

## LA SINDROME DI KAFKA, IL VAGLIO GIUDIZIALE ON A CASE-BY CASE BASIS E L'ASTRATTISMO VALUTATIVO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA. LA DIRETTIVA 2004/38/CE NEL FILTRO GIURISPRUDENZIALE

*Sommario: 1. L'ambivalenza della Direttiva, inizialmente reticente sui limiti al diritto di circolazione e soggiorno per i cittadini dell'Unione. 2. Regola e deroga nel filtro dell'interpretazione giurisprudenziale: l'impostazione dell'analisi. 3. Il caso giurisprudenziale (Corte di giustizia dell'Unione Europea 2 maggio 2018) e la Convenzione di Ginevra del 1951. I fatti all'origine della decisione della CGUE (causa C-331/16), sulla controversia K. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. 4. I fatti che hanno originato la decisione della CGUE 2 maggio 2018 (causa C-366/16), sulla controversia H.F. contro Belgische Staat 5. La paratassi delle due decisioni. 6. La Corte versus "l'automatismo delle due esclusioni". Il potere iussivo di allontanamento e l'usbergo inserito all'art. 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/UE. 7. La vicenda K (monogramma evocativo del noto personaggio kafkiano). 8. La quaestio del bilanciamento degli interessi e le lacune della sentenza. Il masso di Tantalo. 9. Il prepostulato della meritevolezza della permanenza territoriale nel Paese ospitante. 10. Il sistema d'informazione Schengen (SIS). 11. Una diversa interpretazione della Direttiva 2004/38/CE [caso giurisprudenziale 22 maggio 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300)]. 12. L'attualità della minaccia per un interesse fondamentale desunta dal lungo arco di tempo in cui l'autore ha coartato e coinvolto la vittima (minore) nella sua condotta abusiva mai negata e neppure rinnegata con atti di resipiscenza, indice predittivo di una personalità intrinsecamente ed irreversibilmente segnata e turbata. 13. Potere dispositivo in Italia (incidente sulla c.d. libera circolazione), riferito al T.U.I. (cenni). 14. L'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente a uno Stato membro dell'Unione europea*

### 1. L'ambivalenza della Direttiva, inizialmente reticente sui limiti al diritto di circolazione e soggiorno per i cittadini dell'Unione

La direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, « relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga » talune direttive <sup>1</sup>, nel quadrante di tale formula d'esordio appare reticente nella sintesi, poiché lascia fuori il riferimento ai limiti a siffatto diritto.

---

\* Avvocato, docente a contratto di Diritto e procedura penale dell'Unitelma Sapienza.

<sup>1</sup> Direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, pag. 77). In dottrina, specialmente, v. F. Viganò, *Libertà di circolazio-*

Questi, nel *corpus* regolativo, sono dettati ed espressamente previsti e dunque il cenato diritto (di circolazione e soggiorno nello spazio degli Stati membri), sul piano dell'articolazione normativa, non nasce assoluto, ma declinabile per la rilevanza e l'impatto delle opposte esigenze.

Dunque, "diritto limitato" può dedursi, perché, nell'impianto che regge la direttiva, il segnalato diritto conta aree di espansione e zone di temperamento. Tale assetto risulta dall'ordine della mappatura generale che, anzitutto, prevede il diritto di soggiorno, sia al Capo III (artt.6-15) che al Capo IV (artt.16-21), in quanto sdoppiato, cioè suddiviso in soggiorno temporaneo e soggiorno permanente, e accompagnato dall'appendice della normativa comune alle due forme di soggiorno al Capo V (artt.22-26). In secondo luogo, al capo VI sono fissate le « limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica » (artt.27-33).

Limiti - potrebbe dirsi - prima non "annunciati" (abbinati al diritto di circolazione e soggiorno) e poi "enunciati", *per tabulas*.

Le ragioni delle limitazioni, di matrice legale, d'altra parte, circoscrivono e guidano il giudizio di bilanciamento del diritto riconosciuto, e costituiscono un freno per l'autorità che adotta il provvedimento concreto in quanto deve motivarlo, *secundum legem*.

## 2. Regola e deroga nel filtro dell'interpretazione giurisprudenziale: l'impostazione dell'analisi

La direttiva, per quanto precede, contiene i due versanti della regola e della deroga.

La presente analisi si occuperà prevalentemente del secondo versante, quello della deroga, cioè della "disapplicazione" della regola nell'ipotesi in cui le ragioni di quella prevalgono su questa, nel caso concreto e in via interpretativa, nel filtro delle diverse correnti giurisprudenziali, evidenziando e sottoponendo a vaglio il relativo grado di plausibilità. E così la direttiva si trova, attualmente, nell'incudine della *vis* interpretativa e quando la giurispruden-

---

ne, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 97. Altresì, v. P. De Pasquale, *Il trattamento degli « stranieri lungo soggiornanti » fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, a cura di S. Amadeo e F. Spitaleri, Torino, 2015, 31 s. e, in precedenza, A. Algostino, *Note sulla titolarità della libertà personale e di circolazione e soggiorno dello straniero extracomunitario*, in AA. VV., *Stranieri tra i diritti*, Torino, 2001, 25.

E. Zanrosso, *Diritto dell'immigrazione. Manuale pratico in materia di ingresso e condizione degli stranieri in Italia*, 2014, 40, richiama la ratifica in Italia (con d. lgs. 30/2007, "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri") e la successiva modifica con dlgs. 32/2008 (specialmente, per l'allontanamento di cittadini comunitari). Sull'attuazione della direttiva, giudicata « abbastanza soddisfacente », v. B. Nascimbene, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, prefazione di B. Conforti, a cura di M. Carta, rist., Roma, 2015, 15. Altresì, ad esempio, v. art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale stabilisce che « ogni persona ha diritto alla libertà di espressione » (e su cui, ad esempio, recentemente, v. CEDU, sez. III, sent. 6 giugno 2017, ric. n. 22998/13, Y contro Svizzera, in *Guida dir*, 2017, n. 27, 96).

za, per la sua incidenza nel terreno del c.d. diritto vivente<sup>2</sup>, diventa (per così dire) fonte del diritto<sup>3</sup>, cioè concorre e si inserisce nel sistema delle fonti, sebbene *extra formam*.

Incardiniamo sul banco di uno scrutinio analitico la giurisprudenza più recente, ciò che ci permette di fare il punto sullo “ stato dell’arte “ - di raccoglierne i contenuti e i risultati - e di guardare poi in controluce l’orientamento opposto, dando conto delle pronunce meno recenti.

L’autorevolezza delle fonti giurisprudenziali impone di conoscere il “ rendimento applicativo “ della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, cioè come la disposizione normativa deve intendersi, la sua estensione e la sua direzione.

### **3. Il caso giurisprudenziale (Corte di giustizia dell’Unione Europea 2 maggio 2018) e la Convenzione di Ginevra del 1951. I fatti all’origine della decisione della CGUE (causa C-331/16), sulla controversia K. contro *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie***

Nell’ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell’articolo 267 TFUE da parte di Corte di giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 2 maggio 2018<sup>4</sup>,

---

<sup>2</sup> Sul « diritto vivente nel processo costituzionale », v. A. Pizzorusso, *Organizzazione della giustizia*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 923 s.; AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi-M. Perini-A. Pisaneschi, Torino 2008 e R. Caponi, *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. Raia, *La gestione dei tempi dei processi costituzionali*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell’evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici, Torino 2010, 87 s.; mentre sulla « Costituzione scritta, costituzione vivente, costituzione materiale », si rinvia a C. Fusaro, *Una Costituzione in trasformazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, III, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna 1997, 348 s. e, da ultimo, R. Manfredi, *Potere economico e Costituzione materiale*, in *A. C. I.*, 3/2018.

Cfr. R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Milano, 2012, 12 s.; P. Armaroli, L’anniversario. I 70 anni della Costituzione. *La Carta fragile, eppure vincente*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 gennaio 2018, n. 9, 7.

<sup>3</sup> Cioè, del diritto applicato o “ praticato “.

In dottrina, v. A. Di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 s., in ordine al « fatto che la giurisprudenza sia fonte del diritto, certamente anche in materia penale »; G. Pino, *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, *ivi*, 167 s. Sulle « implicazioni della creatività del giudice o della giurisprudenza », si rinvia, ad esempio, a G. Alpa, *L’arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 5 s. Anche, cfr. G. Vidiri, *La certezza del diritto tra “ positivismo giuridico “ e “ giusnaturalismo “*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, n.4, 2016, 516, (e in richiamo di A. Alex, *Certezza del diritto e correttezza*, *ivi*, 2, 2014, 179-182).

V. Cass., sez. IV, sent. 4 novembre 2010, n. 38991, Q. B. e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 2, 185: « Il giudice non crea la legge, la rileva ». Sul ruolo del giudice, rispetto alla legge e la Costituzione, da ultimo, v. E. Lamarque, *La Costituzione interpretata dall’autorità giudiziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 62 s.

<sup>4</sup>Corte di giustizia dell’Unione europea Comunicato Stampa n. 58/18 Lussemburgo, 2 maggio 2018 Sentenza nelle cause riunite C-331/16 K. /*Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* e C-366/16 H. F. / *Belgische Staat* (Diritto di soggiorno e asseriti crimini di guerra). La necessità di limitare la libertà di circolazione e di soggiorno di un cittadino dell’Unione o di un suo familiare, sospettato di aver partecipato, in passato, a crimini di guerra, dev’essere valutata caso per caso. Tale valutazione implica un bilanciamento tra, da un lato, la minaccia costituita dalla persona di cui trattasi per gli interessi fondamentali della società di accoglienza e, dall’altro, la tutela dei diritti dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari.

La decisione è pubblicata in *Dirittifondamentali.it*, 2018. « Rinvio pregiudiziale - Cittadinanza dell’Unione europea - Diritto di libera circolazione e di libero soggiorno nel territorio degli Stati membri - Direttiva 2004/38/CE - Articolo 27, paragrafo 2, secondo comma - Limitazione del diritto d’ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica - Allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o

si sottopongono allo sforzo di una tensione interpretativa l'articolo 27, paragrafo 2, secondo comma, l'articolo 28, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul diritto dei cittadini dell'Unione (ed anche dei loro familiari) di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri <sup>5</sup>.

Nei quadranti di riferimento, il postulato è che gli Stati membri siano dotati del generale potere di limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare quando ricorrono i tre motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, che vengono configurati all'interno di provvedimenti. Quando questi vengono adottati per ra-

---

di pubblica sicurezza - Comportamento che rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società - Persona la cui domanda di asilo è stata respinta per motivi di cui all'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95/UE - Articolo 28, paragrafo 1 - Articolo 28, paragrafo 3, lettera a) - Protezione contro l'allontanamento - Soggiorno nello Stato membro ospitante durante i dieci anni precedenti - Motivi imperativi di pubblica sicurezza - Nozione ». Art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, riguardante la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. È previsto che « quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione ». Invece, quando una siffatta questione è sollevata nell'ambito di « un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile ».

Sull'Unione, v. A. La Pergola, *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, 815; M. Panebianco-P. Pennetta, *Unione europea*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. IX, Roma, 2001, 1 s. I due Trattati (Maastricht e Amsterdam) hanno conferito, a chi abbia la cittadinanza di uno Stato membro, una serie di distinti diritti e con il Trattato di Amsterdam «...è istituita una cittadinanza dell'Unione europea. La cittadinanza dell'Unione costituisce un completamento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima ». Per i due Trattati, v. P. Caretti- U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, 96 s.; I. Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2013, 21-22. Cfr. Regolamento (UE) n. 265/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2010, che modifica la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e il Regolamento (CE) n. 562/2006 per quanto riguarda la circolazione dei titolari di visto per soggiorni di lunga durata (in *Dir. imm. e citt.*, 2010, n. 2, 241 s.). Altresi, v. F. Politi, *Diritto pubblico*, Torino, 2015, 109, secondo cui « con l'introduzione della cittadinanza europea, gli individui sono assunti ad oggetto di considerazione da parte dell'ordinamento europeo ».

Sulla cittadinanza, per la manualistica, v., recentemente, P. Barile-E. Cheli-S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2016, 8 s.

<sup>5</sup> R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 439, nei seguenti termini esplicativi: « Molto vicina alla *libertà personale* è la libertà di circolazione e soggiorno: è evidente infatti che la prima comprende in qualche misura anche la seconda ». V., pure, nello stesso senso, A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, 481 « il che significa che limitazioni alla libertà di circolazione possono anche avvenire...attraverso provvedimenti dell'autorità amministrativa » e Caretti-De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, cit., 521 s. Così, « la libertà di circolazione e soggiorno va intesa come libertà " spaziale e residenziale ", ma anche come libertà di movimento » (in riferimento all'art. 16 Cost.) (Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, cit., 102). Cfr. T. Martines, *Diritto pubblico*, Milano, 2015, 457 s.

Protocollo Addizionale n.4 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (1963), art. 2. Libertà di circolazione: « 1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo », e su cui, recentemente, in dottrina, v. F. Viganò, art. 2 Prot. (Cedu).4, *Libertà di circolazione*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 353, che intende tale libertà come espressione di « libertà di movimento nello spazio ». In tema di soggiorno del richiedente protezione internazionale, v. Trib. Milano, n. 44718/2017, in *Quest. giust.*, 20 giugno 2018.

gioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono essere conformi con il principio di proporzionalità ed avuto riguardo al comportamento personale dell'interessato (profilo positivo), e senza che discendano automaticamente dall'intervento di condanne penali (profilo negativo). Detto comportamento personale deve denotare una minaccia caratterizzata (reale, attuale e sufficientemente grave) e quale fattore di pregiudizio per un interesse fondamentale della società. Ragioni extraindividuali e di prevenzione generale sono inammissibili (art. 27). Nel passaggio all'art. 28, quel potere di limitazione libertaria viene calato in un provvedimento che assume la forma dell'atto di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Quando intende adottarlo, lo Stato membro ospitante deve prendere in considerazione vari elementi che vengono fissati *ex ante* (la durata del soggiorno e l'età dell'interessato, il suo stato di salute e la sua situazione familiare e economica, nonché la relativa integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante come pure la consistenza dei suoi legami con il paese d'origine).

Una disposizione di " divieto relativo " nega l'uso di siffatto provvedimento di allontanamento nei confronti del cittadino dell'Unione (o di un suo familiare) quando questi sia titolare di un diritto di soggiorno permanente, se non per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. La deroga è estesa ai « motivi imperativi di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro » qualora l'interessato abbia soggiornato i precedenti dieci anni nel territorio dello Stato membro o sia minore (art.28, par. 3).

La domanda, nel caso di specie, duplice, appartiene e risale a due controversie principali: la prima intercorsa tra K. (che possiede la cittadinanza croata e della Bosnia Erzegovina <sup>6</sup>) e lo *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (segretario di Stato alla sicurezza e alla giustizia, Paesi Bassi) e riguarda una decisione dichiarativa della condizione di persona indesiderabile nel territorio dei Paesi Bassi (causa C-331/16), e la seconda tra H. F. e il *Belgische Staat* (Stato belga) riferita ad una decisione con cui è stato negato il diritto di soggiorno di più di tre mesi nel territorio belga (causa C-366/16).

K., a riprese, inoltra una prima domanda di permesso di soggiorno temporaneo in qualità di richiedente asilo <sup>7</sup>; rinnova la domanda di asilo il 27 luglio 2011, non accolta il 16 gennaio 2013, definitivamente respinta tramite la relativa conferma e per via della sentenza del *Raad van State* - cioè il Consiglio di Stato - del 10 febbraio 2014. Neppure l'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea segna una svolta: K., il 3 ottobre 2014, chiede allo *Staatssecretaris* la revoca del divieto di ingresso nel territorio e con decisione (ancipite) del 22 luglio 2015 lo *Staatssecretaris* accoglie tale domanda, ma al tempo stesso dichiara K. indesiderabile nel territorio dei Paesi Bassi,

---

<sup>6</sup> K. è arrivato nei Paesi Bassi il 21 gennaio 2001, unitamente alla moglie e ad un figlio minore (successivamente, il 27 aprile 2006 darà alla luce un secondo figlio): dopo tale data, soggiorna ininterrottamente nei Paesi Bassi.

<sup>7</sup> La prima, 2 febbraio 2001, è respinta il 15 maggio 2003, divenendo definitiva in coincidenza con la conferma della sentenza del *Raad van State* del 21 febbraio 2005.

in base all'articolo 67, paragrafo 1, lettera e), della legge sugli stranieri<sup>8</sup>. Perfino il reclamo presentato da K. è respinto con decisione datata 9 dicembre 2015, emblematica<sup>9</sup>.

Al riguardo, si pone in evidenza che gli erano noti i crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalle unità speciali dell'esercito bosniaco e aveva personalmente preso parte a tali crimini. Lo *Staatssecretaris* ha aggiunto che la presenza di K. nel territorio dei Paesi Bassi arrecava un *vulnus* alle relazioni internazionali del Regno dei Paesi Bassi, essendo necessario evitare che tale Stato membro divenisse un paese di accoglienza per persone rispetto alle quali sussistevano seri motivi di ritenere che avessero commesso gravi crimini. Bisognava evitare altresì, per assicurare la protezione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, che cittadini olandesi venissero a contatto con persone che nel loro paese di origine si erano rese colpevoli di gravi crimini previsti all'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra<sup>10</sup>. In possesso di tutti questi elementi di cognizione, lo *Staatssecretaris* ha concluso, da un lato, che K. rappresentasse una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società nei Paesi Bassi e, dall'altra, che il diritto al rispetto della vita privata e familiare non ostava a che K. fosse dichiarato indesiderabile<sup>11</sup>.

Il giudice del rinvio, in larga misura, “cambia l'ordine dei fattori”: il divieto di ingresso nel territorio dei Paesi Bassi è inapplicabile a K (può essere pronunciato solo nei confronti di cittadini di paesi terzi dopo l'adesione della Croazia all'Unione, e il diritto dell'Unione si applica alla situazione di K.), tuttavia è sostituibile con l'analogo strumento della dichiarazione di indesiderabilità (*mutato nomine*), revocabile.

---

<sup>8</sup>Articolo 67 della *Vreemdelingenwet* (legge sugli stranieri), del 23 novembre 2000 (Stb. 2000, n. 495): «1. Fatta salva l'applicazione della sezione 3, uno straniero può essere dichiarato indesiderabile: a. qualora soggiorni illegalmente nei Paesi Bassi ed abbia ripetutamente commesso atti perseguibili a norma della presente legge; b. qualora sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per un reato per il quale è prevista una pena detentiva non inferiore a tre anni oppure gli sia stato imposto un provvedimento quale quello contemplato dall'articolo 37a del codice penale; c. qualora rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale e soggiorni illegalmente nei Paesi Bassi ai sensi dell'articolo 8, lettere da a) a e), o lettera l); d. in forza di un trattato, o e. nell'interesse delle relazioni internazionali dei Paesi Bassi (...) 3. In deroga all'articolo 8, lo straniero dichiarato indesiderabile non può trovarsi in situazione di soggiorno regolare ».

<sup>9</sup> Infatti, questa richiama le precedenti decisioni - intervallate - del 15 maggio 2003 e del 16 gennaio 2013 entrambe di reiezione delle domande di asilo.

Altre due precedenti richieste vengono rigettate in quanto K si era reso responsabile di condotte ricomprese nel raggio dell'art.1, sez. F, lett. a), della Convenzione di Ginevra.

<sup>10</sup> Convenzione di Ginevra del 1951 - Convenzione sullo statuto dei rifugiati - Conclusa a Ginevra il 28 luglio 1951, art.1 sezione F, lettera a):

Le disposizioni della presente Convenzione non sono applicabili alle persone, di cui vi sia serio motivo di sospettare che: a) hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; c) si sono rese colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite.

<sup>11</sup> K. ha fatto valere le sue, diverse, ragioni con le doglianze inserite nel ricorso *versus* decisione 9 dicembre 2015 avanti il giudice del rinvio: a) insufficienza dei motivi a sostegno della decisione dello *Staatssecretaris*; b) esulanti dal perimetro dell'ordine pubblico le relazioni internazionali - pregiudicate o esposte a pregiudizio - di uno Stato membro; c) la ritenuta attualità della minaccia è riferita a fatti piuttosto “risalenti”, addirittura oltre due decenni; d) dilatazione eccessiva della nozione di « ordine pubblico »; e) indimostrata base fattuale della minaccia paventata: K. non è mai stato perseguitato né ha riportato una condanna gli addebiti mossi; f) quella minaccia, solo agitata, era incompatibile con il diritto dell'Unione.

D'altro canto, è asseverata l'esistenza di seri motivi che consentono di ritenere che K. si fosse macchiato di un crimine ai sensi dell'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra, per i suoi comportamenti nel periodo compreso tra l'aprile 1992 e il febbraio 1994, quando faceva parte di un'unità dell'esercito bosniaco ed altresì è accertato che K. abbia disertato nel febbraio 1994. La dichiarazione di indesiderabilità di K. sarebbe centrata solo su tali comportamenti.

Però, facendo leva sul notevole lasso di tempo trascorso, si pone (o impone) la *quæstio* se detti comportamenti possano essere considerati come una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38.

Dopo una serie di interrogativi, attentamente scanditi, la questione viene devoluta alla Corte <sup>12</sup>.

#### **4. I fatti che hanno originato la decisione della CGUE 2 maggio 2018 (causa C-366/16), sulla controversia H. F. contro *Belgische Staat***

L'altra vicenda *sub iudice* è quella relativa alla causa C-366/16, del 2 maggio 2018.

Il cittadino afgano H. F., ad un mese dal suo arrivo nei Paesi Bassi (7 febbraio 2000), ha presentato una domanda di asilo (6 marzo 2000), ma, con decisione della competente autorità dei Paesi Bassi del 26 maggio 2003, gli è stato negato lo *status* di rifugiato sulla base dell'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra. La sentenza del *Rechtbank te 's-Gravenhage* (Tribunale dell'Aia, Paesi Bassi) ha confermato tale decisione <sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> « Alla luce delle suesposte considerazioni, il *Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg* (Tribunale dell'Aia, sede di *Middelbourg*, Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) Se l'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva [2004/38] consenta che un cittadino dell'Unione, come nel presente caso, rispetto al quale è stata accertata giudizialmente l'applicabilità dell'articolo 1, sezione F, lettere a) e b), della Convenzione di Ginevra, venga dichiarato indesiderabile in quanto l'eccezionale gravità dei reati a cui si riferisce la citata disposizione della [Convenzione di Ginevra] conduce alla conclusione che si deve presumere che la minaccia che egli rappresenta per un interesse fondamentale della società è per sua natura costantemente attuale »;

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, come procedere, nel contesto di un esame finalizzato a dichiarare una persona indesiderabile, se il comportamento del cittadino dell'Unione...debba essere considerato come una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. In che misura sia rilevante al riguardo il fatto che dai comportamenti di cui all'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra - che hanno avuto luogo, nel caso di specie, fra il 1992 e il 1994 - sia trascorso...un lasso di tempo considerevole ».

<sup>13</sup> Siffatto Tribunale, anche successivamente, ha riaffermato la decisione del 9 gennaio 2006, con cui l'autorità competente dei Paesi Bassi ha rifiutato di rilasciare a H. F. un permesso di soggiorno temporaneo in tale Stato. Una volta divenuta definitiva la decisione del 26 maggio 2003, lo *Staatssecretaris* ha deciso l'espulsione di F. con divieto di ingresso nel territorio.

