette reato "l'immigrato clandestino che, nonostante sia stato espulso, resta in Italia perché guadagna troppo poco per sostenere le spese del biglietto aereo che lo riporta nel suo paese d'origine. Non è infatti sufficiente che abbia abbastanza soldi per varcare la frontiera".

7. Osservazioni conclusive

L'impressione che si ha dal quadro generale è quella di un legislatore e di un amministratore impegnati a cercare continuamente un equilibrio tra istanze garantiste e di riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri e dei loro familiari, così come riconosciuti anche da disposizioni internazionali, e le esigenze di sicurezza o di contrasto di eventuali abusi o indebite richieste gravanti sul sistema pubblico di welfare. L'effetto di tale continuo "fare e disfare" normativo, già notato in altri studi, è quello di una produzione di disposizioni "a fisarmonica" o col "complesso di Penelope": in un momento (e in una data Amministrazione) viene disposta una serie di provvedimenti che determinano una certa dimensione delle facoltà e dei diritti attribuiti agli stranieri e ai propri familiari, e in un momento successivo i medesimi vengono ridotti o ampliati e così via, determinando una situazione di incertezza e di variabilità che mal si concilia con le caratteristiche fondamentali delle norme di legge, ossia certezza e stabilità. Tali gap, come si è visto sopra, a volte trovano l'occasione di venire riequilibrati o bilanciati a seguito di decisioni delle autorità giudiziarie.

Le interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza si rivelano generalmente attente e sensibili ad una lettura del dato normativo in chiave attuale e di risposta non solo alle esigenze securitarie, ma anche per adeguare il mondo del lavoro e dei diritti di cittadinanza in senso ampio al nuovo complesso di legami e posizioni – giuridiche e socioeconomiche, e più in generale personali – che caratterizzano il moderno contesto italiano.

⁵⁰ Cassazione penale - Sentenza 5 Agosto - 11 settembre 2008 n. 35112.

⁵¹ Cassazione penale Sentenza del 7 maggio 2009 n. 19171.