

# **FRONTIERE DELL'IMMIGRAZIONE O MIGRAZIONE DELLE FRONTIERE ?**

*Trento, 25-26 novembre 2011*

## **QUALE GIUDICE PER GLI IMMIGRATI? QUESTIONI DI GIURISDIZIONE E COMPETENZA.**

*di Roberto Chieppa*

### **1. Premessa.**

Nel nostro ordinamento il riparto di giurisdizione ha costituito storicamente un problema denso di contrasti interpretativi e di conflitti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Il numero di tali conflitti è statisticamente superiore a quello presente in altri ordinamenti, dove anche la giustizia è articolata in diverse giurisdizioni, come ad esempio in Germania.

Non è questa la sede per affrontare le ragioni di tale situazione, per valutare la bontà del criterio di riparto di giurisdizione costituzionalizzato con l'art. 113 Cost. o per discutere, *de iure condendo*, dell'assenza di un Tribunale dei conflitti a composizione paritaria, che ponga fine ai continui contrasti e *revirement* in materia di giurisdizione.

Non è questa la sede per affrontare tali questioni anche perché, in materia di immigrazioni, vi è stata qualche difficoltà interpretativa anche inerente il riparto di giurisdizione, ma non vi è mai stato alcun acceso contrasto tra le giurisdizioni.

Tale dato è sicuramente apprezzabile, anche se può nascondere un aspetto meno positivo, consistente nel fatto che si tratta di controversie, da taluni ritenute meno importanti, rispetto alle quali non vi sono mai state forti rivendicazioni in ordine all'attribuzione della giurisdizione da parte del legislatore.

Peraltro, rispetto alle questioni di merito sulla condizione degli immigrati, sulla bontà della vigente disciplina, sul contrasto alle discriminazioni, è certamente meno importante discutere di quale giudice se ne debba occupare.

### **2. Il riparto di giurisdizione nella disciplina vigente.**

I criteri di riparto di giurisdizione in ordine alle controversie in materia di immigrazioni sono contenuti in diversi testi normativi e hanno subito nel corso degli anni cambiamenti anche consistenti.

L'attuale criterio può essere definito della "doppia giurisdizione", in quanto le singole disposizioni di legge affidano al giudice ordinario determinate tipologie di controversie, sulla base dell'implicito presupposto che si tratta di posizioni di diritto soggettivo, attribuendone altre al giudice amministrativo, senza però mai specificare che si tratta di giurisdizione esclusiva e, quindi, sul presupposto che le posizioni in rilievo siano di interesse legittimo.

In realtà, il legislatore è spesso intervenuto, modificando il riparto e tali interventi mal si conciliano sulla presupposta valutazione della consistenza della posizione giuridica dei cittadini extracomunitari, che non dovrebbe poter variare sulla base di scelte discrezionali del legislatore.

Ad esempio, l'art. 5 del d.l. n. 416/89, conv. in legge n. 39/90 (c.d. legge Martelli) attribuiva al giudice amministrativo i ricorsi sia avverso i provvedimenti di diniego del riconoscimento dello status di rifugiato, sia avverso i provvedimenti di espulsione, che oggi rientrano nella giurisdizione ordinaria.

Si trattava di giurisdizione, non qualificata come esclusiva e, di conseguenza, si doveva dedurre che il legislatore avesse presupposto la qualificazione delle posizioni giuridiche coinvolte come di interesse legittimo.

La successiva attribuzione alla giurisdizione ordinaria presuppone una diversa qualificazione; ma può la qualificazione variare a seconda delle scelte del legislatore ?

E' noto che la Corte Costituzionale ha spesso avallato tali modifiche.

Ad esempio, in materia di pubblico impiego, la Consulta ha affermato che è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore — suscettibili di modificazioni in relazione a una valutazione delle esigenze della giustizia e a un diverso assetto dei rapporti sostanziali — il conferimento a un giudice, sia ordinario sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste.<sup>1</sup>

In questi casi deve essere escluso che al giudice ordinario sia stata attribuita una sorta di giurisdizione esclusiva, estesa anche agli interessi legittimi ed è preferibile ritenere che le posizioni soggettive sono in tali casi sempre di diritto soggettivo, in ragione della natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, confermata dall'espressa attribuzione delle controversie al giudice ordinario.<sup>2</sup>

Va, tuttavia, rilevato che in materia di pubblico impiego vi era stata la novità, di non poco rilievo della privatizzazione, mentre in tema di immigrazione il mutamento del criterio di riparto di giurisdizione poteva dare luogo a maggiori perplessità.

Perplessità, che sono state fugate dal giudice delle leggi, quanto meno sotto il profilo della costituzionalità della scelta.