Chiarisce Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2004, n. 8423, *Thalahitiya Gamaralalage c. Prefettura Catania*, in *Codice dell'immigrazione commentato*, pref. M. Panebianco, Piacenza, 2016, 358 che asilo e rifugio politico, pur avendo connotazioni diverse, sono tuttavia accomunati sotto il profilo procedimentale, la domanda di asilo dovendo essere assistita dalle medesime formalità previste per la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, e in particolare occorrendo che sia accompagnata dalla richiesta di un permesso di soggiorno temporaneo, come disposto dall'art. 1, comma 5, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416 (convertito, con modificazione, dalla

Trasferitosi <sup>14</sup> in Belgio nel 2011 (insieme alla figlia), ha chiesto di soggiornarvi, però la domanda (del 5 ottobre 2011) di autorizzazione di soggiorno in Belgio, radicalmente, è stata respinta come irricevibile con decisione del *Gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administrative Vereenvoudiging* (delegato del segretario di Stato all'asilo e all'immigrazione, incaricato della semplificazione amministrativa, Belgio), 13 novembre 2012, il quale, nella stessa data, ha ordinato a H. F. di lasciare il territorio belga <sup>15</sup>. Il 21 marzo 2013, poiché la figlia aveva la titolarità della cittadinanza olandese, H. F. ha presentato, allo stesso delegato, una domanda diretta a ottenere un permesso di soggiorno in Belgio in qualità di familiare di un cittadino dell'Unione.

Il 12 agosto 2013 il delegato ha negato con un atto *ad hoc* il soggiorno e, al tempo stesso, ha ordinato di lasciare il territorio belga. Ripeteva l'ordine allorché, esitando una seconda istanza (20 agosto 2013) di H. F. avente ad oggetto il medesimo oggetto, precisamente in data 18 febbraio 2014, ribadiva il diniego di soggiorno. L'autorità giurisdizionale adita (belga) ha respinto il ricorso, con decisione divenuta irrevocabile <sup>16</sup>.

Il delegato, accedendo al fascicolo relativo all'asilo, ha appurato che H. F. aveva commesso i reati indicati all'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra, partecipando a crimini di guerra o crimini contro l'umanità, ovvero ordinando, in forza delle sue funzioni esercitate, di commettere tali crimini <sup>17</sup>. La natura e la gravità dei reati erano tali

---

legge 28 febbraio 1990, n. 39). Ne consegue che, in mancanza di prova (o anche della semplice allegazione), da parte dell'interessato, dell'avvenuta presentazione di una istanza di concessione del permesso di soggiorno in pendenza della domanda di asilo, la sola proposizione della domanda stessa non può costituire, di per sé, ostacolo alla espulsione dello straniero. In dottrina, v. G. Vismara, *Asilo (diritto di): Diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 198-202; F. Ricciardi Celsi, *Asilo (diritto di)* III, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, 1 s.; C. Morselli, *Immigrazione e diritti umani. Asilante e rifugiato*, in « *Journal Human Right* », 2009.

Sullo status di rifugiato, recentemente, v. Cass., 24 novembre 2017, n. 28152, in *Dir. imm. citt.*, 2018 (marzo), f. 1.

<sup>14</sup> Su ipotesi di trasferimento, v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. V, sent. 8 giugno 2017 – Causa C-111/17, in *Guida dir.*, 2017, n. 34, 30.

<sup>15</sup> Avverso le due decisioni ha interposto ricorso, per l'annullamento, ma in seguito vi ha rinunciato.

<sup>16</sup> Un diverso sbocco giurisdizionale ha avuto il ricorso di H. F. avverso il provvedimento di reiezione da parte del delegato (5 gennaio 2015) che, appunto, negava il soggiorno e ordinava, nuovamente, di lasciare il territorio, avuto riguardo ad una terza domanda presentata (18 settembre 2014) da H. F., intesa ad acquisire un permesso di soggiorno in qualità di familiare di un cittadino dell'Unione. Il provvedimento reietivo veniva posto nel nulla dal giudice competente belga il 17 giugno 2015.

Dopo tale annullamento, il delegato ha negato il soggiorno superiore a tre mesi ma, questa volta, senza impartire l'ordine di lasciare il territorio. Ricorreva, per l'annullamento, il destinatario, avanti il *Raad voor Vreemdelingenbetwistingen* (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, Belgio). Il delegato - secondo le indicazioni del giudice del rinvio - si era avvalso delle informazioni inserite nel fascicolo relativo alla procedura di asilo riguardante H. F. nei Paesi Bassi (in via esemplificativa, v. Cass. pen., sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30068, Pinori, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 115, secondo cui è legittima l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di provenienza estera di natura amministrativa, compiuti al di fuori di una specifica indagine penale, che in quanto tali non possono considerarsi sottoposti al regime proprio delle rogatorie internazionali).

<sup>17</sup> Per uno spunto, circa la nozione nucleare, v. Cass., sez. IV, sent. 21 dicembre 2017, n. 57181, Fodaroni, in *Guida dir.*, 2018, n. 13, 78: nell'ambito delle condotte punibili ex articolo 74, comma 1, del Dpr 9 ottobre 1990, n.309, deve definirsi " organizzatore " anche colui che, rispetto al gruppo già costituito, non si limiti ad attività intercambiabili e meramente esecutive del progetto criminoso comune, bensì assuma una funzione di fulcro nonché poteri gestionali: in tali termini la condotta si connota di quella maggiore pericolosità che la norma intende più pesantemente sanzionare per il superiore apporto alla vita associativa.



che non dovevasi dimostrare il rischio di recidiva<sup>18</sup>. Il giudice del rinvio segnala, ai fini della tenuta della sicurezza nazionale, che il riferimento è ad una persona a cui si è negato lo *status* di rifugiato, dieci anni prima e nei Paesi Bassi, aggiungendo che la vicenda deve inquadrarsi nel contesto del diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare, ex art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950<sup>19</sup>.

Poiché la decisione riguarda il diniego del diritto di soggiorno, dovrebbe effettuarsi il *test* denominato « *fair balance* ».

Così, il *Raad voor Vreemdelingenbetwistingen* (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri) ha sospeso il procedimento per sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale<sup>20</sup>.

Mediante una determinazione del presidente della Corte del 21 luglio 2016, le cause C-331/16 e C-366/16 sono state riunite ai fini delle fasi scritta e orale e della sentenza.

Riassuntivamente, questo il *petitum* del giudice del rinvio, e riguardante l'interpretazione adottabile dell'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38: per un cittadino il quale chiede il rilascio di un permesso di soggiorno sul territorio di uno Stato membro -

---

<sup>18</sup> D'altra parte, con il diniego di soggiorno risulterebbe soddisfatto il principio di proporzionalità, in quanto degli effetti si gioverebbero le vittime dei reati indicati, ma anche, più in generale, la società di accoglienza e l'ordinamento giuridico internazionale.

Cass., sez. III, sent. 13 luglio 2017, n. 34356, Abilone, in *Guida dir.*, 2018, n. 2, 96, distingue tra astratta gravità del titolo di reato e considerazione della concreta condotta perpetrata, in rapporto al contenuto e alle circostanze fattuali che la connotano.

<sup>19</sup> In tema, v. C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2013, 305 s., rinviandosi per le decisioni, indicate, di M.C. c. Bulgaria, 4 dicembre 2003, *Raccolta*, 2003-XIII, par. 148 s. per la vita privata, e quelle di Corte, Iglesias Gil a A.U.I. c. Spagna, 29 aprile 2003, *Raccolta*, 2003-V, par. 47 s.; Corte, Maire c. Portugal, 26 giugno 2003, *Raccolta*, 2003-VII, par. 68 s. V. Cass., ord. VI-I n. 2875/2018, Pres. Dogliotti M. – Rel. Lamorgese A.P., in *Dir. imm. citt.*, 2018, su Asilo e Protezione internazionale.

Cfr., per una diversa fattispecie, CEDU, sez. I, sent. 27 settembre 2018, n. 57278, in *Guida dir.*, 2018, n. 43, 38, con cui Strasburgo censura la normativa italiana in tema di perquisizione, in quanto non prevede sufficienti garanzie a monte o a valle contro determinati rischi, riconoscendo la violazione dell'art. 8 CEDU che disciplina il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare; mentre sulla « ingerenza nei diritti fondamentali » sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. CGUE – Grande Sezione – sent. 2 ottobre 2018, Causa – C-207/16, *ivi*.

<sup>20</sup> « Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva [2004/38], in combinato disposto o meno con l'articolo 7 della [Carta], debba essere interpretato nel senso che una domanda di soggiorno, presentata da un familiare-cittadino di un paese terzo nel quadro di un ricongiungimento familiare con un cittadino dell'Unione, che a sua volta si è avvalso del suo diritto di libera circolazione e di soggiorno, può essere respinta in uno Stato membro stante una minaccia che deriverebbe dalla mera presenza nella società di detto familiare, che in un altro Stato membro è stato escluso dal beneficio dello status di rifugiato, ai sensi degli articoli 1, sezione F, della [Convenzione di Ginevra] e 12, paragrafo 2, della direttiva [2011/95], a causa del suo coinvolgimento in fatti avvenuti in uno specifico contesto storico-sociale nel suo paese di origine, quando l'attualità e la concretezza della minaccia rappresentata dal comportamento di detto familiare nello Stato membro di soggiorno si fondano unicamente su un rinvio alla decisione di esclusione, senza che abbia luogo una valutazione del rischio di recidiva nello Stato membro di soggiorno ».

Sul rapporto fra Paese di origine e lo Stato membro, v., per un caso specifico, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. V, sent. 8 giugno 2017, Causa C-111/17, in *Guida dir.*, 2017, n. 34, 30 s. Restrittivamente, v. Cass. civ., sent., 23 febbraio 2018, n. 4455, *ivi*, 2018, n. 17, 22 s.

e a cui nel passato sia stato negato lo *status* di rifugiato perché seriamente sospettato di essersi reso responsabile di atti di cui all'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 - può ritenersi, da parte delle autorità competenti di tale Stato membro, che la sua presenza nel territorio rappresenti automaticamente, e a prescindere dal rischio di reiterazioni di quei gravi comportamenti, una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38?

Per l'eventuale sbocco negativo dell'interpello così formulato, il giudice del rinvio nella causa C-331/16 chiede l'accertamento del valore e della direzione da attribuire a tale minaccia, di verificare l'incidenza del tempo trascorso dalla presunta commissione di tali atti, di valutare il rispetto del principio di proporzionalità, menzionato all'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in ordine all'adozione di un provvedimento di indesiderabilità, nello Stato membro interessato, della persona destinataria di una tale decisione di esclusione.

## **5. La paratassi delle due decisioni**

Entrambe le decisioni - di reiezione del reclamo di K. sulla ritenuta indesiderabilità nel territorio olandese, e di diniego del riconoscimento a H. F. di un titolo di soggiorno nel territorio belga superiore a tre mesi - si saldano nella parte motiva che valorizza la loro precedente esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato (sulla base dell'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95) e nel punto in cui si assegna alla sola presenza fisica nel territorio degli Stati membri la rilevanza di un pregiudizio alle relazioni internazionali di tali Stati, e in quello in cui si voglia escludere che gli interessati si incontrino con i cittadini di siffatti Stati membri e che siano le vittime dei loro pregressi comportamenti vietati, qualora presenti *in loco*.

Nella causa C-366/16, il giudice del rinvio si interroga sul rischio di recidiva nello Stato membro ospitante, considerando che i reati o gli atti (art. 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95) sarebbero stati posti in essere nel paese d'origine dell'interessato, in un contesto storico e sociale specifico del tutto diverso da quello dello Stato membro.

Nelle osservazioni, dirette alla Corte, dei governi interessati, si è privilegiato un campo di osservazione che intende quelle misure negative, di esclusione, come in grado di consolidare la protezione dei valori fondamentali sia della società di uno Stato membro che dell'ordinamento giuridico internazionale, assicurando il mantenimento della coesione sociale, della fiducia del pubblico nei sistemi giudiziari e di immigrazione, dell'impegno degli Stati membri nella protezione dei valori fondamentali inseriti agli articoli 2 e 3 TUE.

## 6. La Corte *versus* “l’automatismo delle due esclusioni”. Il potere iussivo di allontanamento e l’usbergo inserito all’art. 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/UE

La Corte, rispondendo ai quesiti, e in ordine all’interpretazione dell’art. 27 paragrafo 2, della direttiva 2004/38, conclude che non regge l’automatismo, che potremmo chiamare “delle due esclusioni”. Più esplicitamente, il pregresso provvedimento di esclusione dal beneficio di rifugiato (adottato ai sensi dell’articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o dell’articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95) non conduce, per ineluttabile conseguenza, ad escludere che lo stesso soggetto - cittadino dell’Unione o il cittadino di un paese terzo, familiare di detto cittadino - quando chiede il rilascio di un permesso di soggiorno in uno Stato membro possa riceverlo <sup>21</sup>.

La prima esclusione non può fondare un giudizio negativo (*vitiatur et vitiat*, per indicare una rilevante incidenza fra *prius* e *posterius*) che permetta alle autorità competenti dello Stato membro di considerare la semplice presenza nel territorio come precisa espressione di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave in grado di ledere un interesse fondamentale della società e di spessore così marcato da giustificare l’adozione di misure di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, indipendentemente dall’esistenza di un rischio di recidiva <sup>22</sup>.

Invece, la valutazione parte delle autorità competenti dello Stato membro ospitante deve essere globale: abbracciare e considerare gli elementi su cui si basa quella prima esclusione (di negare la condizione di rifugiato <sup>23</sup>), il carattere e la gravità dei crimini ed atti

---

<sup>21</sup>Ad esempio, v. Cons. St., sez. III, sent. 25 luglio 2017, n. 3673, in *Guida dir.*, 2017, n. 39, 28: la revoca della patente di guida è una conseguenza automatica nei casi di condanna per detenzione o spaccio di stupefacenti.

<sup>22</sup> Sulla recidiva, recentemente, ad esempio v. Corte cost., sent. 7 luglio 2017, n. 205.

Nel T. U. I. all’art.4, co.3, 3°p., il giudizio di non ammissione dello straniero in Italia interviene quando lo stesso « sia considerato una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato », senza ulteriormente determinare e graduare la minaccia (v., invece, l’ultimo comma).

<sup>23</sup> Direttiva 2011/95/UE 8. L’articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (GU 2011, L 337, pag. 9), dispone quanto segue:

« Un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo status di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere che:

a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l’umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini;

b) abbia commesso al di fuori del paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello status di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune;

c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni Unite ».

L’istituto della protezione internazionale, che appartiene alla normativa europea attraverso la direttiva 2004/83/CE (v. decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18, attuazione della direttiva 2011/95/UE), si sdoppia nella condizione del rifugiato e della protezione sussidiaria. Sulla c. d. protezione sussidiaria (art.14 lett. c d.lgs 251/2007), v. Cass., sez. VI-1, ord. 21 luglio 2017, n. 18130, in *Dir. imm. citt.*, 2018, f.1, 1 s. Da ultimo, v. Cass.

contestati, il grado di coinvolgimento dell'interessato, la ricerca di esimenti e dell'esistenza o meno di una condanna penale. Dovendo il vaglio essere completo, deve estendersi alla rilevanza della misura del tempo trascorso e verificarsi se il comportamento dell'interessato possa attentare ai valori fondamentali consacrati agli articoli 2 e 3 TUE, ed essere fonte di nocimento per la tranquillità e l'incolumità della popolazione.

Ma la valutazione, oltre ad essere globale o circolare, deve anche essere orizzontale o comparativa, al fine di soddisfare l'importante " voce " della proporzionalità che impegna le autorità competenti dello Stato membro ospitante, le quali devono, pure, mettere a confronto, inserendoli nella tensione di due forze contrapposte, la tutela dell'interesse fondamentale della società e, dall'altro, gli interessi soggettivi <sup>24</sup>, relativi all'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno dell'interessato in quanto cittadino dell'Unione.

Secondo la Corte, l'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2004/38 deve essere interpretato o intendersi in senso (che potremmo appellare) " multifattoriale ", quando intende procedersi all'allontanamento dallo Stato membro che ospita l'interessato: il primo, nella sua iniziativa, deve tener presente e valutare la consistenza, la gravità e la durata del comportamento considerato ed eventualmente la legalità del soggiorno nel suolo dello Stato membro, il tempo ravvicinato o remoto del fatto oggetto di contestazione o " incolpazione " (c. d. epoca dei fatti) e il comportamento mantenuto dal soggetto esaminato nel periodo individuato, il livello della sua attuale pericolosità per la società, la solidità dei suoi legami, di varia natura, con lo Stato membro.

---

civ., sez. VI-1, ord. 20 giugno 2018, n. 16275, in *Diritto e Giustizia*, 21 giugno 2018, che si occupa delle differenze tra i requisiti per la protezione sussidiaria e quelli necessari per la forma maggiore di protezione internazionale rappresentata dallo *status* di rifugiato (per la fattispecie: la protezione sussidiaria viene concessa dal giudice di merito ad un cittadino senegalese, ma il Ministero dell'Interno dissente ritenendo che servono prove maggiormente incisive per la concessione del diritto). A proposito della Direttiva 2011/95/UE, da ultimo, v. Corte di giustizia dell'Unione Europea – Grande Sezione – 25 luglio 2018, causa C-585/16 e in materia di soggiorno del richiedente protezione internazionale, v. Trib. Milano, n. 44718/2017, in *Quest. giust.*, 20 giugno 2018.

Cfr., in dottrina, L. Breggia, *Immigrazione e protezione internazionale*, in *Ques. giust.*, 1 febbraio 2018; A. Adinolfi, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (n. 44718/2017)*, *ivi*, 2/2018.

Sulle novità in materia di procedimento di riconoscimento della protezione internazionale nonché, specialmente, per il riassetto della giurisdizione, si rinvia a A. M. Baroni-E. Di Agosta-G. Paciullo-G. Pintus, *Il nuovo diritto dell'immigrazione dopo il decreto Minniti-Orlando. Protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale dopo il d.l. n. 13/2017*, Roma, 2017, 15 e 39 s. In materia, v. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2017, 2, 534 s.; M. Noccelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Riv. di dir. comparati*, 2018, n.1, 209 s. I tema, v., per tale tutela, M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 412-416; P. L. Gatta, *Via di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2018, 12.

<sup>24</sup> Per un confronto fra due interessi (collettivo ed individuale), v., ad esempio, Cass. pen., sez. V, sent. 3 agosto 2017, n. 38747, con commento di A. Sirotti Gaudenzi, *L'interesse collettivo deve prevalere sul diritto all'oblio*, in *Guida dir.*, 2017, n. 39,64.

La complessità dello scrutinio sarebbe indice della natura eccezionale dell'allontanamento<sup>25</sup>.

Quindi, libertà di circolazione e soggiorno<sup>26</sup> e principio di proporzionalità entrano in un circuito comparativo interno<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup>Sulla natura eccezionale dell'istituto, osserva Nascimbene, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, prefazione di B. Conforti, cit., 17 che « a conferma dell'eccezionalità della misura di allontanamento, la direttiva (art. 27) e il decreto legislativo (art. 20) dispongono che essa possa essere adottata non solo nel rispetto del principio di proporzionalità...ma tenendo conto dell'età, dello stato di salute...dell'importanza dei legami con il paese di origine ».

Avverte N. Carboni, *Pratiche di soggettivazione politica e di politicizzazione della differenza tra i rifugiati serbi di Croazia in Serbia. Verso una frammentazione della cittadinanza*, in *Migrare, fuggire. Ricostruire poteri e stranieri negli spazi sociali europei*, a cura di L. Li Causi, Pisa, 2013, 119, sullo « stereotipo del rifugiato, considerato restio a integrarsi nella società che lo ha accolto e preso in cura, e che approfitta dei sussidi previsti per la sua assistenza e il suo sostentamento, in vista della sua graduale assimilazione ».

L'espressione « allontanamento » ricorre, per esempio, all'art. 14 (Esecuzione dell'espulsione) T. U. I., comma 5 bis: « Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero...il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato...qualora...dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto dallo Stato di origine o di provenienza ». In giurisprudenza, sulla reiterata violazione dell'ordine di allontanamento, v. Cass. pen., sez. I, 12 gennaio 2006, n. 1050, P., in *Codice dell'immigrazione commentato*, pref. M. Panebianco, Piacenza, 2016, 144, mentre, propriamente, sul decreto con il quale il Questore intima allo straniero di allontanarsi dal territorio dello Stato, v. Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2006, n. 9285, Pillajo Chicaiza, *ivi*, 147; sulla necessità della relativa motivazione, v. Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2006, n. 11578, Kufai Kuku, *ivi*, 148.

In dottrina, v. R. Cherchi, *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, in *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Repubblica di San Marino, 2013, 215; D. Bevelacqua, *Questore e questura*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2011, 2: « Ai sensi delle norme del r. d. 18 giugno 1931, n. 773 (t. u. p. s.), i questori...svolgono numerose funzioni in materia di ordine e sicurezza pubblica. Nello specifico, vanno qui menzionate le competenze in tema di trattamento degli stranieri che seguono le nuove norme indicate dalla l. 15 luglio 2009, n. 94 (*Pacchetto sicurezza*) e riguardano - *inter alia* - il rilascio di permessi di soggiorno ai cittadini stranieri non comunitari; la cura dell'istruttoria relativa all'esame delle richieste di asilo politico; il respingimento degli stranieri clandestini nel territorio nazionale; l'accompagnamento degli stranieri clandestini nei Centri di accoglienza temporanea ».

Cfr. G. Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2015, 8, nota 8 che riferisce di una proposta di direttiva sull'allontanamento o sul ritorno volontario del Parlamento Europeo e del Consiglio, 1 novembre 2005.

<sup>26</sup> Rettifica della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, *G.U. UE* L 158 30 aprile 2004, considerando quanto segue: (1) La cittadinanza dell'Unione conferisce a ciascun cittadino dell'Unione il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal trattato e le disposizioni adottate in applicazione dello stesso. (2) La libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali nel mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato. Il IV Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmato a Strasburgo il 16 settembre 1963) all'art. 2 (Libertà di circolazione) prevede: « 1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la sua residenza ».

In dottrina, v. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., 203 s., il quale - nell'ambito della distinzione tra *circolazione interna* e quindi « il diritto individuale a circolare liberamente all'interno del territorio di uno Stato » e *circolazione esterna*, riferita alla « libertà di lasciare il proprio territorio » - considera che la libertà di circolazione « ha come oggetto l'individuo nella sua essenza dinamica ». Da ultimo, v. M. Pipponzi, *Note all'ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, in *Quest. giust.*, 2/ 2018, sulla regolamentazione dell'esercizio del diritto alla protezione internazionale.

A. Cassese, *Sub art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, artt. 1-12, *Principi fondamentali*, Roma, 1975, 497 spiega che la norma « ha inteso significare che tutto l'ordinamento statale deve es-

L'impostazione che precede riflette il rapporto complementare fra due disposizioni della direttiva 2004/38/CE - quelle inserite agli artt. 27 e 28 - che risentono della matrice d'esordio (della direttiva), a carattere bivalente: (considerando 1) « La cittadinanza dell'Unione conferisce a ciascun cittadino dell'Unione il diritto...di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste ». Dette limitazioni (già segnalate), *non preannunciate* in apertura, e che un canone di completezza o autosufficienza tematica consigliava di inserire, al successivo art. 27, paragrafo 1, *sono enunciate*<sup>28</sup> e, in seno allo stesso art. 27, paragrafo 2, *agganciate* ad un principio («...di proporzionalità »), in un'opera di bilanciamento complessivo, che sbocca, in un avvicinarsi di regola ed eccezione, nell'art. 28<sup>29</sup>.

---

sere conforme al diritto internazionale ». Secondo la Corte costituzionale, sent. 16 maggio 2008, n. 148, in *Foro it.*, 2008, I, 2774 s. « da tale disposizione si può desumere, da un lato, che per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dello straniero non è uguale a quella dei cittadini, dall'altro, che il legislatore, nelle sue scelte, incontra anzitutto limiti derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ed eventualmente dei trattati internazionali applicabili ai singoli casi. Occorre, inoltre, rilevare che lo straniero è anche titolare di tutti i *diritti fondamentali* che la Costituzione riconosce spettanti alla persona ». Sul diritto della Convenzione, e sul diritto alla libertà di circolazione, v. Corte europea dei diritti dell'Uomo – Grande Camera – Sentenza 23 febbraio 2017 – Ricorso n. 43395/09 De Tommaso contro Italia, in *Guida dir.*, 2018, n. 5, 35. Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il carattere di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale (Cass. civ., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, Ferrini c. Repubblica Fed. Germania, in *Codice dell'immigrazione*, pref. M. Panebianco, Piacenza, 2016, 443). In dottrina, v. V. Zagrebelsky, *L'unione europea ed il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Dir. umani e dir. inter.*, 2015, n. 9, 125 s. e, da ultimo, R. E. Kostoris, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 54.

Altresì, cfr. M. Nisticò, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 18 giugno 2018; A. Adinolfi, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2018, 29.

In precedenza, v., in tema, M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali: l'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, 230; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, 8-9; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 94 s.

<sup>27</sup> Rettifica della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, cit.: « (23) L'allontanamento dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi d'ordine pubblico o di pubblica sicurezza costituisce una misura che può nuocere gravemente alle persone che, essendosi avvalse dei diritti e delle libertà loro conferite dal trattato, si siano effettivamente integrate nello Stato membro ospitante. Occorre pertanto limitare la portata di tali misure conformemente al principio di proporzionalità, in considerazione del grado d'integrazione della persona interessata, della durata del soggiorno nello Stato membro ospitante, dell'età, delle condizioni di salute, della situazione familiare ed economica e dei legami col paese di origine ».

<sup>28</sup> « (1)...gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica ».

<sup>29</sup> Art. 28 (*Protezione contro l'allontanamento*), paragrafo 1: « 1. Prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tiene conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e importanza dei suoi legami con il paese d'origine » (un concomitante dispositivo d'interdizione stabilisce, al successivo paragrafo 2, che non può farsi luogo all'allontanamento «...nei confronti del cittadino dell'Unione che abbia acquisito un diritto di soggiorno permanente nel suo territorio se non per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza »).

Nella sentenza CGUE 2 maggio 2018 si richiama la distinzione, all'interno della categoria della « pubblica sicurezza », fra sicurezza interna dello Stato membro - pregiudicata da una minaccia che incida sulla tranquilli-

Altresì, la Corte fissa una “ duplice negatività “ quando ritiene che l'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38 deve intendersi nel senso che esso non trovi applicazione per il cittadino dell'Unione che non gode di un diritto di soggiorno permanente nello Stato membro ospitante, ex artt. 16 e 28, paragrafo 2 della medesima direttiva. Il riferimento è, anzitutto, a quella disposizione di chiusura della direttiva 2004/38/CE (appunto, dell'art.28)

<sup>30</sup> .

Nello spazio del *devolutum*, una questione pregiudiziale (Causa C-331/16) riguarda (v. punto 25 della sentenza CGUE 2 maggio 2018) « 3)...Se in tale contesto...debba essere preso in considerazione anche il periodo di dieci anni di soggiorno nello Stato membro ospitante, previsto all'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), della [detta] direttiva ».

Il giudice del rinvio - in posizione di giudice *a quo*, per la questione pregiudiziale che rimette allo scrutinio della Corte di Giustizia <sup>31</sup> - pone l'interrogativo se l'ombrello protettivo e di tutela ex art. 28, paragrafo e, lettera a), di divieto di allontanamento del cittadino dell'Unione, soggiornante di lungo periodo decennale si applichi alla fattispecie in esame <sup>32</sup>.

Il responso della Corte procede per gradi, nelle scansioni dell'argomentazione <sup>33</sup>, richiamando, anzitutto, la considerazione, formulata in udienza, del governo dei Paesi Bassi, il quale ha invocato la decisione del 22 luglio 2015 che dichiara K. indesiderabile. La conseguenza era che il destinatario avrebbe dovuto lasciare il suolo olandese, e, per gli effetti, quella decisione aveva carattere di provvedimento di allontanamento, ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2004/38. D'altra parte, il paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/ detta quella sorta di usbergo nel solco del vincolo che deriva dal grado e dalla misura dell'integrazione del soggetto nel corpo dello Stato membro ospitante: più saldo è quel vincolo e più solide saranno le garanzie contro l'allontanamento, di cui sono beneficiari <sup>34</sup>.

---

tà e la sicurezza fisica della popolazione dello Stato membro (v. sent. 22 maggio 2012, I, C-348/09, EU:C:2012:300, punto 28) - e sicurezza esterna, suscettibile di subire un pregiudizio dal rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali di tale Stato membro o della coesistenza pacifica dei popoli (v. sentenza del 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punto 44).

<sup>30</sup> Secondo cui « 3. Il cittadino dell'Unione non può essere oggetto di una decisione di allontanamento, salvo se la decisione è adottata per motivi imperativi di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro, qualora: a) abbia soggiornato nello Stato membro ospitante i precedenti dieci anni ».

<sup>31</sup> Sentenza della Corte (Quarta Sezione) - 17 novembre 2011- « Libera circolazione di un cittadino dell'Unione – Direttiva 2004/38/CE – Divieto di lasciare il territorio nazionale a causa di condanna penale in un altro paese – Traffico di stupefacenti – Misura giustificabile da motivi di ordine pubblico ». Nel procedimento C-430/10, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dall'*Administrativen sad Sofia-grad* (Bulgaria), con ordinanza 11 agosto 2010, pervenuta in cancelleria il 2 settembre 2010, nella causa *Hristo Gaydarov contro Direktor na Glavna direktsia « Ohranitelna politsia » pri Ministerstvo na vntreshnite raboti*: gli artt. 21 TFUE e 27 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri non ostano ad una normativa nazionale che consenta restrizioni al diritto di un cittadino di uno Stato membro di spostarsi sul territorio di un altro Stato membro a causa, in particolare, di una condanna penale subita dal cittadino medesimo in un altro Stato per traffico di stupefacenti, subordinatamente a determinate condizioni.

<sup>32</sup> Cioè, per l'indesiderabile, asilante e la cui domanda non sia stata accolta tenendo conto dei parametri di cui all'art. 1. Sez. F, della Convenzione di Ginevra.

<sup>33</sup> E di cui può operarsi una sintesi.

<sup>34</sup> V., al riguardo, sentenze del 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punto 25, nonché del 17 aprile 2018, B e Vomero, C-316/16 e C-424/16, punto 44: - Allontanamento dal territorio dello Stato - Il beneficio della protezione rafforzata contro l'allontanamento dal territorio è subordinato, in particolare, alla

In tale ordine di idee, i « motivi imperativi di pubblica sicurezza » di cui all'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38 possono essere all'origine di un « provvedimento iussivo » di allontanamento di un cittadino dell'Unione che abbia soggiornato nello Stato membro ospitante i precedenti dieci anni.

L'interpretazione corretta, d'altra parte, è quella che subordina il beneficio della permanenza locativa alla condizione che l'interessato disponga di un diritto di soggiorno permanente (ai sensi dell'articolo 16 e dell'articolo 28, paragrafo 2, di siffatta direttiva), qualora risulti che la persona interessata abbia soggiornato nello Stato membro ospitante legalmente e continuativamente per un quinquennio *secundum ius*, in conformità con le condizioni previste dalla direttiva, in particolare quelle fissate all'art. 7, paragrafo 1, della stessa <sup>35</sup>.

La Corte, richiamando una propria giurisprudenza, precisa che il soggiorno, per essere considerato valido e legittimo e quindi legale (ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2004/38), deve essere in sintonia con le condizioni dell'Unione, essendo insufficiente che lo sia con il diritto dello Stato membro. Così, è irrilevante che un cittadino dell'Unione abbia mantenuto un soggiorno ultraquinquennale all'ambito dello Stato membro ospitante ed esclusivamente nel solco del diritto interno, poiché in tal modo non ha acquistato un diritto di soggiorno permanente <sup>36</sup>.

Trasferendo questo insieme assiomatico al caso *sub iudice*, ancorché risulti (fonte: la decisione del rinvio pregiudiziale) che K. abbia soggiornato continuativamente (fin dal mese di febbraio 2001), non risulta che abbia soggiornato legalmente (« soggiorno illegale » che fonda l'allontanamento questorile ex art. 14, comma 5 *ter*, d. lg. n. 286 1998 <sup>37</sup>) ed ininterrot-

---

condizione che l'interessato goda di un diritto di soggiorno permanente Il requisito di aver « soggiornato nello Stato membro ospitante i precedenti dieci anni », che parimenti condiziona tale protezione rafforzata, può essere soddisfatto purché una valutazione complessiva della situazione del cittadino induca alla conclusione che, nonostante la sua detenzione, i legami di integrazione che lo collegano allo Stato membro ospitante non si sono interrotti (Sentenza nelle cause riunite C-316/16 e C-424/16, B / Land Baden-Württemberg e Secretary of State for the Home Department / Franco Vomero).

<sup>35</sup> Cfr. sentenza del 21 dicembre 2011, Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, punto 46.

Cfr. la ratifica (della direttiva 2004/38/CE) in Italia, con d. lgs. 30/2007, "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri", Art. 18.

*Continuità del soggiorno*: « 1. La continuità del soggiorno, ai fini del presente decreto legislativo, nonché i requisiti prescritti dagli articoli 13, 14, 15 e 16 possono essere comprovati con le modalità previste dalla legislazione vigente.

2. La continuità del soggiorno è interrotta dal provvedimento di allontanamento adottato nei confronti della persona interessata ».

<sup>36</sup> V., in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2011, Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, punti 47 e 51. V., per esempio, D. L. vo 28 giugno 2012, n. 108, *Attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati*.

In dottrina, v. L. Sico, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 32 s. che richiama la « concezione dualistica », in materia; M. R. Saulle, *Ravvicinamento delle legislazioni (diritto comunitario)*, *ivi*, 899 s.

<sup>37</sup> In tema di immigrazione di cittadini extracomunitari, il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, d. lg. n. 286 1998 può configurarsi anche nel caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, ha stabilito Cass., sez. I, 4 maggio 2010, n. 16879, Ajjani, in *Cass. pen.*, 2011, 373, m. 30, e ciò per costante giurisprudenza (conf. V. Cass., sez. I, 14 novembre 2007, n. 43318, Bouhjera, in *C. E. D. Cass.*, n. 238201; Cass., sez. I, 14 giugno 2007, n. 28480, Yahyawi, *ivi*, n. 237349; Cass., sez. I, 19 gennaio 2007, n. 9862, Kamis, in *Cass. pen.*, 2008,



tamente per cinque anni in linea con i requisiti richiesti dalla direttiva 2004/38, ed avuto riguardo al rigetto delle sue richieste di asilo (permanenza *sine titulo*). Dunque, deve escludersi che si tratti di un diritto quesito, relativo al soggiorno permanente ex art. 16 della direttiva *de qua* <sup>38</sup>. Conclusivamente, in considerazione delle elucidate circostanze - il cui accertamento è demandato al giudice del rinvio - è coerente e corretto ritenere, secondo la Corte <sup>39</sup>, che la protezione rafforzata contro l'allontanamento prevista all'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), di tale direttiva, non possa trovare posto nella fattispecie considerata e così non sia applicabile al caso di specie <sup>40</sup>.

---

2599). Il provvedimento del questore di allontanamento deve essere motivato (Cass., sez. I, 11 febbraio 2009, n. 5955, Ghanimi, in *Cass. pen.*, 2011, 372, m. 128). Pure lo straniero che abbia fatto ingresso irregolare ha l'obbligo di esibire i documenti di identificazione e soggiorno, ha ritenuto (ma poco persuasivamente) Cass., sez. I, 18 novembre 2009, n. 44157, Calmus, in *Cass. pen.*, 2011, 340, 106 (*contra*, Trib. G.i.p., Bologna, 19 ottobre 2009, Han Bing, *ivi*, 378, m. 127). Per la contestazione allo straniero del reato di "trattenimento illegale" nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10-*bis*, d. lg. 25 luglio 1998, n. 286, v., ad esempio, Cass., sez. I, 3 maggio 2010, n. 16765, Hassan, *ivi*, 338, 105. Ma, da ultimo, Cass., sez. I, 8 maggio 2018, n. 20189, esclude la configurabilità del reato di immigrazione clandestina considerato che l'ingresso nel territorio dello Stato è avvenuto nell'ambito di un'attività di soccorso (anche se il reato non è stato depenalizzato o abrogato, ricorda Cass., sez. I, 7 maggio 2018, n. 19790; per una sorta di *abolitio criminis*, in ordine al reato di trattenimento irregolare sul territorio dello Stato, v. Cass., sez. I, sent. 8 giugno 2011, n. 22831, Vasconez Carreno, in *Foro it.*, 2011, 18 s.).

In dottrina, ad esempio, M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, I, 105 s. e, più recentemente, G. Amato, *Quando il clandestino commette ancora una condotta illecita*, in *Guida dir.*, 2016, n.8, 66 s.

<sup>38</sup> Articolo 16 (*Norma generale per i cittadini dell'Unione e i loro familiari*), « 1. Il cittadino dell'Unione che abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante ha diritto al soggiorno permanente in detto Stato. Tale diritto non è subordinato alle condizioni di cui al capo III », in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 689.

<sup>39</sup> Cass., sez. un. pen., 27 luglio 2012, n. 30769, Ciazzo, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 630, ricordano che la « pronuncia della Corte di Giustizia...ha forza autoritativa per gli Stati membri (Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, ric. Pupino, in G. U. U. E. serie C 193 del 19 agosto 2005) ».

<sup>40</sup> Così, Corte di giustizia dell'Unione europea Comunicato Stampa n. 58/18 Lussemburgo, 2 maggio 2018 Sentenza nelle cause riunite C-331/16 K. /*Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* e C-366/16 H. F. / *Belgische Staat*, cit. In un quadro riassuntivo, Conf. sentenza del 22 maggio 2012, I, C-348/09, EU:C:2012:300, punto 23, sentenza del 13 luglio 2017, E, C-193/16, EU:C:2017:542, punto 18; sentenza del 24 giugno 2015, H.T., C-373/13, EU:C:2015:413, punto 79; sentenza del 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punto 43; sentenza del 22 maggio 2012, I, C-348/09, EU:C:2012:300, punto 28; sentenza dell'8 dicembre 2011, Ziebell, C-371/08, EU:C:2011:809, punto 82 e giurisprudenza *ivi* citata; v. altresì, in tal senso, sentenza del 29 aprile 2004, Orfanopoulos e Oliveri, C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, punto 77; sentenza dell'11 giugno 2015, Zh. e O., C-554/13, EU:C:2015:377, punti da 60 a 62; sentenza del 17 novembre 2011, Gaydarov, C-430/10, EU:C:2011:749, punto 40; sentenza del 23 novembre 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punto 50; sentenza del 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punto 52; sentenza del 17 novembre 2011, Aladzhov, C-434/10, EU:C:2011:750, punto 47; sentenze del 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punto 25, del 17 aprile 2018, B e Vomero, C-316/16 e C-424/16, punto 44; sentenza del 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punto 28; sentenza del 21 dicembre 2011, Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, punto 46. *Contra*, invece, sentenze del 9 novembre 2010, B e D (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661), del 23 novembre 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708), e del 22 maggio 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300); sentenza del 27 ottobre 1977, Bouchereau, 30/77, ECLI:EU:C:1977:172, punto 29.

## 7. La vicenda K (monogramma evocativo del noto personaggio kafkiano)

La vicenda di K. (questo monogramma, in comune con quello del romanzo) sembra evocare, (solo) per il suo pendolarismo, il personaggio kafkiano <sup>41</sup> e diventa emblematica per il susseguirsi e l'intersecarsi di richieste e risposte plurime, a partire dalla prima istanza (rigettata) di rilascio di un permesso di soggiorno <sup>42</sup> per la condizione di asilante e senza che l'intervenuta adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea <sup>43</sup> ne abbia potuto mutare il corso. Un profilo oscuro, o che non emerge nitidamente, è la fonte della "accusa" e la mancanza di una sentenza di condanna che abbia acclarato e provato completamente quell'accusa, che abbia trovato sbocco in una decisione giudiziaria, in una pronuncia di un giudice terzo ed imparziale, a seguito di pubblica udienza. Così, il procedimento conoscitivo appare, in parte, lacunoso e, conseguentemente, il provvedimento finale, per alcuni versi, agnostico.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, con la sua sentenza del 2 maggio 2018, quando sottopone a scrutinio l'esistenza e la consistenza della minaccia che sia motivo di pregiudizio per un interesse fondamentale del Paese, fissa il volto della stessa e nel solco della direttiva, determinandone i caratteri distintivi: deve essere reale, attuale, sufficientemente grave e all'origine di un rilevante *vulnus*. L'altro versante da considerare - in omaggio al principio di proporzionalità - è quello relativo alla libertà di circolazione e soggiorno nel territorio interessato, e al rispetto della vita privata e familiare <sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> In tal senso, si ricorda la drammatica vicenda giudiziaria (di K., ingiustamente accusato e condannato a morte, nonostante si sia battuto con tutte le sue forze per provare la sua estraneità), inserita in una fitta ragnatela, narrata, nella sua opera più completa, da F. Kafka, *Il processo*, introd. L. Casini, La Spezia, 1992, 76: « K. Non doveva dimenticare che la procedura non è pubblica...Per questo anche i documenti del tribunale, soprattutto l'atto di accusa, non sono accessibili all'imputato e al suo difensore, e quindi di solito non si sa affatto...contro cosa si debba dirigere la propria memoria ».

Ovviamente, i due soggetti (della vicenda giudiziaria reale e di quella del personaggio di Kafka) sono profondamente diversi.

<sup>42</sup> Il T. U. I. (D.L.vo 25 luglio 1998, n. 286) regola l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello straniero: il c.d. visto d'ingresso è quell'atto genetico rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato d'origine o di stabile residenza dello straniero, e che si distingue dal permesso di soggiorno che consente allo straniero la permanenza territoriale. Il permesso è oggetto di richiesta al questore entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato (art. 5, co. 2, T. U.; il successivo co. 7 prevede un particolare adempimento per gli stranieri muniti del permesso di soggiorno o di altra autorizzazione rilasciati dall'autorità di uno Stato membro dell'Unione europea e validi per il soggiorno in Italia, i quali devono « dichiarare la loro presenza al questore entro il termine di cui al comma 2. Agli stessi è rilasciata idonea ricevuta della dichiarazione di soggiorno »).

<sup>43</sup> Esemplicativamente, v. Cass. pen., sez. I, 13 febbraio 2007, n. 5875, Capelluto, in *Codice dell'immigrazione commentato*, pref. M. Panebianco, Piacenza, 2016, 149: la circostanza che la Polonia sia entrata a far parte dell'Unione Europea dal 2004, con la conseguente libera circolazione dei cittadini polacchi nell'ambito dei Paesi aderenti, non ha alcuna influenza sulle condotte criminose commesse in data antecedente alla ratifica del Trattato di adesione.

<sup>44</sup> La tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare comporta una necessaria limitazione del diritto alla libertà di espressione, nel *dictum* di Corte europea dei diritti umani, Sez. III, 21 febbraio 2017 - Pres. Jäderblom - Rubio Dosamantes c. Spagna, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 832: la Corte ha ritenuto che i giudici nazionali avessero fallito nel loro dovere di bilanciare correttamente diritto alla libertà di espressione e diritto al rispetto della vita privata e familiare; di conseguenza, ha riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Per la giurisprudenza richiamata, v. Cedu, Grande Camera, 10 novembre 2015, Hachette Filipacchi Associés c. Francia, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Cedu, Grande Camera, 7 febbraio 2012, Von Hannover c. Germania (n. 2), *ivi*; Cedu, Grande Camera, 12 settembre 2011, Palomo Sánchez e altri c. Spagna, *ivi*; Cedu, Sez. III, 21 set-

Ma la Corte va oltre, nel suo vaglio, fino alla radice del problema che potrebbe suscitare l'esame della vicenda: se la valutazione negativa della richiesta di acquisizione del titolo di permanenza nel territorio, che trae i suoi elementi di giudizio dal pregresso rigetto della domanda di ottenere lo *status* di rifugiato, risale ad un sospetto (oppure a indizi) o si basi su una sentenza di condanna che abbia convertito quel sospetto (di partecipazione criminosa) in certezza giudiziaria<sup>45</sup>. Si consideri, però, al riguardo, che neppure una precedente condanna penale potrebbe giustificare, da sola e con successione automatica, l'adozione di provvedimenti risalenti alle classi dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza<sup>46</sup> (a mente della direttiva del 2004<sup>47</sup>).

D'altra parte, l'esame deve essere ellittico e non partitivo<sup>48</sup> e, nel quadrante di tale latitudine, deve inserirsi – specialmente per formulare un giudizio di pericolosità<sup>49</sup> – ed incidere

---

tembre 2010, Polanco Torres e Movilla Polanco c. Spagna, *ivi*; Cedu, Sez. III, 14 ottobre 2008, Petrina c. Romania, *ibidem*; Cedu, Sez. III, 24 giugno 2004, Von Hannover c. Germania, *ivi*; Cedu, Grande Camera, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito (n. 1), *ivi*. Considera, recentemente, l'art. 8 della Cedu, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, Corte europea dei diritti dell'Uomo, sez. II, sent. 28 novembre 2017 – Antovic e Mirkovic contro Montenegro, in *Guida dir.*, 2018, n.2, 92.

Per la giurisprudenza nazionale (in tema di espulsione dello straniero), v., ad esempio, Cass., sez. III, sent. 30 agosto 2017, n. 39552, in *Guida dir.*, 2018, n. 3, 36, che considera la prospettiva del bilanciamento tra l'interesse generale alla sicurezza sociale e quello del singolo alla vita familiare.

<sup>45</sup> « La constatazione dell'esistenza di una tale minaccia deve essere fondata su una valutazione, da parte delle autorità competenti dello Stato membro ospitante, del comportamento personale dell'interessato, che prenda in considerazione...l'esistenza o meno di una condanna penale » (punto n. 66, Corte di giustizia Europea, Grande Sezione, 2 maggio 2018).

<sup>46</sup> Trib. Cuneo, ord. 15 maggio 2015 – est. Casu, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 1, 69 s.: allontanamento cittadino UE per motivi di pubblica sicurezza - rilievo esclusivo a sentenze penali di condanna - omessa motivazione sul carattere concreto effettivo e sufficientemente grave della minaccia del bene protetto - omessa applicazione del principio di proporzionalità - illegittimità.

Per quanto riguarda il *rilascio del visto*, per talune cause ostative, v. art. 4 T. U. I., co. 3, p.3: « Non è ammesso in Italia lo straniero che...sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannata...per i reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati...». V. Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2010, n. 25150, Harem, in *Codice dell'immigrazione commentato*, pref. M. Panebianco, Piacenza, 2016, 176: il divieto di espulsione dello straniero convivente con il coniuge di nazionalità italiana, previsto dall'art. 19, comma secondo, lett. c) del D.L.vo n. 286 del 1998, non si applica all'espulsione prevista per il caso dello straniero condannato per reati concernenti gli stupefacenti.

<sup>47</sup> *Amplius infra*, note 51, 53 e 54.

<sup>48</sup> T. A. R. Piemonte, sez. I, sent. 9 gennaio 2015, n. 18 - est. Bini, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 1, 122 s.: permesso di soggiorno - diniego di rinnovo per intervenuta condanna ostativa - mancata valutazione dell'inserimento valutativo e delle condizioni di salute del cittadino straniero - illegittimità - diritto costituzionale.

In dottrina, v. F. E. Grisostolo, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e in Francia*, in *Riv. A. I. C.*, n. 2, 6 giugno 2018, che richiama G. Caselli, S. Loi, S. Strozza, *Immigrazione, salute e mortalità degli stranieri in Italia*, *ivi*, n. 4, 2017; L. Mezzetti, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, *ivi*, n.1, 2018, 3 s. In via comparativa, v. G. Cerrina Feroni, *Il sistema sanitario tedesco alla prova della immigrazione*, *ivi*; U. H. Quercia, *La tutela della salute degli stranieri in Austria: il precario equilibrio tra garanzia assicurativa e finanze abilità*, *ivi*.

In precedenza, v. M. Luciani, *Salute, 1) Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015; nonché S. Penasa, *Diritto alla salute, diritto di tutti? Riflessioni a prima lettura sulle possibili innovazioni legislative in materia di accesso alle cure degli stranieri irregolari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2009.

<sup>49</sup> Nel giudizio di pericolosità concorrono anche elementi estrinseci, dovendosi tenere conto di eventuali condanne ancorché impugnate (e quindi non definitive) inflitte per i reati, assai numerosi, elencati nell'art. 380 c.

la valutazione del tempo trascorso rispetto alla data della presunta commissione dei crimini che vengono addebitati all'interessato, del comportamento successivo<sup>50</sup> che ne manifesti il carattere radicato (che turba la tranquillità e la sicurezza dei residenti) e in contrasto con i valori imprescindibili tracciati agli articoli 2 e 3 TUE.

Il richiamato principio di proporzionalità, previsto nella Direttiva del 2004<sup>51</sup>, segna il limite del potere riconosciuto in capo agli Stati membri di intervenire sulla libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare<sup>52</sup>, per limitarla, secondo la previsione

---

p. p. (v. art. 5 T. U. I., sul permesso di soggiorno, 5 bis, per l'ipotesi di rifiuto del permesso di soggiorno o del suo rinnovo: « Nel valutare la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato...si tiene conto anche di eventuali condanne...»).

V. art. 9-bis (T. U. I.) che al comma 1 prevede, per lo straniero titolare di un permesso CE per soggiornanti di lungo periodo (rilasciato da altro Stato membro dell'Unione europea e non perentorio), il potere di formulare richiesta di soggiorno, sul territorio nazionale, « per un periodo superiore a tre mesi » [cfr. Ministero dell'interno - Dipartimento di pubblica sicurezza - Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia di frontiera - Circolare 16 febbraio 2010 n. 400/A/2010/12.214.9-bis (in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 2, 278 s.), ove « si rileva... che a tali stranieri debba essere concesso un permesso di soggiorno e non già un permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo »].

<sup>50</sup> Al riguardo, in precedenza, v. Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5563, in *Foro it.*, *Rep.* 2007, voce *Straniero*, n. 184, precisando che il provvedimento deve essere sostenuto da idonea motivazione, e deve considerarsi illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno che faccia riferimento a una sola condanna penale, senza alcuna valutazione della successiva condotta dello straniero e della sua attuale pericolosità sociale. Analogamente, v. l'indirizzo garantista di Cass., sez. III, sent. 14 settembre 2015, n. 36919, Sancimino, in *Guida dir.*, 2016, n. 3, 76-77, secondo cui ai sensi dell'articolo 274, co. 1, lettera c), del Cpp, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 16.4.2015, n. 47, che ha previsto anche il requisito della « attualità » del rischio di recidiva, per ritenere « attuale » il pericolo « concreto » di reiterazione del reato, non è più sufficiente ipotizzare che la persona sottoposta alle indagini/imputata, presentandosene l'occasione, sicuramente (o con elevato grado di probabilità) continuerà a delinquere e/o a commettere i gravi reati indicati nello stesso articolo 274, comma 1, lettera c) del CPP (in ciò consistendo la « concretezza » del rischio di recidiva), ma è necessario ipotizzare anche la certezza o comunque l'elevata probabilità che l'occasione del delitto si verificherà. In particolare, v. C. St., sez. III, sent. 16 ottobre 2014 n. 5825 – est. Palanza, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 1, 112 s., permesso di soggiorno - diniego di rilascio per pregressa condanna per violazione legge diritto d'autore - ritenuta ostatività automatica ex art. 26, co. 7 bis TU nm. 268/98 - conferma del diniego davanti il Tar - appello - annullamento permesso di soggiorno - pregressa condanna astrattamente ostativa - automatismo incompatibile con i principi enucleati dalla Corte costituzionale - interpretazione costituzionalmente orientata - necessità. Sul medesimo tema, v. T. A. R. Puglia, Lecce, sez. II, sent. 12 marzo 2015 n. 875 - est. Manca, *ivi*, 2015, n. 1, 123 s.: permesso di soggiorno - diniego di rinnovo per intervenuta condanna per reati in materia di protezione del diritto d'autore - illegittimità.

<sup>51</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

Art. 27, 2: « I provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati. La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti ».

<sup>52</sup> In dottrina, v. V. Bocchetti, *Il diritto alla libera circolazione delle persone tra ordinamento dell'Unione e ordinamento internazionale: quale tutela?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, n. 2, 375 s. Sul « circuito » delle fonti, v. C. Sotis, *All'incrocio tra Carte e Corti: il ruolo del giudice nel « labirinto » delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2013, 2563, m. 617. 2; I. Viarengo, *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, in G. Adinolfi, A. Lang (a cura di), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati*, Milano, 2006, 135 s. e, da ultimo, M. Nisticò, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 18 giugno 2018.

In giurisprudenza (sul bilanciamento degli intereressi coinvolti), ad esempio, v. Cass., sez. III, 30 agosto 2017, n. 39552, in *Guida dir.*, 2018, n. 3, 36: in tema di misure di sicurezza, la sentenza di condanna che abbia omesso di disporre l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati indicati nell'articolo 86 del Dpr n.309 del 1990, deve essere annullata con rinvio onde consentire al giudice di merito di operare la valutazio-

primaria dell'art. 27 della Direttiva<sup>53</sup> che, già, nella disposizione d'apertura ne determina l'oggetto e quindi preannuncia il raggio applicativo<sup>54</sup>.

## 8. La *quaestio* del bilanciamento degli interessi e le lacune della sentenza. Il masso di Tantalo

Nell'opera di scrutinio degli interessi coinvolti, si dovrebbe tentare un bilanciamento fra esigenze della collettività e quelle individuali, che, nel nostro caso, si tradurrebbero in una sorta di "diritto all'oblio" per un fatto lontano nel tempo e che ora si vorrebbe far refluire sulle posizioni dell'interessato<sup>55</sup>. Tale bilanciamento si inserisce nell'interpretazione dell'art. 27, paragrafo 2 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, e quale diritto fondamentale che, in esito

---

ne in concreto della pericolosità del condannato...l'esame comparativo della condizione familiare dell'imputato con gli altri criteri indicati dall'articolo 133 del Cp, in una prospettiva di bilanciamento tra l'interesse generale alla sicurezza sociale e quello del singolo alla vita familiare.

<sup>53</sup> 1: « gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione... per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica ».

<sup>54</sup> Art. 1 « La presente direttiva determina:a) le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari;b) il diritto di soggiorno permanente nel territorio degli Stati membri dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari;c) le limitazioni dei suddetti diritti per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica ». All'art. 2 chiarisce che si intende per « cittadino dell'Unione »: qualsiasi persona avente la cittadinanza di uno Stato membro. Cfr. Decr. legisl. 6 febbraio 2007, n. 30 (in vigore 11 aprile 2007), di Attuazione della Direttiva 2004/38/CE, art. 2 (Definizione): 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:a) « cittadino dell'Unione »:qualsiasi persona avente la cittadinanza di uno Stato membro »...c) « Stato membro ospitante »: lo Stato membro nel quale il cittadino dell'Unione si reca al fine di esercitare il diritto di libera circolazione o di soggiorno.

Sulla diade, ma sul piano generale, v. F. Zacché, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 97 s.

<sup>55</sup> Per uno spunto, v. ad esempio Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 2007, n. 1830, in *Codice dell'immigrazione commentato*, pref. M. Panebianco, Piacenza, 2016, 148, sull'esigenza di assicurare un adeguato bilanciamento fra le esigenze della pubblica sicurezza e la tutela dell'unità della famiglia. Più recentemente, e più in generale, si è ritenuto che « il "diritto all'oblio" sulle proprie vicende personali, che fa capo ad ogni persona, si deve confrontare, invero, col diritto della collettività ad essere informata ed aggiornata sui fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti, anche quando da essi derivi discredito alla persona che è titolare di quel diritto, sicché non può dolersi...» (Cass. pen., sez. V, sent. 3 agosto 2017, n. 38747, in *Guida dir.*, 2017, n. 39, 60, commento di A. Sirotti Gaudenzi, *L'interesse collettivo deve prevalere sul diritto all'oblio*). Cass., sez. III, sent. 30 agosto 2017, n. 39552, Marinelli, in *Guida dir.*, 2018, n. 3, 36, segnala che bisogna seguire la prospettiva del bilanciamento tra l'interesse generale alla sicurezza sociale e quello del singolo alla vita familiare (in materia di espulsione dello straniero dopo una sentenza di condanna).

Il trattamento "subvalente" di quel diritto ha diverse applicazioni, in diversi campi, come quello della *privacy*, rinviandosi a Cass. civ., sez. I, sent. 9 agosto 2017, n. 19761, *ivi*, n. 37, 94, commentata da A. A. Moramarco, *Registro delle imprese: l'iscrizione prevale sul diritto all'oblio*. Cfr. A. Cisterna, *Cedu e diritto alla privacy*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-P.Mazza-F.E.Dinacci, *Principi europeo del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 193 s.

V. Cass. civ., ord. 29 agosto 2018, n. 21362, in *Guida dir.*, 2018, n. 38, 36: i dati e le informazioni della persona sottoposta alle indagini penali restano nella banca dati della polizia, anche nel caso di accertamento della estraneità ai fatti, per venti anni dalla data di archiviazione. La Cassazione analizza così il Dpr 15/2018 (v. il commento di A. A. Moramarco, *Indagini della polizia nella banca dati per vent'anni*, *ivi*, 35 s.).

Cfr. A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista A. I. C.*, 2015, 1; M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012, 25 s.

all'analisi comparativa, si attesta come prevalente. La Corte predilige, infatti, il criterio, in parte agnostico, del giudizio reso "caso per caso"<sup>56</sup>. In sostanza, peccherebbe di astrattismo quel provvedimento adottato *per saltum*, omettendo di considerare il piano di un giudizio completo, e quindi concreto ed attuale (cioè la concretezza e l'attualità degli elementi esaminati), che deve anche tener conto della *distantia temporis*, cioè del tempo trascorso dalla presunta commissione di condotte criminose e del comportamento successivo del soggetto istante (il permesso di soggiorno).

---

<sup>56</sup> Pure Corte di giustizia dell'Unione europea, 2 maggio 2018 Sentenza nelle cause riunite C-331/16 K. / *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* e C-366/16 H. F. / *Belgische Staat* (Diritto di soggiorno e asseriti crimini di guerra), cit., ha stabilito che la necessità di limitare la libertà di circolazione e di soggiorno di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, sospettato di aver partecipato, in passato, a crimini di guerra, dev'essere valutata caso per caso.

Ad esempio, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. II, sent. 26 luglio 2017, causa C-348/16, Moussa Sacko, in *Guida dir.*, 2017, n. 39, 92, con commento di M. Castellaneta, *Protezione internazionale: sul diritto di essere ascoltato i giudici nazionali valutano caso per caso*.

Corte di giustizia dell'Unione europea Comunicato Stampa n. 134/17 Lussemburgo, il 7 dicembre 2017 Sentenza nella causa C-636/16 Wilber López Pastuzano/Delegación del Gobierno en Navarra- Vanno valutati caso per caso i presupposti dell'allontanamento dei cittadini extra UE soggiornanti di lunga durata

Una decisione di allontanamento non può essere adottata nei confronti di un cittadino di uno Stato non UE, soggiornante di lungo periodo durata, unicamente in ragione del fatto che è stato condannato a una pena privativa della libertà personale superiore a un anno. Un cittadino colombiano, che aveva ottenuto nel 2013 un permesso di soggiorno di lungo periodo in Spagna, è stato successivamente condannato a due pene detentive, rispettivamente di dodici e tre mesi, in seguito alle quali è stato incarcerato nel 2015. Veniva dunque aperto un procedimento amministrativo di allontanamento nei suoi confronti. Il 29 giugno 2015, la delegazione del governo a Navarra (Spagna) ha adottato una decisione che disponeva l'allontanamento del cittadino colombiano dal territorio spagnolo. Tale decisione era accompagnata da un divieto di ingresso in Spagna per cinque anni e dal ritiro del permesso di soggiorno di lungo periodo. La direttiva relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo[1] dispone che essi debbano godere di una tutela rafforzata contro l'espulsione. Di conseguenza, gli Stati membri possono decidere di allontanare un soggiornante di lungo periodo esclusivamente se egli costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza. Prima di emanare un provvedimento di allontanamento nei confronti di un soggiornante di lungo periodo, gli Stati membri devono considerare più elementi: la durata del soggiorno nel loro territorio; l'età dell'interessato; le conseguenze per l'interessato e per i suoi familiari, nonché i vincoli con il paese di soggiorno o l'assenza di vincoli con il paese d'origine. Il *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 1 de Pamplona* (Tribunale amministrativo provinciale di Pamplona, Spagna) indica che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, esistono due diverse modalità di allontanamento amministrativo di un cittadino straniero, vale a dire, da un lato, l'allontanamento come sanzione inflitta per la commissione di varie violazioni amministrative e, dall'altro, l'allontanamento come conseguenza derivante per legge dalla condanna a una pena privativa della libertà personale superiore a un anno per atto doloso. Il giudice spagnolo rileva che, per quanto riguarda i soggiornanti di lungo periodo in Spagna, secondo la giurisprudenza di alcuni tribunali nazionali, la protezione rafforzata contro le decisioni di allontanamento può essere accordata unicamente nel caso di decisioni di allontanamento adottate per sanzionare determinate violazioni amministrative e non nel caso di decisioni adottate nei confronti di un soggiornante di lungo periodo condannato ad una pena privativa della libertà personale superiore a un anno.

personale superiore a un anno. Sentenza della Corte (Grande Sezione) 13 settembre 2016 « Rinvio pregiudiziale – Cittadinanza dell'Unione – Articoli 20 e 21 TFUE – Direttiva 2004/38/CE – Diritto di soggiorno in uno Stato membro di un cittadino di uno Stato terzo con precedenti penali – Genitore che ha l'affidamento esclusivo di due figli minorenni, cittadini dell'Unione – Primo figlio avente la cittadinanza dello Stato membro di residenza – Secondo figlio avente la cittadinanza di un altro Stato membro – Normativa nazionale che esclude la concessione di un permesso di soggiorno a tale ascendente a causa dei suoi precedenti penali – Diniogo del diritto di soggiorno che può comportare l'obbligo per i figli di lasciare il territorio dell'Unione » . Nel procedimento C-165/14, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunal Supremo (Corte di cassazione, Spagna), con decisione del 20 marzo 2014, pervenuta in cancelleria il 7 aprile 2014, nel procedimento Alfredo Rendón Marín contro Administración del Estado.

Tuttavia, non può sottacersi la rilevanza di una massima di esperienza<sup>57</sup> che espone il giudizio della Corte, pur corretto e coerente nel suo impianto concettuale e nei suoi passaggi interni, allo stesso (vizio o) limite di astrattismo censurabile. Diversi crimini o attentati terroristici<sup>58</sup>, da parte di soggetti che non risultano “in attività” (le “cellule dormienti”, nel linguaggio dell'*intelligence* Usa), sarebbero stati evitati se le autorità non avessero sottovalutato certi indizi o talune informazioni, anche se non ravvicinate nel tempo<sup>59</sup>. Per il terrorismo, soprattutto quello radicale, la cultura o la pratica delle “massime garanzie” lascia notevoli spazi alle azioni che lo corroborano<sup>60</sup> (in luogo di quella della “massima prevenzione”<sup>61</sup>), considerando che quello scuote dalle fondamenta l'edificio di uno Stato e l'equilibrio e la sicurezza di un Paese<sup>62</sup>. Per esempio, in sede di adozione di una misura cautelare, per il reato di apologia del terrorismo, i requisiti corrispondenti vengono in rilievo con minor rigore<sup>63</sup>, e

---

<sup>57</sup> « Le massime di esperienza non sono principi scientifici bensì deduzioni dotate di particolare attendibilità e rappresentano ciò che normalmente avviene in presenza di determinati accadimenti » (così, in dottrina, C. Taormina, *Procedura penale*, Torino, 2015, 326). Corte di Cassazione, sezione VI penale, sentenza 17 gennaio 2017, n. 1987 definisce « le massime di (comune) esperienza...generalizzazioni di senso comune che si esprimono in definizioni o in giudizi ipotetici di contenuto generale acquisiti alla esperienza comune indipendentemente dal caso concreto da trattare. Non possono risolversi in semplici illazioni o in criteri meramente intuitivi o addirittura contrastanti con conoscenze o parametri riconosciuti e non controversi (Sez. 2, n. 51818 del 06/12/2013, Rv. 258117; Sez. 6, n. 1775 del 9/10/2012, dep. 2013, Rv, 254196) ».

Sull'uso delle massime di esperienza, da parte del giudice, v., recentemente, Cass., sez. VI, sent. 5 gennaio 2017, n. 487, Di Pietro e altri, *Guida dir.*, 2017, n. 7, 82-83,e, in dottrina, fra gli altri, P. Tonini, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, Milano, 2017, 127, che la designa - la massima di esperienza, appunto - come « una regola di comportamento che esprime quello che avviene nella maggior parte dei casi (*id quod plerumque accidit*); più precisamente è una regola che è ricavabile da casi simili al fatto noto (circostante indiziante) ». Pure, v. S. Morsico-L. Saponaro, *Regole di giudizio e massime di esperienza*, in *Dig. pen.*, Agg. \*\*\*, II, Torino, 2005, 1319 s.

<sup>58</sup> A. Corneli, *Minaccia terroristica, intelligence rafforza la sicurezza nazionale*, in *Guida dir.*, 2016, n. 16, 10 s. In giurisprudenza, Cass., sez. I, sent. 28 settembre 2017, n. 44850, *ivi*, 2017, n. 42, 89, definisce i caratteri di una condotta terroristica.

<sup>59</sup> *Usque ad mortem et ultra*: per l'ipotesi in cui l'azione di prevenzione patrimoniale prosegue ovvero sia esercitata dopo la morte del soggetto socialmente pericoloso (Cass., sez. un., 16 marzo 2017, n. 12621, De Angelis, in *Guida dir.*, 2017, n. 16, 109-110).

<sup>60</sup> V., per una attenuazione “innocua” delle garanzie, ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 21 settembre 2012, n. 36583, Stefan Falvius, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 114, sul fatto che nei confronti del soggetto da estradare sia stata pronunciata sentenza di condanna, utilizzando, per l'accertamento della sua responsabilità, prove assunte al di fuori del contraddittorio, poiché i diritti fondamentali, tra cui rientra anche il principio del contraddittorio nella formazione della prova, possono essere garantiti in maniera non uniformi dai vari ordinamenti giuridici.

<sup>61</sup> L'espressione (intende precisarsi, per l'uso limitato) è tratta da T. A. R. Lombardia – Brescia, sez. I, sent. 18 settembre 2017, n. 1127, in *Guida dir.*, 2017, n. 43, 35, secondo cui un provvedimento è legittimo anche in caso di pericolo di lesione dell'ordine pubblico, in un'ottica di massima prevenzione.

<sup>62</sup> « 18. In quest'ultima decisione lo *Staatssecretaris* si è anzitutto riferito alle decisioni del 15 maggio 2003 e del 16 gennaio 2013 recanti rigetto delle domande di asilo di K., in cui aveva constatato che quest'ultimo si era reso colpevole di condotte ricomprese nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra, essendo stato a conoscenza di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalle unità speciali dell'esercito bosniaco e avendo preso personalmente parte a tali crimini » (sent.. Corte di giustizia Europea, Grande Sezione, 2 maggio 2018).

<sup>63</sup> È legittima la misura cautelare nei confronti di un soggetto che mostra di avere dei reali contatti con l'organizzazione a delinquere religiosa quale l'Isis. La Cassazione ha accolto la tesi della Procura che aveva richiesto la misura cautelare nei confronti di un cittadino marocchino residente in Italia, che, come risultante dalle conversazioni telefoniche, aveva mostrato di avere e mantenere contatti con la struttura nel proprio paese (Cass., sez. VI, pen., sent. 29 marzo 2018, n. 1450). Configura il reato di cui all'art. 270 *bis* del Cp la costituzione di una “cellula” organizzativa di matrice *jiihadista*, pur in presenza di uno schema di aggregazione minimo e di natura rudimentale (anche perché l'Isis è sempre disponibile ad accogliere le vocazioni criminali provenienti da singoli e

senza dire che l'ordinamento, anche comunitario, ammette la prova indiziaria e la dottrina il sospetto<sup>64</sup>, rispetto alla prova piena.

D'altra parte, trattandosi di reati di eccezionale portata criminosa (anche quelli considerati dalla giurisprudenza in analisi), dovrebbe riconoscersi allo Stato un margine di giudizio di maggiore discrezionalità rispetto a quello ordinario, come diverse pronunce attestano<sup>65</sup>.

---

gruppi) (così), in materia di terrorismo, di Cass., sez. V, 3 novembre 2017, n. 50189, Bekaj, in *Guida dir.*, 2018, n. 6, 78 s.).

<sup>64</sup> Specialmente, v. Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2010, n. 19933, Erardi, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 203 s., commento di N. Salimbeni, *Ragionevole dubbio e motivazione sulla prova indiziaria*. In tema, v. D. Siracusano, *Prova*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XII, Roma, 2004, 12 s.; Taormina, *Procedura penale*, cit., 327; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 585; Tonini, *Lineamenti*, cit., 129 s.

L'art. 187, comma 2, c. p. p., per la ricostruzione di un fatto di reato, ammette l'uso di « indizi...gravi, precisi e concordanti ». Per esempio, segnala Cass., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 47250, Livadia, in *Riv. pen.*, 2013, 225, che il giudizio di colpevolezza, che superi il ragionevole dubbio, ben può essere sostenuto da un compendio probatorio di natura indiziaria, intendendosi per tale un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possa essere significative al pari di una prova rappresentativa, e ciò che qualifica l'indizio non è la fonte né l'oggetto della prova ma il suo contenuto ed il suo grado di persuasività. Specialmente, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 21 giugno 2017, Causa C-621-15, in *Guida dir.*, 2017, n. 29, 52, che ammette la prova indiziaria, scrupolosamente valutata: la mancanza di una prova scientifica...non può impedire l'individuazione processuale di un nesso di causalità.

Sulla differenza (sottile) tra indizio e sospetto, ad esempio v. G. Ubertis, *Prova*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, 7, secondo cui « tanto il sospetto quanto l'indizio...si caratterizzano per avere alla loro origine un elemento fondante una conclusione incerta. La differenza riscontrabile tra le due nozioni è invero basata su una distinzione meramente " quantitativa ", nel senso che l'elemento del sospetto costituisce un anello più lontano di quello indiziario, per cui si è potuta correttamente sostenere un'assimilazione a una vera e propria ipotesi di ricerca ». Sul sospetto, v. , ad esempio, Cass., Sez. VI, 30 luglio 2013, n.33131, in *Dir. & Proc.*, 9 settembre 2013.

Addirittura, può anche mancare la stessa prova, come nella vicenda trattata da Cass., sez. II, sent. 29 aprile 2015, n. 17681, in *Guida dir.*, 2015, n. 21, 43:è possibile contestare l'associazione mafiosa a un presunto affiliato a prescindere dalla prova del suo ingresso formale nel clan, attraverso la valorizzazione degli elementi di prova sostanziali che indicano l'utilizzo del metodo mafioso.

<sup>65</sup> Per uno spunto, v. Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 2012: «... In tali casi eccezionali, infatti, è prevista una valutazione discrezionale della pericolosità attuale dello straniero da parte della pubblica amministrazione...Occorre anzitutto ricordare che questa Corte ha costantemente affermato che al legislatore è riconosciuta un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi che tale regolazione riguarda...Nell'ambito di questa discrezionalità, il legislatore può anche prevedere casi in cui, di fronte alla commissione di reati di una certa gravità, ritenuti particolarmente pericolosi per la sicurezza e l'ordine pubblico, l'amministrazione sia tenuta a revocare o negare il permesso di soggiorno automaticamente e senza ulteriori considerazioni ». Per Cass., pen., giugno 2016 (ud. Marzo 2016), non è irragionevole un diverso esercizio della discrezionalità legislativa nella materia relativa alla regolamentazione dell'accesso degli stranieri nel territorio nazionale.

In dottrina, « la discrezionalità amministrativa è...lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione (A. Romano) » [E. Casetta *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2015, 363, che distingue tra discrezionalità c. d. " pura " e c. d. discrezionalità tecnica; articolato l'ambito attinto da G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 201-202: quando l'ordinamento « lascia aperta una scelta...è questa scelta (o questo potere di scelta) che qualifica la discrezionalità...Discrezionalità amministrativa significa facoltà di scelta nell'esercizio di un potere amministrativo...la discrezionalità a partire dalla nota ricostruzione di M. S. Giannini, viene identificata con una ponderazione di interessi, ossia con una valutazione comparativa di interessi »].

V., ad esempio, in giurisprudenza, Cons. St., 6 marzo 2018, sent. n. 1456, che nega il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo per motivi di famiglia. Per la giurisprudenza di merito, recentemente, v. T. A. R Friuli Venezia Giulia, sez. I, sent. 24 giugno 2016, n. 324, in *Guida dir.*, 2016, n. 29, 74: ai sensi di quanto rispettivamente dispongono l'articolo 9, comma 4, e l'articolo 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, la condanna subita dal cittadino straniero in quanto riconosciuto responsabile di tali specifici reati in materia di immigrazione clandestina e in quanto condannato per uno dei gravi reati di cui all'art. 380 del c. p. che per essi prevede la misura dell'arresto obbligatorio in flagranza, costituisce elemento assolutamente ostativo al



La Corte, usando efficacemente una massima di esperienza, proprio calata nel caso *sub iudice*, avrebbe pure potuto interpretare e intendere i fatti attribuiti a K. consolidati in atti e in decisioni come occasione e strumento per ricostruire la sua indole e il suo temperamento, e quindi del tutto *sintomatici* della sua più che inquietante personalità, violenta, imprevedibile e piena di incognite nonché della sua inclinazione. Fatti (efferati) anche *predittivi* dunque, quando la categoria impegnata è quella della tutela dell'interesse dello Stato alla sicurezza interna, al pari di un reato di pericolo o a consumazione anticipata del delitto, « in considerazione della natura, dell'entità e dell'entità della messa in pericolo degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice »<sup>66</sup>. Al riguardo, sul piano generale, sono state « giudicate meritevoli di considerazione le ragioni politico-criminali sottese al ricorso a forme di anticipazione della tutela di beni superindividuali »<sup>67</sup>.

Fatti, dunque, "a doppia lettura": retrospettivi e prospettici.

Proprio la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 2 maggio 2018 dimostra che certi spazi esplorativi e certi passi, improntati all'esigenza di proteggere la sicurezza interna ed internazionale, può aprirli e compierli elettivamente l'azione amministrativa guidata dalla lungimiranza politica ed istituzionale. Questa, avverte pienamente il poterdovere di garantire e salvaguardare la sua sicurezza interna, senza che debba misurarla o frazionarla e trovare accettabile di controllarla solo in parte lasciando, così, covare al suo interno, incontrollatamente appunto, il pericolo che quella minaccia riesploda in qualunque momento e inaspettatamente, e mettere a repentaglio l'ordine statale. I dati, certi, di cui la

---

rilascio sia del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo sia del rinnovo dell'ordinario titolo di soggiorno.

V. Consiglio di Stato, sez. III, 17 aprile 2018, n. 2286, in *Immigrazione.it*. 2018, secondo cui i soggiornanti di lungo periodo non hanno più diritto a tale *status* nei casi seguenti: a) constatazione dell'acquisizione fraudolenta dello status di soggiornante di lungo periodo; b) adozione di un provvedimento di allontanamento; c) in caso di assenza dal territorio dell'Unione europea per un periodo di dodici mesi consecutivi. Gli Stati membri poi possono stabilire che il soggiornante di lungo periodo non abbia più diritto allo *status* se costituisce una minaccia per l'ordine pubblico in considerazione della gravità dei reati dallo stesso perpetrati.

<sup>66</sup> Cass., sez. I, sent. 27 febbraio 2017, n. 9636, B., in *Guida dir.*, 2017, n. 16, 97, proprio in materia di immigrazione: il delitto di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 tutela l'interesse dello Stato alla sicurezza interna e alla cooperazione senza che occorra la realizzazione di un ingiusto profitto da parte dell'agente, il cui perseguimento aggrava il reato base, che si perfeziona con il compimento di atti volti al potenziale ingresso illegale dello straniero nello Stato ovvero in altro Stato, rimanendo del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo. L'interpretazione (sopra richiamata) chiama in appello il ruolo (o adempimento) dell'operatore (giuridico) che applica le norme, calandone nelle fattispecie [per esempio, v. R. E. Kistoris, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. VI, Roma, 1997, 14, quando avverte che « la trama delle previsioni normative presenta spesso vuoti, lacune, che vanno colmati in sede interpretativa »]. Il concetto di "violenza" in ambito comunitario e internazionale è più ampio rispetto della nostra legislazione: v., per esempio, direttiva 2012/29/UE, che in suo "considerando" (8) richiama « La decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo...che...costituisce...una minaccia al libero esercizio dei diritti dell'uomo ».

<sup>67</sup> Testualmente, v. Cass., sez. IV, 21 settembre 2012, n. 36639, in *Cass. pen.*, 2013, 4452, m. 1043, in riferimento ad un reato di pericolo astratto. E, quando non è richiesta la prova dell'effetto o pericolo per la pubblica incolumità, v. la decisione di Cass., sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 43126, in *C. E. D.*, *Cass.*, n. 242459). Ai fini della integrazione del reato previsto dall'art. 260 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 non sono necessari un danno ambientale né la minaccia grave di esso (Cass., sez. III, 2 maggio 2013, n. 1918, in *Cass. pen.*, 2013, 4642, m. 1119; analogamente, v. Cass., sez. III, 6 dicembre 2005, n. 4503, in *C. E. D.*, n. 233294).

Corte disponeva erano che un cittadino dell'Unione non era stato ammesso alla tutela ampliata dello *status* di rifugiato ai sensi dell'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95. Lo Stato membro ospitante, aveva utilizzato gli elementi su cui la reiezione era basata (decisioni del 15 maggio 2003 e del 16 gennaio 2013 sul rigetto delle domande di asilo di K.), considerando l'entità e la gravità dei crimini o degli atti contestati, riferiti a crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalle unità speciali dell'esercito bosniaco, a cui, pare, abbia preso parte personalmente <sup>68</sup>.

Quei reati, all'analisi, risultano "dirompenti" o "incombenti", come il masso di Tantalò, e lasciano sul terreno una lunga scia di tossicità ed un filo invisibile e incontrollabile, nell'ottica dello Stato membro ospitante esposto così ad un pericolo permanente. Vuole sottolinearsi che quando lo Stato non controlla un fattore di potenziale e macroscopico pericolo di attentato alla sua sicurezza, a quella del suo territorio, ignorando come e quando nonché in quale misura può svilupparsi, la minaccia, per definizione, non perde la propria consistenza o attualità (non svanisce), finché il soggetto che quella minaccia incarna è insediato nel territorio e fra i consociati (perché il soggetto non è segregato in una struttura chiusa, ma circola *libero pede*).

## **9. Il prepostulato della meritevolezza della permanenza territoriale nel Paese ospitante.**

In una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, si è fissata questa *regula iuris*, assai perspicua per la netta scelta di campo e che rappresenta un traguardo interpretativo: è la gravità dei reati di cui si è reso responsabile lo straniero che preclude, insieme alla reiterazione delle condotte criminose, un valido bilanciamento con gli interessi familiari del reo. Diventa così intollerabile, per lo Stato che offre ospitalità, l'aver superato una certa soglia di gravità, giustificandosi il divieto di permanenza nel territorio e quindi il rifiuto del rilascio del permesso di soggiorno <sup>69</sup>.

Tale valutazione (riferita allo straniero, precisandosi, però che la giurisprudenza, ad esempio, ammette l'applicabilità al cittadino comunitario, condannato per reati in materia di

---

<sup>68</sup> V., per tutti, E. Spatafora, *Diritto umanitario*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XIV, Roma 2006, fra i vari significati e le varie distinzioni. V. le decisioni del Parlamento e del Consiglio per l'istituzione dei Fondi europei per i rifugiati (Decisione n. 2007/574/CE, 23 maggio 2007, in *GUUE L*, 6 giugno 2007, 22 s.). V. (sull' *acquisis* comunitario, v., in dottrina, Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo*, cit., 21) art. 78 TFUE: « 1. L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti ».

<sup>69</sup> *Cons. St., sez. III, 4 maggio 2018, n. 2654*, in *Dirittifondamentali.it* 2018: Straniero – Permesso di soggiorno – Diniego – Per condanna reiterata per traffico di stupefacenti – Motivazione – mero riferimento a vincoli familiari – Sufficienza – Condizione (E' legittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno opposto ad uno straniero che ha subito due condanne per traffico di ingenti quantità di stupefacenti anche se l'Amministrazione, pur dando atto dell'esistenza di vincoli familiari, si è limitata a sottolineare, ai fini del diniego, la particolare gravità dei reati e la loro reiterazione, senza spiegare perché gli interessi familiari siano subvalenti rispetto alla sicurezza dello Stato).

stupefacenti ex art. 86 d.P.R. n. 30/90, della misura di sicurezza della espulsione <sup>70</sup>) è emessa in relazione al reato di spaccio di stupefacenti di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990, che per quanto grave non lo è allo stesso modo rispetto ai fatti atroci addebitati a K. (c. d. *argumentum a fortiori*), di essere responsabile di crimini di guerra e contro l'umanità, avendone preso parte personalmente. Dovrebbe essere consentito ritenere che quei fatti, per la loro incommensurabile gravità e riprovevolezza e per il disvalore che racchiudono e trascinano, segnano e contraddistinguono per un tempo indefinibile <sup>71</sup> il suo autore e (soprattutto) i recessi della sua personalità innegabilmente e intrinsecamente pericolosa (è accertato che K. abbia disertato nel febbraio 1994, si aggiunga), che è quanto è sufficiente allo Stato ospitante che ha il dovere di tutelare la tranquillità e la serenità della popolazione, per impedire la sua ulteriore permanenza nel territorio dello Stato membro, per dichiararlo indesiderabile.

La richiamata decisione permette di porre in risalto che K. vive in uno Stato che lo ospita e, in questo contesto, la meritevolezza della permanenza nel suo suolo può assumersi e appellarsi come un prepostulato sotteso alla stessa Direttiva 2004/38/CE *ratione criminis*, simile ad una clausola implicita ed immanente di salvaguardia, e da intendersi in una precisa accezione, cioè come idoneità e attitudine del soggetto ospitato che riceve una tutela ampliata al pari di un beneficio a garantire, permanentemente, la sicurezza interna del territorio. Quando tale condizione non è assicurata o è solo incrinata, la sua esclusione (o attenuazione), in quei casi, sarebbe in grado di ledere un interesse fondamentale dello Stato membro (nell'ambito della sua valutazione discrezionale) e avrebbe un carattere quasi assorbente in sede di vaglio degli interessi contrapposti, poiché il diritto di circolare e soggiornare liberamente e alla vita privata e familiare dell'interessato per il quale è intervenuta una declaratoria di persona indesiderabile (la richiamata decisione del 22 luglio 2015 dichiara K. indesiderabile) entrerebbe in un cono d'ombra fino a divenire del tutto secondario nella sua valenza (non meritevole di valicare quella soglia irrinunciabile della sicurezza statale). La presente ricostruzione, ove la classe della pubblica sicurezza (i « motivi imperativi di pubblica sicurezza » previsti dall'art. 28, paragrafo 3, della Direttiva 2004/38/CE) riferita ad una tipologia eccezionale di crimini [quelli previsti all'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra] riceve una dimensione che assegna una sufficiente tutela ad un interesse fondamentale della società, sarebbe, anche, in linea con il canone generale e il comune sentire per cui in ipotesi di contrasto o conflitto fra interesse individuale (quello del singolo) e interebbe collettivo (quello dell'intera società) il primo è recessivo <sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Per Cass., sez. IV, 17 settembre 2004, El Mezoughi, in *Riv. pen.*, 2005, 1275; conf., tra le altre, Cass., sez. IV, 3 maggio 2007, Bleta ed altri, in *Guida dir.*, 2007, n. 30, 69; Cass., sez. I, 18 novembre, Grosso, in *Riv. pen.*, 2009, 1337. *Contra*, Cass., sez. I, 9 marzo 2000, Alejos Mendez, RV 216191; Cass., sez. VI, 21 giugno 1996, Banzefr, RV 205931.

V. Giud. Pace Roma, decr. 20 gennaio 2016, in *Dir. imm. cittad.*, 2015, n. 3-4, 204 s. sull'espulsione per motivi di pericolosità sociale.

<sup>71</sup> Nel senso che non può conoscersi e misurarsi con utile esattezza.

<sup>72</sup> In materia di tema di espulsione dello straniero), v., recentemente, Cass., sez. III, sent. 30 agosto 2017, n. 39552, cit., sul confronto tra l'interesse generale alla sicurezza sociale e quello del singolo alla vita familiare. In dottrina, ad esempio, v. P. Bonetti, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 2372 s.

Così, « esiste una soglia di gravità, oggettivamente percepibile secondo l'*id quod plerumque accidit*, oltre la quale il comportamento criminale diviene intollerabile per lo Stato che offre ospitalità, in guisa da rendere, in concreto, vincolato il diniego di permanenza »<sup>73</sup>.

Si tratta di sviluppare ed adattare una linea interpretativa che, in linea con la Nota sulle clausole di esclusione EC/47/SC/CRP.29 del Comitato permanente dell'UNHCR 30 maggio 1997 in merito alla « idea di una protezione individuale “ non meritevole “ », consideri « l'applicazione delle cosiddette cause di esclusione “ per non meritevolezza “: non ha diritto alla protezione chi ha compiuto atti brutali o crimini particolarmente gravi o rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato o l'ordine interno »<sup>74</sup>.

Nel caso di specie, e avuto riguardo all'individuazione di un giudizio di pericolosità sociale, non è intervenuta una sentenza di condanna ma una decisione di rigetto della domanda di rifugiato (una duplice decisione, una del 2003 e l'altra, assai recente, del 2013), giustificata a mezzo del richiamo di quei gravissimi reati: si tratta di scegliere di assegnare agli stessi un valore, che ne prolunghi la direzione nel tempo<sup>75</sup>, o lasciarli cadere *in vacuo*, come inerti ed inespressivi o agnostici. L'autonomia decisionale può ricavarsi anche dal fatto che neppure dirimente risulta l'intervento di una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/UE, che esclude gli automatismi tra sentenza di condanna e provvedimento limitativo della libertà personale. D'altra

parte, neanche l'assoluzione può escludere la pericolosità del soggetto<sup>76</sup>.

---

Altresì, v. Cfr. A. Bigiarini, *La presenza di un figlio minore non impedisce l'espulsione per motivi di sicurezza*, in *il Penalista*, 11 luglio 2017.

<sup>73</sup> Testualmente, v. *Cons. St.*, sez. III, 4 maggio 2018, n. 2654, cit.

<sup>74</sup> Specialmente, ai nostri fini, v. P. PAPA, L'esclusione per non meritevolezza, i motivi di sicurezza e di pericolo, il principio di *non refoulement* e il permesso di soggiorno per motivi umanitari, in *Dir. imm. citt.*, 2/2018, 18, che richiama Corte giust., Grande Chambre, 23.11.2010, causa C-145/09 (Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis), nel cui ambito la nozione di pubblica sicurezza « comprende tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna (v., in particolare, sentenze 26.10.1999, causa C-273/97, Sirdar, Racc. p. I-7403, punto 17; 11.1.2000, causa C-285/98, Kreil, Racc. p. I-69, punto 17; 13.7.2000, causa C-423/98, Albore, Racc. p. I-5965, punto 18, e 11.3.2003, causa C-186/01, Dory, Racc. p. I-2479, punto 32) » e che « il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza (v., in particolare, sentenze 10.7.1984, causa 72/83, Campus Oil e a., Racc. p. 2727, punti 34 e 35; 17.10.1995, causa C-70/94, Werner, Racc. p. I-3189, punto 27; Albore, cit., punto 22, nonché 25.10.2001, causa C-398/98, Commissione/Grecia, Racc. p. I-7915, punto 29) ».

<sup>75</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. V, 18 aprile 2013, M. K. c. Francia n. 19522/09, in *Cass. pen.*, 2013, 2848, m. 710, con le osservazioni di A. Scarcella: il ricorrente era stato assolto dall'accusa di furto di libri e le sue impronte digitali sarebbero state conservate in un *database* per un periodo che la legge francese fissa in venticinque anni.

<sup>76</sup> Recentemente, v. *Cass.*, sez. VI, sent. 23 ottobre 2017, n. 48610, Inzitari e altro, in *Guida dir.*, 2018, n. 5, 100: in tema di misure di prevenzione, l'assoluzione del proposto dal reato associativo (anche qualora contestato a titolo di concorso esterno) non comporta l'automatica esclusione della pericolosità sociale dello stesso, in quanto, in ragione dell'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, il giudice chiamato ad applicare la misura può avvalersi, di un complesso quadro di elementi indiziari, anche attraverso lo stesso processo penale conclusosi con l'assoluzione, sicché anche una sentenza di assoluzione, pur irrevocabile, non comporta l'automatica esclusione della pericolosità. Proprio per il delitto di associazione (di tipo mafioso), la giurisprudenza, anche quando il numero degli appartenenti è assai esiguo e gli stessi non siano soggetti armati, lo individua (*Cass.*, sez. VI, sent. 28 dicembre 2017, n. 57896, *ivi*, 45; ma, più rigorosamente, v. *Cass.*, sez. un., sent. 4 gennaio 2018, n. 111, Gattuso, *ivi*, n. 6, 41, postulando che il richiamo alle presunzioni semplici deve esse-

Si noti che è dello stesso giudice del rinvio l'osservazione che « è *assodata* l'esistenza di seri motivi che consentono di ritenere che K. abbia commesso un crimine ai sensi dell'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra, alla luce dei suoi comportamenti nel periodo compreso tra l'aprile 1992 e il febbraio 1994, quando faceva parte di un'unità dell'esercito bosniaco » (v. sent. 2 maggio 2018, CGUE, 21, cit.).

In tale contesto “ di appello” *all'urgenza* di garantire la sicurezza sociale <sup>77</sup>, il « rischio di recidiva » richiamato in sentenza (2 maggio 2018, CGUE, cit.) non può essere escluso, e quindi può essere ritenuto nei termini di esposizione a concreto pericolo, cioè di pericolo serpeggiante, come attesta la giurisprudenza <sup>78</sup>, che ammette nel terreno dell'accertamento giudiziario, d'altra parte, la forma della “ prova attenuata ”<sup>79</sup>, dotata di una minore forza persuasiva rispetto alla prova piena. Se invece, si valicasse tale soglia ricercando proprio l'intervenuta recidiva, ci collocheremmo nell'analisi in uno stadio troppo avanzato e all'interno di un vero e proprio cortocircuito interpretativo in cui lo Stato è già coinvolto nella gravissima sfera del crimine.

In tal modo, così come (in altro campo del diritto) si è stabilito che « la cessazione della permanenza non fa venir meno di per sé il pericolo che possa essere reiterato l'abuso edilizio » <sup>80</sup>, allo stesso modo non è insussistente il pericolo che gli orribili misfatti di K., anche *aliquanto post*, possano essere, *in aliis locis*, reiterati in forme che non è possibile prevedere con precisione. Proprio recentemente, si è asseverato (con il Dpr 15/2018, confermato nell'interpretazione di legittimità) che nel campo penale del sapere acquisito in riferimento ad una data indagine debba restare una “ memoria iconica “ per vent'anni <sup>81</sup>, segnando tale importante ed utile adempimento tecnico un vincolo interpretativo per ogni vicenda rilevante nel terreno della sicurezza, specie per quelle di eccezionale portata.

---

re supportato dalla valorizzazione di fatti specifici). V., pure, il principio accolto da Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VIII, sent. 7 dicembre 2017, Causa C-636/2016, *ivi*, n.5, 46 secondo cui la decisione di allontanamento di un cittadini extra Ue, soggiornante di lungo periodo, applicata in modo automatico in seguito alla commissione di un reato e senza la possibilità di ricorrere in sede giurisdizionale è contraria al diritto dell'Unione europea.

<sup>77</sup> Secondo l'incisivo richiamo di Cass., sez. III, 30 agosto 2007, n. 39552, cit.: ecco un parametro valutativo aderente alla vicenda richiamata, quello dell'urgenza

<sup>78</sup> Per la giurisprudenza della Corte, v. sentenze del 9 novembre 2010, B e D (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661), del 23 novembre 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708), e del 22 maggio 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300).

Per la giurisprudenza italiana, può essere utile il richiamo a Cass., sez. III, sent. 13 febbraio 2018, n. 6940, in *Guida dir.*, 2018, n. 11, 16.

<sup>79</sup> V., in tema di protezione internazionale, Cass. civ., sez. VI-1, sent. 19 aprile 2017, n. 9946, in *Guida dir.*, 2017, n. 20, 82.

<sup>80</sup> Così, Cass., sez. III, sent. 13 febbraio 2018, n. 6940, cit.

<sup>81</sup> V. Cass. civ., ord. 29 agosto 2018, n. 21362, cit.: le informazioni della persona sottoposta alle indagini penali restano nella banca dati della polizia, anche nel caso di accertamento della estraneità ai fatti, per venti anni (v. il commento di Moramarco, *Indagini della polizia nella banca dati per vent'anni.*).

Sul piano delle fonti, l'allontanamento è un presidio inserito all'interno dell'art. 79, par. 2, TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130)<sup>82</sup>.

In Italia, in particolare, la giurisprudenza più recente segue un indirizzo restrittivo in tema di concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> « 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare ».

M. Spatti, *La disciplina comunitaria relativa all'allontanamento dei richiedenti asilo verso "Paesi sicuri"*, in *DPCE*, 2007, 217; R. Rossano, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo*, in *DCSI*, 2004, 371 s. e, da ultimo, F. De Vittor, *Immigrazione e asilo. Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, vol. 12, 2018, n. 2, 44.

In giurisprudenza, v. Trib. Ragusa, Uff. G. i. p., decreto n.1182-2018 del 16 aprile 2018, che non ritiene la Libia un approdo sicuro e su cui v. M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Quest. giust.*, 2/2018. In tema, v. S. Bolognese, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di "Stato terzo sicuro" nel parere dell'Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, *ivi*, 3 ottobre 2018. E sull'incostituzionalità del concetto di Stato terzo sicuro, la cui codificazione era inizialmente prevista nel progetto della c. d. "Legge Collomb", si è pronunciata anche la *Commission National Consultative Des Droit De l'Homme* [CNCDH, *Avis Sur Le Concept de Pays Tiers Sur*, 19 dicembre 2017, p. 6 (reperibile online)]. Cfr. E. Bussetto-A. Fiorini- E. Pieroni-S. Zarrella, *Le informazioni sui Paesi di origine nella procedura di asilo: sempre più rilevanti, ancora poco considerate*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1, 2017 (reperibile online).

<sup>83</sup> Per Cass. civ., sez. I, sent. 23 febbraio 2018, n. 4455, cit., il cittadino immigrato per poter beneficiare del permesso di soggiorno in Italia deve provare, quanto meno in via presuntiva, il concreto pericolo cui andrebbe incontro con il rimpatrio, precisando l'effettività e l'attualità di esso (con commento di M. Noci, *Spetta allo straniero la prova presunta dello stato di pericolo*). Si ricorda il c. d. decreto Minniti, sulle nuove regole in materia di asilo politico e lotta all'immigrazione illegale, Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, coordinato con le modifiche introdotte dalla legge di conversione 13 aprile 2017, n. 46, *ivi*, 2017, n.20, 11 s. (commenti di E. Codini, *Accoglienza stranieri, i rischi dell'attuazione sulle norme approvate*; G. Buffone, *Decisione collegiale per l'abolizione del grado di appello*).

Anche sul piano politico, del neo-governo Conti, sono stati annunciati rimpatri veloci, con richiamo della direttiva 2013/32/UE (v. M. Ludovico, *Respingimenti immediati, Salvini userà la direttiva Ue*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 giugno 2018, n. 153, 3: « Respingimenti in porto, pratiche veloci per i migranti economici...uno dei filoni di intervento del ministro dell'Interno Matteo Salvini, in gergo si chiamano "procedure accelerate di frontiera" »). Pure sul Regolamento di Dublino (Ue, n.604 del 2013, detto Regolamento di Dublino III), lo scenario è instabile, nel resoconto di B. Romano, *Migranti, Ue spaccata sulla nuova Dublino*. No di Italia, Spagna, Austria, Romania, Ungheria, Slovenia e Slovacchia alla revisione che disciplina il diritto d'asilo, *ivi*, 6 giugno 2018, n. 154, 6: « L'annosa riforma del Regolamento di Dublino, che dovrebbe regolare l'accoglienza di rifugiati nell'Unione europea, è ancora in alto mare » (vengono pure riportati i dati relativi agli sbarchi nel 2018, 13.775, gli arrivi sulle coste italiane, il 77,5% in meno rispetto all'anno precedente). Sui temi correlati, v. F. Caccia, *Salvini: ora stop alle navi militari. Lite con la Difesa*, in *Corriere della sera*, 9 luglio 2018, n. 26, 1 e 6.

In dottrina, v. C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Quest. giust.*, 2018; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2018, 1. Sul rigetto della protezione internazionale e umanitaria, v., da ultimo, Cass., ord. 4 settembre 2018, n. 21610.

In una Circolare del Ministero dell'Interno, Roma 4 luglio 2018 protocollo n. 0008819 si legge, nell'*incipit*, che « sono attualmente in trattazione circa 136.000 richieste di protezione internazionale: un numero significativo e con andamento crescente se si considera che lo scorso anno sono state presentate oltre 130.000 istanze di asilo, di gran lunga superiore ai 119.000 migranti sbarcati sulle nostre coste ».

## 10. Il sistema d'informazione Schengen (SIS)

Si ricorda che il sistema d'informazione Schengen (SIS) è quello più ampiamente utilizzato, per la

sua efficacia, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE<sup>84</sup> e così « la più rilevante novità introdotta da Schengen riguarda...il Sistema di Informazione Schengen (S. I. S.). Si tratta di una banca dati che ha lo scopo di garantire...che determinati soggetti non possano circolare liberamente

all'interno del territorio europeo<sup>85</sup>. Il riferimento, è, soprattutto, al sistema c. d. di seconda generazione<sup>86</sup>. Recentemente<sup>87</sup>, si è avviato un percorso per affinare ancor di più le

---

<sup>84</sup> G. Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, loc.cit.; De Pasquale, *Il trattamento degli « stranieri lungo soggiornanti » fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo e F. Spitaleri, Collana dir. imm., loc.cit.

<sup>85</sup> In dottrina, v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, 1066, che precisa: « Esso si compone di una direzione centrale...a Strasburgo (C. SIS) e tante sezioni nazionali (N. SIS) aventi sede in ogni Stato. Queste operano secondo un sistema c. d. " a stella ", nel quale i dati inseriti sono trasmessi in senso orizzontale ». Sempre recentemente, in materia, si sofferma M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 912: « Da tempo...funzionano strutture...come il " Sistema d'Informazione Schengen " (S. I. S.), operativo dal 1985 e costitutivo di una sorta di archivio utilizzabile...anche a fini...di cooperazione giudiziaria. In sua sostituzione, con finalità analoghe, è stato istituito più di recente un nuovo sistema informativo, denominati S. I. S. II ». Aggiunge l'A.: « L'istituzione del S. I. S. è avvenuta nell'ambito delle relazioni instaurate tra gli Stati europei sulla base dell'Accordo di Schengen del 1985 e della Convenzione applicativa, mentre il S. I. S. II poggia le sue basi su più recenti " decisioni " dell'Unione europea (D 2007/533/GAI e D 2008/839/GAI) »; v., pure, C. Valentini, *Cooperazione europea per ottenere la consegna di individui e acquisire le prove*, in AA. VV., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2015, 1015, in riferimento alla « Convenzione applicativa del 1990...la più importante tra le novità introdotte dalla Convenzione applicativa dev'essere...identificata nel Sistema informativo di Schengen. L'art. 92 CAAS stabilisce che gli Stati partners istituiscono e gestiscono un sistema come d'informazione, costituito da una sezione nazionale presso ciascuna Parte contraente. Il Sistema d'informazione Schengen (SIS) consente alle autorità designate dalle parti contraenti...di disporre di segnalazioni di persone e di oggetti ». Recentemente, v., in tema di cooperazione giudiziaria penale, Decr. legisl. 21 giugno 2017, n. 108 (norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE), commentato da A. Cisterna, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, 31 s.

Si consideri che i migranti arrivati in Europa sono stati 1.015.078 nel 2015, 362.753 nel 2016, 172.301 nel 2017, 45.923 nella prima metà del 2018. [Fonte: UNHCR (*United Nations High Commissioner for Refugees*)].

<sup>86</sup> Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere*, cit., 42 s.: « Nel settore delle banche-dati, altri sviluppi di maggior rilievo riguardano il sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) con diverse funzioni di interesse per la materia...ed il sistema d'informazione sui visti (VIS o SIV), che consentirà alle autorità preposte ai controlli di frontiera di verificare le domande di visto e la loro effettiva e concreta utilizzazione », e che richiama (nota 102) il Consiglio GAI che ha raggiunto un accordo politico, il 12 giugno 2007, sul pacchetto legislativo (VIS) (regolamento e decisione VIS), ed annotando che il Parlamento europeo lo aveva già adottato in prima lettura, il 7 giugno 2007, nonché, sul piano propositivo, COM (2006)402 def., comunicazione della Commissione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di Paesi terzi, 19 luglio 2006. In tema, v. L. S. Rossi, *La protezione dei dati personali negli accordi di Schengen alla luce degli standard fissati dal Consiglio d'Europa e alle Comunità europee*, in B. Nascimbene, F. Pastore (a cura di), *op. cit.*, 173 s.; C. Amalfitano, *Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello «spazio Schengen »*. *Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale*, in *DUE*, 2006, 489.

<sup>87</sup> Recentemente (8 novembre 2017), il Comitato dei rappresentanti permanenti (Coreper) ha approvato, a nome del Consiglio, il mandato per i negoziati su tre regolamenti riguardanti l'impiego del sistema d'informazione Schengen.

misure di contrasto contro il terrorismo (specialmente di matrice islamica), non dimenticando che il sistema d'informazione Schengen costituisce un presidio informativo e di controllo irrinunciabile (nella lotta contro il terrorismo e le forme più virulente di criminalità) per garantire più sicurezza negli spazi europei. I nuovi regolamenti, infatti, intendono capitalizzare i risultati forniti dall'esperienza, nella prospettiva di colmare talune lacune e della condivisione di informazione nei capitoli della sicurezza e della gestione del macrofenomeno dell'immigrazione.

Mentre il 18 maggio 2018 il Consiglio dell'Unione europea a Bruxelles ha avviato il rafforzamento della cooperazione e dell'uso del Sistema d'Informazione Schengen (SIS) per il trattamento di persone coinvolte in atti di terrorismo o attività connesse al terrorismo, compresi i combattenti terroristi stranieri, il COSI (Comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna) ha incaricato SIS/SIRENE (Gruppo per le questioni Schengen) e TWP (Gruppo "Terrorismo") di precisare gli indirizzi per il trattamento di soggetti pericolosi coinvolti in atti di terrorismo o attività connesse al terrorismo, compresi i combattenti terroristi stranieri <sup>88</sup>.

Nell'Unione europea è in atto negli ultimi anni la lotta contro il terrorismo e il cuore dell'Europa è stata attraversato da gravissimi attacchi terroristici, con lunghe scie di sangue.

#### **11. Una diversa interpretazione della Direttiva 2004/38/CE [caso giurisprudenziale 22 maggio 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300)] <sup>89</sup>.**

Consideriamo la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 22 maggio 2012 <sup>90</sup>, sempre in materia di libera circolazione delle persone, ricompresa nella direttiva 2004/38/CE, che, nello specchio di quella, viene in rilievo specialmente in rapporto all'art. 28 paragrafo 3, lettera a), in ordine ad una decisione di allontanamento territoriale <sup>91</sup>. Il riferi-

---

Un presidio assai importante è l'O. S. C. E. (*Organization for Security and Co-operation in Europe*), su cui v., per tutti, N. Ronzitti, *Organizzazione per la sicurezza e cooperazione in Europa (OCSE)*, in *En. giur. Trecani*, Agg. V, Roma, 1999, 1 s.

<sup>88</sup> Cfr. M. Bartolini, *Libia, rischio di infiltrazioni in Italia. L'allarme del Copasir: terroristi potrebbero nascondersi anche sui barconi*, in *Il Sole 24-Ore*, 14 agosto 2016, n. 223, 6; G. Gaiani, *Se l'intelligence europea riattiva i contatti con Damasco, ivi: « I documenti trovati nel comando dello Stato islamico (Is) a Sirte confermano come una minaccia già nota... Del resto sono almeno due anni che i servizi di intelligence statunitensi, europei e della Nato evidenziano come i proventi dei flussi migratori nel Mediterraneo (che secondo Europol hanno prodotto utili per 5-6 miliardi di euro solo nel 2015) finanzino anche L'Is e al-Qaeda nel Maghreb islamico. Rotte utili anche ad infiltrare terroristi o far rientrare in Europa i *foreign fighters* veterani del conflitto in Siria e Iraq »*. Cfr. P. Scevi, *Diritto penale e terrorismo. Il difficile equilibrio tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali*, in *Arch. pen.*, web, 2018.

<sup>89</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 maggio 2012 P. I. contro *Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* - Libera circolazione delle persone - Direttiva 2004/38/CE - Articolo 28, paragrafo 3, lettera a) - Decisione di allontanamento - Condanna penale - Motivi imperativi di pubblica sicurezza - Causa C-348/09.

<sup>90</sup> La Corte (Grande Sezione), composta da V. Skouris, presidente, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues (relatore), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, U. Löhms, presidenti di Sezione, da A. Rosas, E. Levits, A. Ó Caoimh, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Arabadjiev e C. Toader, giudici.

<sup>91</sup> **Articolo 28 Protezione contro l'allontanamento**

3. Il cittadino dell'Unione non può essere oggetto di una decisione di allontanamento, salvo se la decisione è adottata per motivi imperativi di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro, qualora: a) abbia soggiornato



mento è alla causa C-348/09, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte (ex art. 234 CE) dall'*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* (Germania), con decisione del 20 agosto 2009, nel procedimento P. I. contro *Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*. La domanda investe sul piano normativo - come per la precedente giurisprudenza di Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 maggio 2018, Cause riunite C-331/16 e 366/16 - l'interpretazione dell'art. 38, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

I., nativo in Italia, vive e lavora, saltuariamente, in Germania (dal 1987), fino a quando viene arrestato nel gennaio 2006. Il *Landgericht Köln* (Tribunale regionale di Colonia), con sentenza passata in giudicato il 28 ottobre 2006, ha condannato I. comminandogli una pena detentiva di sette anni e sei mesi per i reati di abuso sessuale, atti di violenza sessuale e stupro ai danni di minore, per fatti ricompresi tra il 1990 e il 2001 in danno della figlia della compagna a partire da quando la stessa aveva 8 anni. L'autore coartava la vittima: imponeva l'intrattenimento di rapporti sessuali o il compimento di altri atti sessuali con l'impiego della forza, aggiungendo la minaccia di uccidere la madre o il fratello<sup>92</sup>.

L'*Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* ha decretato, con efficacia immediatamente esecutiva, la perdita del diritto d'ingresso e di soggiorno di I. nel territorio tedesco, accompagnando la decisione con l'intimazione di abbandonare il territorio, in alternativa all'espulsione verso l'Italia.

Nel censurare gravemente la condotta di I., si è osservato che lo stesso volontariamente ha inflitto alla vittima minore una « sofferenza infinita », abusandone per un arco di tempo assai ampio. Considerando questi fattori della sua personalità, ed anche che non ha mai avuto sentimenti di pentimento, non può escludersi che, in costanza di circostanze consimili, I. torni a delinquere. Altri profili sono stati considerati, ed è risultato che non si sarebbe integrato nel tessuto sociale tedesco né in quello economico. I. ha interposto ricorso avverso l'intervenuto allontanamento, invocando la sospensione dell'esecuzione. Con sentenza emanata il 14 luglio 2008 il Tribunale amministrativo di Düsseldorf ha rigettato l'impugnativa mo-

---

nato nello Stato membro ospitante i precedenti dieci anni; o b) sia minorenne, salvo qualora l'allontanamento sia necessario nell'interesse del bambino, secondo quanto contemplato dalla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

<sup>92</sup> Non si accenna alla madre, alla sua possibile responsabilità (in materia di reati contro la libertà sessuale ed atti sessuali con minorenne, v., fra le altre, Cass., sez. IV, sent. 26 ottobre 2016, n. 45011, P. e altro, in *Guida dir.*, 2017, n.5, 100, in ordine alla responsabilità per omesso impedimento dell'evento e che può qualificarsi anche per il solo dolo eventuale). Sul reato di minaccia, per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Ferrara, sent. 30 settembre 2017, n. 937 – Giudice Landolfi -, *ivi*, 2018, n. 17, 86. V. Corte d'appello Taranto, sent. 18 settembre 2017, n. 546, Pres. Sciciolo; Rel. De Felice, *ivi*, 74, in tema di violenza sessuale: ai fini della sussistenza del reato, è sufficiente qualsiasi forma di costringimento psico-fisico [e ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, va qualificato come " atto sessuale " anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l'atto risulti privo di valenza erotica, come, ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di salute (così, da ultimo, v. Cass., sez. III, sent. 10 maggio 2018, n. 20712)].

tivando la decisione reiettiva con il richiamo dei fatti posti a base della sentenza di condanna, sintomatici di una condotta soggettiva che ha generato e attestato il timore di una minaccia attuale, reale e sufficientemente grave in grado di costituire una ragione di pregiudizio per un interesse fondamentale della società, di tutela delle ragazze e donne da violenze sessuali e stupri<sup>93</sup>. La considerazione dell'età della vittima (il criterio *ratione aetatis*) ha molto contribuito a ritenere il fatto storico inquietante ed allarmante, insieme alla particolare determinazione criminosa dell'agente, alla sua spinta all'abuso sessuale minorile perpetrato con gravissime minacce.

I. ha appellato la sentenza dinanzi all'*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* che ha sospeso il procedimento pendente e al tempo stesso ha devoluto alla Corte una questione pregiudiziale così articolata:

« Se nella nozione di “ motivi imperativi di pubblica sicurezza ” di cui all'articolo 28, paragrafo 3, della direttiva [2004/38], rientrano solo le minacce per la pubblica sicurezza interna ed esterna dello Stato, intesa come la sussistenza dello Stato stesso con le sue istituzioni ed i suoi servizi pubblici essenziali, la sopravvivenza della popolazione e le relazioni esterne nonché la convivenza pacifica dei popoli ».

Sulla questione pregiudiziale, si legge in sentenza che per stabilire se i reati attribuiti a I. rientrano nella classe dei « motivi imperativi di pubblica sicurezza », è necessario valutare taluni elementi, enumerandoli. Sul piano dell'appartenenza, in linea con l'articolo 83, paragrafo 1, TFUE, lo sfruttamento sessuale dei minori è ricompreso in una classe criminale particolarmente grave e in conformità del primo considerando della direttiva 2011/93 l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori integrano gravi violazioni dei diritti fondamentali, specialmente del diritto dei minori alla salvaguardia del loro benessere<sup>94</sup>.

*Rebus sic stantibus*, i reati ex art. 83, paragrafo 1. Comma 2, TFUE<sup>95</sup>, nel giudizio degli Stati membri possono costituire un attentato particolarmente grave lesivo di un interesse fondamentale della società, espressione di una minaccia diretta alla tranquillità e alla sicurezza fisica della popolazione. Su tale presupposto, gli stessi possono essere annoverati nel-

---

<sup>93</sup> Ciò è evocativo dell'art. 27 della Direttiva, in merito alle limitazioni del diritto d'ingresso e soggiorno, e in particolare del paragrafo 2, II: « Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società ».

<sup>94</sup> Come sancito nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. V., pure, dall'articolo 3 della direttiva 2011/93, paragrafo 4, « punto iii), tale pena dev'essere di almeno dieci anni in caso di uso di coercizione, forza o minaccia. In conformità all'articolo 9, lettere b) e g), della medesima direttiva, devono essere considerate come aggravanti la circostanza per cui il reato è stato commesso da un familiare del minore, da una persona che con il minore ha una relazione di convivenza o da altra persona, che ha abusato della sua riconosciuta posizione di fiducia o di autorità, e la circostanza per cui il reato è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato al minore un pregiudizio grave ».

<sup>95</sup> « (ex articolo 31 del TUE) 1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata ».

la nozione di « motivi imperativi di pubblica sicurezza », la cui sussistenza giustifica un provvedimento di allontanamento ai sensi dell'art. 28, paragrafo 3, della direttiva 2004/38, purché le modalità dell'azione delittuosa presentino caratteristiche particolarmente gravi, ciò che il giudice del rinvio deve riscontrare nell'ambito di un giudizio individualizzante.

Siffatto accertamento, che i reati considerati si traducano in una minaccia alla tranquillità e sicurezza della popolazione, integra una condizione necessaria ma non sufficiente per l'adozione di un provvedimento di allontanamento del suo autore. La valutazione, infatti, deve essere binaria e deve ricomprendere, altresì, la verifica che il comportamento della persona determini una minaccia reale ed attuale (per un interesse fondamentale della società o dello Stato membro ospitante) inquadrata nella tendenza alla recidiva. In via complementare, si aggiunge significativamente, nel solco della *distantia temporis* tra adozione ed esecuzione del provvedimento di divieto di permanenza *ratione loci*, che se l'allontanamento quale pena o misura accessoria a una pena detentiva è posto in esecuzione oltre un biennio dalla data della sua adozione, l'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 impone agli Stati membri l'accertamento consistente in una verifica se la minaccia che l'interessato rappresenta per l'ordine pubblico o per la pubblica sicurezza « sia attuale e reale », valutando « l'eventuale mutamento obiettivo delle circostanze intervenute » dopo l'adozione della decisione di allontanamento <sup>96</sup>.

Infine, la Corte richiama l'art. 28, paragrafo 1, della direttiva in parola (e quindi la rilevanza dei relativi elementi o indici valutativi come età, salute, integrazione, durata del soggiorno), prima di emettere la sua declaratoria, di risposta alla questione posta. Così, la Corte individua nell'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/CE la sua linea interpretativa: gli Stati membri possono ritenere che reati come quelli dettati all'articolo 83, paragrafo 1, secondo comma, TFUE <sup>97</sup> rappresentino un attentato particolarmente grave a un interesse fondamentale della società, di tale grado ed intensità da sfociare in una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione, e, pertanto, possono integrare la nozione di « motivi imperativi di pubblica sicurezza » la cui ricorrenza giustifica un provvedimento di allontanamento in forza di detto articolo 28, paragrafo 3, « a condizione che le modalità con le quali tali reati sono stati commessi presentino caratteristiche particolarmente gravi ». Siffatte modalità sono oggetto di un accertamento giurisdizionale riservato al giudice

---

<sup>96</sup>Questo passaggio della sentenza permette di saldarla con quella precedentemente vagliata del 2 maggio 2018, sull'esigenza che la minaccia debba essere « reale ed attuale » **Articolo 33 Allontanamento a titolo di pena o misura accessoria**

2. Se il provvedimento di allontanamento di cui al paragrafo 1 è eseguito a oltre due anni di distanza dalla sua adozione, lo Stato membro verifica che la minaccia che l'interessato costituisce per l'ordine pubblico o per la pubblica sicurezza sia attuale e reale, e valuta l'eventuale mutamento obiettivo delle circostanze intervenute successivamente all'adozione del provvedimento di allontanamento.

<sup>97</sup> Terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In dottrina, fra gli altri, v. S. Pascasi, *Vietato il diniego di visto allo straniero senza l'effettiva minaccia per la collettività*, in *Guida dir.*, 2009, n. 49, 56 s.; B. Nascimbene, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, pref. di B. Conforti, a cura di M. Carta, Roma, 2009 (rist. 2015), 169 s.

del rinvio, che lo conduce e lo sviluppa mediante un esame del caso su cui deve emettere la relativa pronuncia.

Nella sua statuizione di chiusura la Corte determina il corrispondente principio di diritto, fissando la condizione per l'adozione di un provvedimento di allontanamento territoriale: la condotta soggettiva deve essere all'origine di una minaccia che possiamo appellare "pendente", poiché non è astratta o remota ma reale e attuale e in grado di aprire un *vulnus* per un interesse fondamentale della società o dello Stato membro ospitante. Il controllo esercitabile deve calarsi in un esame che misuri l'attitudine dell'interessato alla "replica" o reiterazione del comportamento rilevante e censurato.

Ma la condizione è duplice, comprendendo quella preliminare, precedente la determinazione di procedere all'allontanamento. Infatti, tale scelta da parte dello Stato membro si regge sul vaglio di un ventaglio di indici denotativi, dettati *ex lege*, risalenti, appunto, all'art. 28, paragrafo 1, che li elenca *nominatim*: l'arco temporale del soggiorno territoriale, l'età dell'interessato e le sue condizioni di salute, la sua situazione sia familiare che economica, l'integrazione sociale e culturale nel tessuto del Paese ospitante, la qualità e lo spessore dei suoi legami con il paese di provenienza.

## **12. L'attualità della minaccia per un interesse fondamentale desunta dal lungo arco di tempo in cui l'autore ha coartato e coinvolto la vittima (minore) nella sua condotta abusiva mai negata e neppure rinnegata con atti di resipiscenza, indice predittivo di una personalità intrinsecamente ed irreversibilmente segnata e turbata.**

La richiamata sentenza, si differenzia da quella precedente, oltre che per il suo raggio d'indagine<sup>98</sup>, in quanto concentrata nella soluzione interpretativa dell'art. 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38 e nella decifrazione dei "motivi imperativi di pubblica sicurezza" atti a giustificare un provvedimento di allontanamento. Nel profilo che in questa sede rileva, l'attualità della minaccia per un interesse fondamentale della società o dello Stato membro ospitante, pur evocata (sul piano della direttiva e interpretativo della stessa), non è elevata a parametro rigidamente ostativo per il caso I., per il suo allontanamento dal suolo tedesco, ciò che, piuttosto, dovrà oggetto di accertamento da parte dell'organo del rinvio. Il vigore, il rigore e la centralità di quell'attualità della minaccia non si ritrovano in egual misura ed intensità nella sentenza del 2012, rispetto a quella del 2018.

Non c'è dubbio che l'attualità della minaccia, quale rischio di recidiva del comportamento pregresso, possa ricavarsi dal fatto che l'autore non ha mai riconosciuto e negato la responsabilità della sua (inescusabile) condotta di abuso sessuale, coartato e ripetuto, nei confronti di una minore e da quando questa aveva otto anni, indice di un gravissimo ed in-

---

<sup>98</sup> La sentenza del 2018 si occupa, oltre che dell'interpretazione dell'art. 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38/CE, anche dell'art. 27, paragrafo 2, stessa direttiva e dell'art. 28, paragrafo 1, stessa direttiva.

quietante disturbo della personalità che non riesce a controllare e dominare gli impulsi morbosi più censurabili per una società sana e integra nei valori. La condotta considerata non è stata né isolata né episodica ma protratta in un lunghissimo arco di tempo ai danni di un soggetto assai vulnerabile, in tale misura temporale esposto alla condotta oppressiva evidenziata assai nociva alla sua crescita e al suo sviluppo equilibrato, anche al normale e sereno rapporto genitoriale<sup>99</sup>. I, d'altra parte, non ha mai rinnegato le vicende dello stupro con atti dichiarativi né con comportamenti concreti anche nei confronti della vittima.

L'analisi della problematica illustrata deve, ora, avvalersi di una distinzione che mira ad ordinarla.

L'imputato è libero di non riconoscere l'accusa nel processo penale e ai fini della condanna, che non può basarsi sul fatto che l'incolpato non abbia confessato, bensì deve fondarsi sulle prove addotte e prodotte dalla pubblica accusa. Ma, al di fuori di tale ambito, l'autorità statale è altrettanto libera di desumere indici predittivi per il suo comportamento futuro dall'assenza di atti di desistenza e di elisione, di resipiscenza e ravvedimento, di gesti concreti di revisione del proprio operato e anche in favore della vittima, indicativi ed espressione dell'abbandono della condotta pregressa a lungo mantenuta<sup>100</sup>. Il corredo di questi elementi saldati nel ceppo della condanna divenuta definitiva a carico di I. traccia un quadro di una personalità irreversibilmente segnata e, per il futuro, depongono per una prognosi negativa. Quindi, il tempo trascorso (due anni circa) tra adozione ed esecuzione del provvedimento di allontanamento, in assenza dell'intervento di un *quid novi* da parte dell'interessato che abbia tentato di neutralizzare gli effetti della sua condotta riprovevole sia ai propri occhi che nei confronti del soggetto passivo, non permette di concludere che quel quadro negativo abbia subito autentici e risolutivi mutamenti. La perdita del titolo di soggiorno e permanenza (di circolazione *libero pede*) nel suolo tedesco non appare irragionevole ed ingiustificata, quando si vuole garantire ai cittadini di una nazione la tranquillità e la sicurezza, e porla al riparo da atti di violenza che attentano all'incolumità fisica e all'autonomia sessuale. Dunque, è corretto assegnare all'art. 28, paragrafo 3, lettera a) della direttiva 2004/38/CE una portata interpretativa secondo cui gli Stati membri possono ritenere che i reati considerati (all'articolo

---

<sup>99</sup> In dottrina, da ultimo, v. M. VELLETTI, *Interesse del minore e genitorialità*, in *Treccani Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, 3.

<sup>100</sup> V. Trib. Bari, sez. II, sent. 17 marzo 2017, n. 1295 – Giudice Moretti – in *Guida dir.*, 2017, n. 35-36, 49, in materia di reato di maltrattamento in famiglia (art. 572 Cp), in riferimento agli atti presi in considerazioni: reiterati per un apprezzabile lasso di tempo e che avevano caratterizzato in senso altamente negativo e per un lungo periodo di tempo la vita familiare.

Cfr. S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in AA.VV., *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Luparia, Padova, 2015, 5. Sulla nozione di "vittima", v. F. Del Vecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. proc.*, 11 aprile 2016.

T. Rarafaci, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, 258, osserva che « [i]l termine è usato in diversi contesti e non ha contorni di significato nettamente segnati ».

In materia, A. Pagliaro, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2010, 1, 41 s; F. Parisi, *Il diritto penale tra neutralizzazione istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 16 novembre 2012, 1 s. Parla di « protagonismo della vittima » S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 881.

83, paragrafo 1, secondo comma, TFUE), realizzati con modalità particolarmente gravi, rappresentino un attentato particolarmente grave a un interesse fondamentale della società (che ne riceve notevole nocimento), di spessore tale da costituire un *vulnus* e una minaccia diretta ed attuale per la tranquillità e l'armonia dei residenti, che non devono stare costantemente in allarme e in allerta. Ciò integra l'estremo dei « motivi imperativi di pubblica sicurezza» (direttiva cit.) e giustifica un provvedimento di allontanamento.

Il comportamento di I, complessivamente considerato, che non registra l'apertura a un nuovo percorso di vita che taglia i ponti con l'indirizzo pregresso, traccia una proiezione e una tendenza, che non permettono di escludere una recidiva e quindi la permanenza della sua pericolosità sociale. È noto, e al pari di una massima d'esperienza (diversa da una mera congettura) utilizzabile quale « criterio di inferenza, vale a dire come premesse maggiori dei sillogismi giudiziari (v. Cass., 27/7/2017, n. 18665) »<sup>101</sup>, che in ogni vicenda di abuso su minori, sia all'interno che all'esterno della famiglia, interviene un rischio intrinseco molto elevato di recidiva che trae origine da particolari meccanismi psicologici che conducono una persona adulta a concentrare verso un soggetto sessualmente immaturo la propria morbosità sessuale e che si risolve nella c. d. « coazione a ripetere » anche nei confronti di altre potenziali vittime<sup>102</sup>.

D'altra parte, si badi, il provvedimento statale di allontanamento territoriale impegna una materia extrapenale (che per I, origina da quella penale, connessa alla condanna definitiva), per cui la c. d. attualità del rischio di recidiva non richiede, nell'ambito considerato, una prova rigorosa che conduca alla c. d. certezza processuale. All'interno dello stesso ordinamento processualpenalistico si distingue tra delibazione cautelare relativa al giudizio *de libertate* e deliberazione che fonda il giudizio di colpevolezza sulla penale responsabilità<sup>103</sup>, for-

---

<sup>101</sup> Al riguardo v., solo da ultimo, Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2018, n. 6387, R. G.P., sulla « regola di esperienza di tipo statistico », che si pronuncia, così, in ordine al « sindacato sulle massime di esperienza adottate nella valutazione delle risultanze probatorie » e che aggiunge, distinguendo: « Costituisce invece una mera congettura, in quanto tale inidonea ai fini del sillogismo giudiziario, tanto l'ipotesi non fondata sull'id quod plerumque accidit, insuscettibile di verifica empirica, quanto la pretesa regola generale che risulti priva di una pur minima plausibilità (v. Cass., 27/7/2017, n. 18665) ».

<sup>102</sup> A. Zirulia, *Obblighi di proteggere persone preventivamente individuabili quali potenziali target di aggressione*, in Corte di Strasburgo e giustizia penale, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 55 s., su art. 2 (CEDU) *Diritto alla vita*, che richiama anche casi di « violenza domestica », citando C.edu, sez. III, sent. 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia, 128-130; C.edu sez. II, 28 giugno 2016, Halime Kiliç, c. Turchia, 91-102. Cfr. A. Colella, *Il diritto alla vita (art. 2 Cedu)*, Rassegna delle sentenze e delle decisioni del triennio 2008-2010 della Corte europea dei diritti dell'uomo rilevanti per il diritto penale sostanziale, in *Dir.Pen. Cont.*, 22 dicembre 2011. V. il noto lavoro di F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, 423 s.

Richiama la normativa dell'Unione europea sulla protezione delle vittime del reato, Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. IX, ord. 13 dicembre 2016 – Causa C-684/16, in *Guida dir.*, 2017, n. 5, 64.

Altra ipotesi è quella della c. d. « violenza assistita » (aggravante di cui all'art. 61, numero 11-*quinquies* c. p.), e su cui v., ad esempio, Cass., sez. III, sent. 27 ottobre 2016, n. 45403, P., *ivi*, 102.

<sup>103</sup> Si occupa di questa differenza, ad esempio, Cass., sez. IV, sent. 29 aprile 2015, n. 18136, Favuzza, in *Guida dir.*, 2015, n. 26, 91: in sede di giudizio *de libertate*, la valutazione degli indizi non va operata secondo i parametri richiesti ai fini dell'affermazione di responsabilità all'esito del giudizio di cognizione. Una tale conclusione...trova anche evidente giustificazione nella diversità dell'oggetto della delibazione cautelare, preordinata a un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza del soggetto, rispetto a quella di merito, orientata invece all'acquisizione della certezza processuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato. Da ultimo, v. Cass., sez. V, sent. 12 febbraio 2018, n. 5352, in *Guida dir.*, 2018, n.10, 21, sulla necessità di avere il

mulato al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>104 105</sup>. Nel caso che ci occupa, lo Stato membro ospitante intende cautelarsi contro un rischio di recidiva, ragionevolmente enucleato, per una condotta assai grave, anche per le modalità esecutive, “ non bonificata “ dallo stesso autore e responsabile. In questo ordine di idee, l’iniziativa di allontanamento dal suolo ospitante per il pregiudizio che il destinatario arreca agli interessi fondamentali nazionali, e che certamente e necessariamente richiede un sacrificio al diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio per l’interessato, appare plausibile e giustificata. È espressione (quella) di una forma di tutela e prerogativa dello Stato membro basata su elementi di fatto attestati, dotati di una robusta *vis* esplicativa e persuasiva, adeguatamente apprezzati e valutati e senza contraddizioni intrinseche o affermazioni apodittiche<sup>106</sup> che possano inficiare l’impianto del corrispondente provvedimento adottato.

---

massimo grado di certezza possibile in ordine all’attribuzione della responsabilità; in precedenza, similmente, Cass., 2 aprile 2008, Crisiglione, in *Riv. pen.*, 2009, 372,

Il procedimento logico del passaggio dall’ignoto al noto, in materia civile, si inserisce nella presunzione semplice (su cui v. Cass. civ., sez. III, sent. 30 gennaio 2014, n. 2082, Zingarello, *Guida dir.*, 2014, n. 17, 70). In tale materia, da ultimo, si è stabilito che « la prova del fatto...può essere peraltro...data anche per presunzioni, che costituiscono un mezzo di prova di rango non inferiore agli altri, in quanto di grado non subordinato nella gerarchia dei mezzi di prova e dunque non “ più debole ” della prova diretta o rappresentativa, ben potendo le presunzioni assurgere anche ad unica fonte di convincimento del giudice (v. Cass., 13/5/2011, n. 10527; Cass., Sez., Un., 11/11/2008, n.26972; Cass., Sez. Un., 24/3/2006, n. 6572, Cass., 12/6/2006, n. 13546, Cass., 6/7/2002, n. 9834), in quanto trattasi di una “ prova completa ”, sulla quale può anche unicamente fondarsi il convincimento del giudice (v. Cass., 12/6/2006, n. 13546. E già Cass., 22 luglio 1968, n. 2643) » (così, Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2018, n. 6387, cit.).

<sup>104</sup> G. Illuminati, *Giudizio*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 760, si occupa dell’art. 5 l. 20 febbraio 2006, n. 46 che « ha introdotto, tra i presupposti della sentenza di condanna, la necessità che l’imputato risulti colpevole “ al di là di ogni ragionevole dubbio “ » (*Beyond any Reasonable Doubt*, o regola B.a.r.d.) (art. 533, comma 1, c. p. p.), espressione di « quel manto regale di ogni ordinamento giuridico democratico » (F. Stella, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 107. Recentemente, v. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 80). Su tale regola, v. A. A. Dalia- M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale*, Vicenza, 2016, 794 s.; M. Scaparone, *Procedura penale*, Torino, 2015, 152. Mentre, F. Caprioli, *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, v. II, t. I, Milano, 2008, 127, evidenzia che nel processo civile una ricostruzione della vicenda trattata può fondare una decisione quando appaia semplicemente più probabile di quella contraria.

Sul piano distintivo (ciò che rileva ai nostri fini), v. Cass., sez. V, sent. 22 novembre 2017, n. 53203, Simut, in *Guida dir.*, 2018, n.1, p. 78: ai fini dell’emissione di una misura cautelare personale, il grado di serietà e conclusione della prova del fatto è diverso e minore di quello necessario per la condanna, che richiede il superamento della soglia del ragionevole dubbio (articolo 533, comma 1, del Cpp). A mente della richiamata disposizione « Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio » .

Da ultimo, anche per uno spunto, v. L. Masera, “ *Poca prova, poca pena* “: una curiosa decisione della Cassazione sulla rilevanza dell’atipicità del decorso causale al fine del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, che commenta Cass., sez. I, sent. 5 febbraio 2018, n. 5306, Pegoraro, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2018.

<sup>105</sup> La distinzione è, però, oggetto di un autorevole contrasto in dottrina. Secondo P. Ferrua, *Il “ giusto processo ”*, Bologna, 2012, 77 s. (adesivamente, M. L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, 173) « Parlando di prova, ci si è finora riferiti al tema principale del processo...Ma il medesimo schema può essere adottato...per ogni tema fattuale che sia incidentalmente affrontato nel processo...Nei provvedimenti cautelari si deve o no provare qualcosa? La risposta non può che essere positiva ». Ed è lo stesso A. che cita la posizione contraria di F. Caprioli, *Condanna*, 77, richiamata in nota 102 e che parla di « *probatio minor* (come l’art. 273, 1° comma, che subordina l’applicazione di misure cautelari all’esistenza di ‘ gravi indizi ’ di colpevolezza) ».

<sup>106</sup> Dell’esercizio dei suoi poteri il giudice è in ogni caso tenuto a dare debitamente conto, con motivazione congrua e immune da vizi logici e giuridici, non essendogli consentito pervenire ad « apodittiche ed immotivate conclusioni » (cfr., recentemente, Cass. civ., 21 dicembre 2017, n. 30656).

Spetta all'organo del rinvio, d'altra parte, all'interno di un giudizio multifattoriale e discrezionale, condurre l'accertamento concreto e individuale che comprenda anche la verifica se il soggetto, a cui l'atto di allontanamento si riferisce, si sia o meno integrato nel Paese ospitante e se il suo diritto di circolazione e soggiorno appaia, nel complesso, subvalente e recessivo rispetto all'interesse fondamentale nazionale evidenziato.

### **13. Potere dispositivo in Italia (incidente sulla c.d. libera circolazione), riferito al T.U.I. (cenni)**

È riconosciuto agli Stati membri il potere dispositivo avente ad oggetto limitazioni alla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, pur restando ferma la distinzione tra questi e gli stranieri <sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Osserva B. Conforti, *Prefazione*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, prefazione di B. Conforti, a cura di M. Carta, rist., Roma, 2015, XIV che « nel caso del diritto comunitario... si è avuto una evoluzione nel senso di una maggiore equiparazione dello straniero comunitario al cittadino. Qui si tratta essenzialmente di un'evoluzione che riguarda l'interpretazione e l'applicazione del principio della libera circolazione delle persone ».

Secondo Corte costituzionale, sent. 16 maggio 2008, n. 148, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2774 s. « per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dello straniero non è uguale a quella dei cittadini », ancorché « lo straniero è anche titolare di tutti i *diritti fondamentali* che la Costituzione riconosce spettanti alla persona ». Cfr., in dottrina, G. Amato, *Sub art. 16*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Art. 13-20, *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1977, 115: « La libertà personale... include... la libertà di movimento ».

Ad esempio, per Corte di giustizia dell'Unione europea – Grande sezione – sent. 21 dicembre 2011, Cause riunite C-411/10 e C-493/100, in *Guida dir.*, 2012, n.6, 95 s., secondo l'art.4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo politico verso lo « Stato membro competente » ai sensi del regolamento n.343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistematiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti: su tali trattamenti, v. Cedu, sez. I, sent. 2 marzo 2017 – Ric. n. 41237/14, Talpis contro Italia, in *Guida dir.*, 2017, n. 14, 102). D. L. vo 7 aprile 2003, n.85; D. L. vo 30 maggio 2005, n. 140, Attuazione della Direttiva 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri; D. L. vo 28 gennaio 2008, n. 25, Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato. Cfr. G. Cataldi, *L'immigrazione tra universalità dei diritti umani e particolarità culturali*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, prefazione di B. Conforti, a cura di M. Carta, rist., Roma, 2015, 59 s.; E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Pub.*, Torino, 1999, 166 s.; C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, 60 s.; V. Raparelli, *Straniero (condizione giuridica dello)* I) Diritto costituzionale, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, 1 s.; Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere*, cit., 5 s.; S. Amadeo, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo e F. Spitaleri, Collana dir. imm., Torino, 2015, 343 s.

Non vi è perfetta coincidenza tra il richiamato art. 1 T. U. I., che definisce lo straniero, e l'art. 4 c. p. che considera « cittadini italiani », tra gli altri, « gli apolidi residenti nel territorio dello Stato ». In materia, cfr. A. La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, 325 s.; A. Cerri, *Cittadinanza*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. VII, Roma, 1991, 1 s.; A. Barbera, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Manuale di diritto pubblico*, I, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997, 230 s.; A. Di Francia, *La condizione giuridica dello straniero in Italia nella giurisprudenza*, Milano, 2006, 125 s.; L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, 2013, 43 s.; recentemente, v. M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, n. 1, 41 s. G. Perin, *La tutela degli apolidi in Italia*, in <https://www.asgi.it>, *Scheda pratica, giugno 2017*. Da ultimo, v. M. Fiorillo, *Fra Stato e mercato: spunti in tema di Costituzione economica, Costituzione culturale e cittadinanza*, in *A. I. C.*, 2/2018; R. Clerici, *Cittadinanza e apolidia*, in *Dir. imm. citt.*, 2018, n.1, 1 s.



Siffatto potere è dalla legge dettato per ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

Più generale, è noto il doppio volto del fenomeno dell'immigrazione<sup>108</sup> (sicurezza e legalità) che si riflette sull'impostazione dell'azione statale, come si registra con il Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113<sup>109</sup>.

---

In giurisprudenza, per un riferimento alla doppia cittadinanza, v. Cass. civ., sez. un., sent. 5 giugno 2017, n. 13912, in *Guida dir.*, 2017, n. 27, 48, mentre sull'acquisto della cittadinanza v. Cass., sent. 3 agosto 2017 n. 19428, in *Dir. imm. citt.*, 2018 (marzo), f. 1.

V. Tribunale di Roma, ordinanza del 24 gennaio 2018, in ordine al riconoscimento dello status di apolide a rifugiato proveniente dal Kuwait di etnia Bedoon, nonché Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. II, 31 maggio 2018, C 647/16, in *Immigrazione.it*.

<sup>108</sup> P. Carretta, *Emigrazione: I) Disciplina dell'emigrazione*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 833 s.; L. Einaudi, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Torino, 2007, 39 s.; nonché S. Giubboni, *Emigrazione e libera circolazione (dir. lav.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, 1 s.; nonché L. M. Solvietti, *Immigrazione. Dati e considerazioni sul caso Italia*, Bologna, 2013, 31 s.; A. Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 2014, 3, 629- 652 e A. Audino, *Argonautiche migranti*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 ottobre 2017, n. 271, 39 e, da ultimo, G. Pescatore, *Le novità in materia di immigrazioni*, in *Treccani Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, 238 s.

V. il grafico illustrativo della situazione relativa al numero dei migranti sbarcati a decorrere dal 1 gennaio 2018 fino al 12 luglio 2018 comparati con i dati riferiti allo stesso periodo degli anni 2016 (-78,30%) e 2017 (-80,28%), in *Immigrazione.it*, 12 luglio 2018 (fonte Dipartimento della Pubblica Sicurezza): 78.255 (2016), 86.127 (2017, provenienti dalla Libia), 16.984 (2018, provenienti dalla Libia). In dottrina, v. L. Nannetti, *All'origine delle migrazioni*, in *Italianieuropei*, 2016, 2/3, 76 e F. Pendace-M. Donfrancesco, *Immigrazione e lavoro: approccio storico e analisi giuridica*, in *Crit. dir.*, Napoli, 2017, n. 2-3, 266: « L'arrivo dei primi flussi migratori cominciò nei primi anni '70 con l'inizio della crisi del petrolio. L'Italia venne scelta dagli immigrati che non potevano raggiungere i Paesi dell'Europa centro-settentrionale a causa delle loro politiche restrittive »; nonché, da ultimo, E. Codini, *Immigrazione: una « bussola » contro l'emergenza*, in *Guida dir.*, 2018, n. 26, 10; L. Panella, *Unione europea. Dialogo tra Corti in materia di immigrazione*, in *Treccani Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, 727, segnalando che « l'incremento dei flussi migratori...ha accresciuto l'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea ».

<sup>109</sup> Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (18G00140), in G. U., S.G., n. 231 del 04-10-2018.

In ordine al decreto legge c. d. Salvini, interprete di una linea di rigore, ha voluto fronteggiare i corollari della poliedricità dell'art. 5, co. 6 T. U. I. 286/98. L'ampiezza del raggio d'azione sfugge ad un controllo ex ante dei casi di adozione del provvedimento umanitario quando questo ha la sua matrice in una norma generale. Così, si è proceduto ad una disciplina di « casi speciali di permessi di soggiorni...per esigenze di carattere umanitario » (è il tenore della rubrica del nuovo art. 1 del decreto legge), secondo un criterio ispirato ad una sorta di « relativismo umanitario ».

Si tratta di un caso di « riserva alla legge »: il timore che lasciato alla foce il governo della materia (alle Commissioni territoriali e alle questure,sulle cui competenze si intende interferire e incidere per il potere interpretativo dei casi di ricorrenza dei motivi umanitari) divenisse incontrollabile, ha indotto il governo a trattenere alla fonte la gestione delle ipotesi di permessi di soggiorni per esigenze umanitarie. Così, la discrezionalità passa dal terreno amministrativo al piano legislativo, dalla *lex specialis* del provvedimento applicativo alla *lex generalis* del meccanismo regolativo. Vuole riferirsi, al riguardo, che l'abolizione della protezione umanitaria, e quindi la modifica dell'art. 5, co.6, T. U.I. del 1998 è il « provvedimento bandiera » dell'intervento modificativo del governo ed anche quello su cui, maggiormente, si sono appuntate le critiche che lo ritengono espressione di un attacco ai diritti umani fondamentali, baluardo della cultura europea.

Secondo il presidente dell'ASGI (Associazione studi giuridici sull'immigrazione) vi sono profili critici di costituzionalità della normativa varata, in quanto « la protezione umanitaria è uno dei modi in cui si applica l'articolo 10 della costituzione italiana che garantisce il diritto di asilo ». V. il Tavolo Nazionale Asilo, 26/09/2018: « Il Tavolo Asilo, riunitosi per analizzare il Decreto Legge "Salvini" approvato dal Consiglio dei Ministri, « esprime la propria preoccupazione per i contenuti del provvedimento. Tra le tante problematiche che questo testo solleva, ci preme sottolinearne alcune. L'abrogazione del titolo di soggiorno per motivi umanitari rischia di produrre effetti

Quando in una nazione prendono piede ed attecchiscono indiscriminatamente flussi migratori eterogenei, sia per provenienza che per caratteristiche dei paesi d'origine, tali ingressi pongono problemi di ordine pubblico <sup>110</sup>.

Avuto riguardo specialmente al concetto di *libera circolazione*, si è osservato che « i progressi più significativi nell'ambito della cooperazione fra gli Stati in materia di condizione e trattamento dello straniero si riscontrano...a livello europeo...nel quadro del processo di integrazione fra gli Stati membri dell'Unione Europea » <sup>111</sup>. Per quanto riguarda, ad esempio, il

---

molto negativi sul territorio e sul Paese, riducendo in modo significativo l'accesso al diritto d'asilo e generando nuova irregolarità ».

<sup>110</sup> Sul Decreto flussi 2010, v. F. Padula-G. Parente, *Oltre 300mila domande per 52mila posti*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 febbraio 2011, 10 s. Art. 80 TFUE e COM (2005) 123 def., comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo istituisce un programma quadro sulla solidarietà e gestione dei flussi migratori per il periodo 2007-2013, 6 aprile 2005.

Recentemente, v. T. Caponio-E. Pavolini, *Politiche e pratiche di gestione dei fenomeni migratori*, in *Mondi migr.*, 2017, n.3. In merito alle cc. dd. quote massime, v. R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 533: « Viene introdotta una disciplina dell'immigrazione che si basa sulla programmazione degli ingressi fondata sul sistema delle quote ».

Sul fenomeno, per le varie voci in dottrina, v. A. Caputo, *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XIII, Roma, 2005, 1 s.; P. Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Speciale Immigrazione, 2009, 5 s.; G. Bascherini, *Immigrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. IX, Roma, 2001, 1 s.; L. Sico, *Misure di contrasto all'immigrazione clandestina via mare*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, prefazione di B. Conforti, a cura di M. Carta, rist., Roma, 2015, 147 s.; più recentemente, C. Morselli, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Roma, 2017, 141 s., con richiami interni. Da ultimo, v. V. Militello, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 4 s.; S. Orlando, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, *ivi*, 145 s. In materia di immigrazione clandestina, da ultimo, si richiama Cass., sez. un., 21 giugno 2018, N.R.G., 15148/2017, informazione n.14.

Specialmente, v. V. Piergigli, *L'integrazione degli immigrati da Paesi terzi nel diritto sovranazionale: limiti e potenzialità dell'Unione Europea*, in *A. I. C.*, 3/2018. In particolare, v. F. Bilancia, *Paura dell'altro. Artificialità dell'identità e scelta dell'appartenenza*, in *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, a cura di F. Bilancia, F.M. Di Sciuolo, F. Rimoli, Roma, Carocci, 2008, 226-227, secondo cui «...l'evoluzione delle identità e la loro contaminazione per via dell'incidenza dei processi migratori è fenomeno inarrestabile, in quanto frutto di un processo inesorabile », rinviandosi; pure, S. Uccello, *Rapporto sulla sussidiarietà 2017/2018. « Migranti vitali per la nostra demografia »*. *L'integrazione degli stranieri e il rilancio del Sud*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 febbraio 2018, n. 53, 10.

<sup>111</sup> B. Nascimbene, *Straniero (condizione giuridica dello)*, IV Diritto comunitario, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 1999, 1.; M. Bellina, *Straniero (detenzione amministrativa dello)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, 1 s.; nonché V. Guizzi, *Politiche comunitarie*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 844 s.; C. Zanghì, *Circolazione delle persone e migrazioni nel Mediterraneo*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, prefazione di B. Conforti, a cura di M. Carta, rist., Roma, 2015, 37 s. e, da ultimo, F. E. Grisostolo, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e Francia*, in *A. I. C.*, 2/2018.

V., pure, Regolamento (CE) n. 562/2006 del Consiglio (15 marzo 2006), istitutivo di un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere (codice frontiere Schengen), in *GUUE* L 105, 13 aprile 2006, p. 1 s. L'Italia si inserisce negli accordi di Schengen mediante la firma degli atti di adesione, Parigi 27 novembre 1990, e ratifica con legge 30 settembre 1993, n. 388.

In dottrina, v. B. Nascimbene, *Lo « spazio Schengen »: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 307 s.; nonché A. Golini, *Migratori, Movimenti*, App. VII, F-PA, Roma, 2007, 389-390-391: « Negli anni Novanta l'accordo di Schengen, cui hanno aderito 13 Stati dell'Unione Europea, ha fatto sì che i confini che costituiscono la parte esterna dell'Unione Europea, come quelli dell'Italia, siano diventati non più soltanto confini di un singolo Paese ma dell'intera Unione, sicché in Italia, legalmente o illegalmente, arrivano non solo gli immigrati...ma anche quelli che la usano come luogo di transito verso altre zone dell'Unione ». Cfr. De Pasquale, *Il trattamento degli « stranieri lungo soggiornanti » fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo e F. Spitaleri, Collana dir. imm., cit., 31 s.

*rilascio del visto*, come già osservato, sono previste talune cause ostative, per cui non è ammesso in Italia lo straniero che rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la *libera circolazione* delle persone <sup>112 113</sup>) ovve-

---

Sul richiamo dei motivi di tutela dell'ordine pubblico, riferiti ad una diversa fattispecie, da ultimo, in giurisprudenza, v. Cass.civ., sez. III, 4 ottobre 2018, n. 24918, in *Guida dir.*, 2018, 43, 36.

<sup>112</sup> A partire degli anni '80 si è aperto un dibattito sul concetto di " *libera circolazione delle persone* ". Lo spazio e la cooperazione di Schengen si fondano sul relativo trattato del 1985 e la cooperazione è stata inserita nel diritto dell'Unione europea dal trattato di Amsterdam nel 1997. Il *Trattato dell'Unione Europea*, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, sviluppa il processo di integrazione europea avviato dall'Atto Unico Europeo (AUE) entrato in vigore il 1°.7.1987. Il Trattato prevede la procedura per la revisione di alcune disposizioni attraverso una conferenza intergovernativa, che si è conclusa il 2 ottobre 1997 con la firma ad Amsterdam di un nuovo accordo entrato in vigore il 1°.5.1999 e denominato « *Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi* ». I due Trattati (Maastricht e Amsterdam) hanno conferito, a chi abbia la cittadinanza di uno Stato membro, una serie di distinti diritti: in materia di cittadinanza europea, v. art. 8 (Maastricht) «...è istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro». Sulla cittadinanza, v. A. Hausman, *Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2015, n.3, 506.

In dottrina, v., per esempio, G. Porro- S. Cantoni, *Comunità europee - Trattato di Maastricht e Amsterdam*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2000, 10 s., nonché, per i due Trattati Caretti-De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, cit., 96 s.; Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, cit., 21-22. Cfr. Regolamento (UE) n. 265/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2010, che modifica la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e il Regolamento (CE) n. 562/2006 per quanto riguarda la circolazione dei titolari di visto per soggiorni di lunga durata (in *Dir. imm. e citt.*, 2010, n. 2, 241 s.).

<sup>113</sup> V. direttiva n. 2004/38/Ce, riconsiderata da CGUE nel 2016, dagli eurogiudici di Lussemburgo, sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri, recepita in Italia con Dlgs 30/2007 e in riferimento al regolamento 883/2004 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, modificato dal regolamento 1244/2010.

L'esecuzione della Direttiva n. 2004/38 è avvenuta a tappe successive, e nel febbraio 2007 (in forza della delega inserita nella legge comunitaria del 2004, v. l. 18 aprile 2005 n. 62, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti all'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee legge comunitaria 2004, in *G. U.* 27 aprile 2005 n. 96, suppl.) si è avuta l'adozione di un primo decreto legislativo (d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, in *G. U.* 27 marzo 2007 n. 72), attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, e che all'art. 20 (in rubrica) prevede « limitazioni al diritto di ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari », e in particolare al co. 3 prevede l'adozione di « provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza » (v. pure Circolare del ministero dell'Interno n. 19 del 6 aprile 2007, nell'aspetto relativo alla misura di allontanamento). Ma il d. lgs. n. 30/2007 (al riguardo, cfr. A. Lang - B. Nascimbene, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. imm. e citt.*, 2007, n. 2, 43 s.) risulta modificato dal d. lgs. 28 febbraio 2008 n. 32 (in *G. U.* 1 marzo 2008, n. 52), con cui si è inteso esercitare un maggior controllo sulla presenza nel territorio dello Stato di chi vi circola liberamente e « rendere più efficiente il sistema di allontanamento per mancanza dei requisiti legittimanti l'ingresso ed [...] il soggiorno, e per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza » [così, M. Di Filippo, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, *Riv. dir. intern.*, 2008, 422. In tema, v., pure, P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno, allontanamento. Profili costituzionali*, in B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, 510; M. Malena, *Allontanamento dello straniero e libertà fondamentali. Profili costituzionali*, in *Immigrazioni, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, pref. di B. Conforti, a cura di M. Carta, Roma, 2009 (rist. 2015), 279:« l'incidenza dei provvedimenti di allontanamento sulla libertà di circolazione e soggiorno piuttosto che sulla libertà personale comporta conseguenze di non poco rilievo: l'art. 16 Cost., infatti, impone il rispetto della sola riserva di legge, per quanto rinforzata...mentre l'art. 13 Cost. contiene una duplice garanzia della riserva (assoluta) di legge e della riserva di giurisdizione »].

Sulla valenza delle disposizioni contenute in una direttiva, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sent. 10 ottobre 2017 – Causa C-413/15, in *Guida dir.*, 2018, n. 5, 37.

ro che abbia riportato una condanna per i reati previsti dall'art. 380, co. 1 e 2, c. p. p., oppure riguardanti i reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati intesi al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite (art. 4 co. 3, comma inserito dall'art. 5 co. 1 lett. b l. 30 luglio 2002, n. 189) <sup>114</sup>.

Altro parametro legale è quello previsto all'art. 5 co. 5 *bis* T. U. I., poiché ai fini dell'adozione del provvedimento di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30 T. U.I.) <sup>115</sup>, quando è oggetto di valutazione la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (o di uno dei paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli di frontiera interne e la libera circolazione delle persone), è necessario tenere conto anche di eventuali condanne per i reati di cui agli artt. 380, commi 1 e 2, 407 co. 2 lett. a) c. p. p. e all'art. 12 co. 1 e 3 T. U. (disposizioni contro le immigrazioni clandestine) <sup>116</sup>.

Con riferimento ai reati indicati dall'art. 4 co. 3 cit., quindi, la riportata condanna preclude il primo rilascio del permesso di soggiorno e anche il rinnovo, considerando che il suc-

---

Da ultimo v. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 5 giugno 2018, Causa-673/14, in *Il Sole 24 Ore-Norme & Tributi*, 6 giugno 2018, n. 154, 29, commento di M. Castellaneta, *Libertà di soggiorno per i coniugi gay*, Corte Ue, Diritto di circolazione per il partner senza distinguere il genere, rinviandosi.

<sup>114</sup> Anche l'affitto in nero di un appartamento a immigrati integra il reato di favoreggiamento dell'immigrazione (Cass., sez. I, sent. 5 luglio 2017, n. 32391, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, 86); contrarre un matrimonio simulato al solo scopo di consentire ad un cittadino extracomunitario di permanere nel territorio italiano costituisce un atto di favoreggiamento illegale dell'immigrazione punibile ai sensi dell'art. 12 d.leg. 286/86 (in *Foro it.*, 2011, II, 378 s.; conf. Cass., 15 dicembre 2009, Shi, in *C. E. D. Cass.*, rv. 245964).

V. legge europea 167/2017 e legge 161/2017, di modifica del Codice antimafia e che ha introdotto tre commi nell'art. 25-*duodecies* del Dlgs 231/2001, che prevede, quale reato presupposto, l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, estendendo la responsabilità dell'ente anche ai delitti di cui all'art.12, comma 3 e comma 5 del Dlgs 286/1998 (R. Borsari, *Gli enti adesso possono rispondere per condotte collegate alla permanenza illegale di stranieri, al caporalato, alla discriminazione razziale. Tutela dei migranti nei modelli 231*, in *Il Sole 24 Ore – Norme & Tributi*, 15 marzo 2018, n.73, 31).

<sup>115</sup> V. Cons. St., sez. III, sent. 31 ottobre 2017, n. 5040, in *Guida dir.*, 2018, n. 5, 33, secondo cui all'extracomunitario convivente spetta il permesso di soggiorno per motivi familiari.

<sup>116</sup> In dottrina, v. S. Lorusso, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen. proc.*, Speciale Immigrazione, 2009, 50; F. Casolari, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Dir. imm. citt.*, 2018 (marzo), f.1; nonché G. Roma-A. Romano, *Ordine pubblico, automatismo espulsivo e diritti fondamentali degli stranieri*, in *Dir. imm. cittad.*, 2015/2016, n.3-4, 163 s.; M. Pellissero, *Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1353.

Trib. Cuneo, ord. 15 maggio 2015 – est. Casu, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 1, 109 s.: allontanamento cittadino UE per motivi di pubblica sicurezza - rilievo esclusivo a sentenze penali di condanna - omessa motivazione sul carattere concreto effettivo e sufficientemente grave della minaccia del bene protetto - omessa applicazione del principio di proporzionalità - illegittimità.

Del soggiorno inferiore a tre mesi si occupa il successivo comma 4, e il 6 delle ipotesi di revoca per gli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Espulsione ed allontanamento sono regolati dal comma 7 (v. art.1, co. 1, lett. b, n. 1, del D. L.vo 13 febbraio 2014, n. 12). Recentemente, v. T. A. R. Lazio – sez. Latina, sent. 23 maggio 2017, n. 324, in *Guida dir.*, 2017, n. 27, 50, in tema di revoca del permesso di soggiorno di lungo periodo e di prognosi di pericolosità sociale, rinviandosi. Sempre la giurisprudenza di merito, in tema di immigrazione, ed avuto riguardo alla disposizione dell'art. 22 del Dlgs. 286/1998 che sanziona il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri clandestini, v. C. app., Trento, sez. pen., sent. 17 luglio 2017, n. 189 – Pres. e rel. Spina, *ivi*, 2018, n. 6, 80.

cessivo art. 5 co. 4 subordina il rinnovo alla verifica delle condizioni previste per il rilascio. Così, rappresenta un requisito negativo, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno <sup>117</sup>, il fatto che lo straniero abbia subito condanne per in materia di stupefacenti, fermo restando l'obbligo della motivazione in ipotesi di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno <sup>118</sup>.

Secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, la condanna definitiva per reati in materia di stupefacenti (reati ostativi) disegna un profilo di sintomatica gravità che giustifica il diniego del permesso di soggiorno dello straniero condannato per traffico di stupefacenti, pur in presenza di legami familiari <sup>119</sup>.

#### **14. L'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente a uno Stato membro dell'Unione europea**

Le modifiche apportate all'art. 235 del codice penale <sup>120</sup> riguardano anche i soggetti passivi dell'ordine espulsivo del giudice (determinazione dell'*ambito soggettivo* di applicazio-

---

<sup>117</sup> Si segnala che Cons. St., sent. n. 5040/2017, in *Dir. imm. citt.*, 2018 (marzo), f. 1, ha posto un principio innovativo, riconoscendo la rilevanza giuridica dei rapporti familiari di fatto ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, ancorché in difetto dei requisiti "ordinari" per il rinnovo. Il Cons. St. Con sentenza n. 4331/2017, *ivi*, ha annullato il provvedimento del questore che aveva negato a cittadino straniero il rinnovo del permesso di soggiorno per ritenuta mancanza di reddito sufficiente.

<sup>118</sup> Secondo Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5563, in *Foro it.*, *Rep.* 2007, voce *Straniero*, n. 184, il provvedimento deve essere sostenuto da idonea motivazione, e deve considerarsi illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno che faccia riferimento a una sola condanna penale, senza alcuna valutazione della successiva condotta dello straniero e della sua attuale pericolosità sociale. Analogamente, v. l'indirizzo garantista di Cass., sez. III, sent. 14 settembre 2015, n. 36919, Sancimino, in *Guida dir.*, 2016, n. 3, 6-77, secondo cui ai sensi dell'articolo 274, co. 1, lettera c), del Cpp, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, che ha previsto anche il requisito della « attualità » del rischio di recidiva, per ritenere « attuale » il pericolo « concreto » di reiterazione del reato, non è più sufficiente ipotizzare che la persona sottoposta alle indagini/imputata, presentandosene l'occasione, sicuramente (o con elevato grado di probabilità) continuerà a delinquere e/o a commettere i gravi reati indicati nello stesso articolo 274, comma 1, lettera c) del CPP (in ciò consistendo la « concretezza » del rischio di recidiva), ma è necessario ipotizzare anche la certezza o comunque l'elevata probabilità che l'occasione del delitto si verificherà. In particolare, v. Cons. St., sez. III, sent. 16 ottobre 2014 n. 5825 – est. Palanza, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 1, 112 s., permesso di soggiorno - diniego di rilascio per pregressa condanna per violazione legge diritto d'autore - ritenuta ostatività automatica ex art. 26, co. 7 bis TU nm. 268/98 - conferma del diniego davanti il Tar - appello - annullamento permesso di soggiorno - pregressa condanna astrattamente ostativa - automatismo incompatibile con i principi enucleati dalla Corte costituzionale - interpretazione costituzionalmente orientata - necessità. Sul medesimo tema, v. T. A. R. Puglia, Lecce, sez. II, sent. 12 marzo 2015 n. 875 - est. Manca, *ivi*, 2015, n. 1, 123 s.: permesso di soggiorno - diniego di rinnovo per intervenuta condanna per reati in materia di protezione del diritto d'autore - illegittimità.

<sup>119</sup> Cons. St., sez. III, 4 maggio 2018, n. 2654, cit.

<sup>120</sup> Art. 235 c. p. *Espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato*.

Il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato [c. p. 4] del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge [c. p. 312], quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato alla reclusione per un tempo superiore ai due anni.

Per l'illegittimità del decreto di espulsione di cittadino non comunitario per contrasto con norme dell'Unione europea, v. Trib. Varese, decr. 30 maggio 2011, Giudice Buffone, in *Foro it.*, 2011, 16, che richiama Corte giust. 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, e Cons. St., ad plen., sent. 10 maggio 2011, n.8, T.A.R. Lombardia, *ivi*, III, 301, secondo cui la regolarizzazione del lavoratore extracomunitario non è inibita dalla condanna per reato che sia da ritenersi abolito in conseguenza del contrasto con normativa dell'Unione europea suscettibile di immediata applicazione.

ne della normativa introdotta), poiché la disposizione riformulata è estesa al cittadino che appartenga a uno Stato membro dell'Unione europea, assoggettato all'atto potestativo del giudice nella forma, però, non dell'espulsione, ma dell'allontanamento. Quindi, cittadini stranieri o extracomunitari e cittadini *pleno iure* comunitari, nell'ottica della fattispecie criminosa, vengono assimilati e sottoposti al medesimo regime giuridico, anche se solo i primi, sul piano del *nomen iuris* riservato, potranno essere "espulsi". Probabilmente si è voluto ridurre il carico stigmatizzante che trascina l'applicazione di quell'etichetta, preferendosi il *riduzionismo nominalistico* espresso dal sintagma "allontanamento".

Tuttavia, per entrambe le figure, e sia che si tratti di cittadini comunitari che extracomunitari, trovano sempre posto le forme di tutela e il rispetto di taluni limiti derivanti dall'osservanza di norme e principi di rango sovranazionale.

---

Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. I, sent. 28 aprile 2011, Causa C-61/11 PPU, Hassen El Dridi, in *Foro it.*, 2011, IV, 287, secondo cui la direttiva del Parlamento europeo e del consiglio 16 dicembre 2008 n. 2008/115/Ce, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare ai sensi dell'art. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella contenuta nell'art.14, comma 5 *ter*, d. leg. 25b luglio 1998, n. 286, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo. Si precisa che questa decisione ha ricevuto molto risalto in seno alla stampa. In dottrina, v. F. Viganò-L. Maserà, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e «direttiva rimpatri» Ue: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 2010, 560; P. Bonetti, *la proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm.citt.*, 2009, f. 4, 85; B. Nascimbene, *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, in *Guida dir.*, 2011, f. 20, 11 s.

Cfr. M. Noci, *La condanna penale non basta a motivare l'allontanamento dei cittadini comunitari*, in *Guida dir.*, 2008, n. 2, 38 s. Si è stabilito che la misura di sicurezza dell'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino membro dell'Unione europea, condannato alla reclusione per un tempo superiore a due anni, deve essere disposta pure in caso di patteggiamento, ma pur sempre previo accertamento in concreto della *pericolosità sociale* (Cass., sez. III, 7 luglio 2009, Mihai, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 780).

Sull'allontanamento, v. Nascimbene, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, cit., 15 s.