La Corte Costituzionale ha, infatti, ritenuto manifestamente infondata, con riferimento agli art. 3 e 24 cost., la q.l.c. degli art. 6 comma 10 e 13 comma 8 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui non devolvono ad un unico giudice e, segnatamente, al giudice amministrativo, le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia.<sup>3</sup>

La questione era sorta in una controversia in cui un cittadino extracomunitario aveva impugnato dapprima il diniego rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato e poi, con motivi aggiunti, il successivo provvedimento prefettizio di espulsione dal territorio nazionale.

La Corte ha affermato che rientra nella discrezionalità del legislatore ripartire, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, la giurisdizione tra il giudice amministrativo e il giudice ordinario, conferendo al G.O. anche un eventuale potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge, e che non esiste sul piano costituzionale una esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione avanti ad unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione e al principio di precostituzione del giudice.

La scelta del legislatore è stata così ritenuta non irragionevole, nè violativa dell'art. 24 Cost., anche perché — aggiunge la Corte — il provvedimento prefettizio di espulsione di un cittadino extracomunitario dal territorio nazionale è ben diverso dagli altri provvedimenti in ordine al permesso di soggiorno, attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo, dal punto di vista dei poteri e della discrezionalità esercitata, dei presupposti oggettivi e soggettivi, della sfera dei diritti soggettivi coinvolti e delle esigenze di garanzie; la diversità consiste anche nelle implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, di aspetti inerenti alla libertà personale e non solo alla libertà di circolazione dello straniero.

Ci si deve però a questo chiedere se la precedente giurisdizione del g.a. in materia di espulsioni era una giurisdizione esclusiva, anche se non qualificata come tale o se, quale giurisdizione generale di legittimità, comportava un dubbio di costituzionalità perché riguardante posizioni giuridiche di diritto soggettivo.

---

<sup>1</sup> Corte Cost. 23 luglio 2001 n. 275; ord. 9 dicembre 2002 n. 525.

<sup>2</sup> Cass., sez. un., ord. 8 novembre 2005 n. 21592.

<sup>3</sup> Corte costituzionale, 18 dicembre 2001, n. 414; successivamente confermata da Corte Cost., 22 giugno 2006, n. 240, secondo cui il provvedimento di espulsione dello straniero con accompagnamento alla frontiera può incidere sul suo diritto alla libertà personale.

Prima di approfondire tale questione, è necessario descrivere in modo puntuale l'attuale riparto di giurisdizione nella materia in esame.

Il legislatore ha attribuito alla giurisdizione del G.O. le controversie, relative a:

- a) i provvedimenti di espulsione disposti dal Prefetto (art. 13, comma 8, T.U. n. 286/98 e art. 18 d. lgs. n. 150/2011, che le attribuisce al giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione), inclusi i provvedimenti adottati dal prefetto sulle istanze di revoca dei provvedimenti di espulsione<sup>4</sup>;
- b) il riconoscimento dello status di rifugiato (art. 35 d. lgs. n. 25/2008 e, in precedenza, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale successivo all'abrogazione – da parte dell'art. 46 della legge 6 marzo 1998, n. 40 - dell'art. 5 del decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, che attribuiva al giudice amministrativo le medesime controversie; in base all'art. 19 d. lgs. n. 150/2011, le controversie sono di competenza del tribunale, in composizione monocratica, del capoluogo del distretto di corte di appello in cui ha sede la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale che ha pronunciato il provvedimento impugnato);
- c) i provvedimenti relativi all'unità familiare, compresi quelli riguardanti il diniego di permesso di soggiorno richiesto per motivi familiari (art. 30, comma 6, T.U. n. 286/98 e art. 20 d. lgs. n. 150/2011, che le attribuisce al tribunale in composizione monocratica del luogo in cui il ricorrente ha la residenza);
- d) i provvedimenti relativi ai minori stranieri (art. 31 T.U. n. 286/98 con competenza del Tribunale per i minorenni);
- e) le azioni contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi (art. 44 T.U. n. 286/98 e art. 28 d. lgs. n. 150/2011, che le attribuisce al tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio).

Deve, inoltre, ritenersi che spettino alla giurisdizione ordinaria i ricorsi avverso i provvedimenti con i quali viene respinta la richiesta di regolarizzazione di rapporti di lavoro subordinati non risultanti da scritture o da altra documentazione obbligatoria (c.d. emersione dal lavoro nero, disciplinata dai commi 1192 e segg. dell'art. 1 l. n. 296 del 2006).<sup>5</sup>

Non si approfondisce in questa sede la questione delle controversie, relative al diritto di soggiorno sul territorio nazionale o all'allontanamento di cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea, attribuite in larga parte al G.O. e disciplinate dagli artt. 16 e 17 del d. lgs. n. 150/2011.<sup>6</sup>

Sono state, invece, attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, senza che tale giurisdizione sia mai stata espressamente qualificata come esclusiva, le controversie relative a:

- a) i provvedimenti di espulsione disposti dal Ministro per ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, commi 1 e 11, T.U. n. 286/98);
- b) i provvedimenti di espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3 d.l. n. 144/2005, conv. in legge n. 155/2005);
- c) i provvedimenti in materia di misure per prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo e per attuare il congelamento dei fondi e delle risorse economiche per il contrasto del finanziamento del terrorismo e dell'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale (art. 14, d. lgs. n. 109/2007);
- d) i provvedimenti di rilascio, diniego, rinnovo e revoca del permesso di soggiorno (art. 6 T.U. n. 286/98) e di diniego di concessione del visto di ingresso<sup>7</sup>;
- e) il riconoscimento della qualifica di profugo (art. 4 L. n. 763/1981);

---

<sup>4</sup> Cassazione civile, sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2513.

<sup>5</sup> Consiglio Stato, sez. III, 14 febbraio 2011, n. 2759; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 aprile 2010, n. 8958.

<sup>6</sup> V. oltre per un cenno a tale questione.

<sup>7</sup> Cassazione civile, sez. un., 25 marzo 2005, n. 6426, secondo cui il visto di ingresso è subordinato, al pari del permesso di soggiorno, alla valutazione discrezionale della sussistenza di requisiti soggettivi o di condizioni internazionali; il che esclude la configurabilità, in capo allo straniero, di una posizione di diritto soggettivo al relativo ottenimento.

f) i provvedimenti relativi alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario, ad eccezione di quelli fondati su norme inerenti il ricongiungimento familiare (art. 9 d. lgs. n. 85/2003).

Deve, inoltre, ritenersi che anche l'eventuale contestazione del decreto che fissa annualmente i flussi di ingresso dei cittadini extracomunitari in Italia sia impugnabile davanti al giudice amministrativo.

Si osserva che in modo solenne l'art. 2, comma 5, del T.U. n. 286/98 riconosce allo straniero "parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge".

Ma tale parità di trattamento sembra riguardare anche la confusione, che spesso fa il legislatore, con riguardo alla individuazione del giudice cui ci si deve rivolgere.

Se spesso siamo confusi noi operatori del diritto, non può non esserlo il cittadino e tanto più il cittadino extracomunitario.

Peraltro, si tratta di disposizioni "disperse" in diversi testi normativi, stratificati nel tempo, che hanno dato luogo anche a problemi interpretativi, quasi sempre legati al regime della doppia giurisdizione.

Ad esempio, dopo l'abrogazione – da parte dell'art. 46 della legge 6 marzo 1998, n. 40 - dell'art. 5 del decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, che attribuiva al giudice amministrativo le controversie sul riconoscimento dello status di rifugiato, vi è stata una iniziale incertezza sull'individuazione della giurisdizione, poi risolta in favore del g.o. dapprima dalla giurisprudenza<sup>8</sup> e poi dal legislatore (art. 35 d. lgs. n. 25/2008).

Era a quel punto sorta la questione di giurisdizione relativa alle controversie aventi ad oggetto il diniego della richiesta di permesso di soggiorno per asilo politico, adottato da parte del questore sul presupposto della decisione negativa emessa dalla competente Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato.

Tenuto conto che tale diniego è un atto dovuto e consequenziale, è stato ritenuto che la giurisdizione spetti allo stesso giudice ordinario, che deve vagliare la sussistenza o meno dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato<sup>9</sup>, anche se in qualche sentenza è stato distinto il caso dell'impugnazione dello stesso diniego avente vizi autonomi e propri o rispetto al caso di contestuale richiesta del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Al riguardo la Cassazione ha prima affermato che il provvedimento del questore, di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari e di allontanamento dal territorio nazionale, emesso all'esito della decisione negativa della Commissione Centrale sul riconoscimento dello status di rifugiato, è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo, non costituendo atto meramente consequenziale del procedimento introdotto con la domanda di asilo ma, al contrario, avendo ad oggetto una valutazione politico-amministrativa autonoma del Questore, riguardante l'esistenza delle ragioni di protezione indicate negli art. 5, comma 6, e 19, comma 1, d.lg. n. 286 del 1998.<sup>10</sup>

Successivamente, la stessa Cassazione ha aggiunto che la situazione giuridica dello straniero, che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie, ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 cost. esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidata solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni

---

<sup>8</sup> Cons. Stato, VI, 19-7-2005, n. 3835.

<sup>9</sup> TAR Lombardia, 24 giugno 2011 n. 1708.

<sup>10</sup> Cassazione civile, sez. un., 27 marzo 2008, n. 7933.

costituzionalmente tutelate riservate al legislatore. La giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al g.o.<sup>11</sup>

In sostanza, la Cassazione ha distinto la fattispecie dell'impugnazione del provvedimento del Questore di allontanamento dello straniero, con implicito rigetto del permesso di soggiorno per motivi umanitari, a seguito di provvedimento negativo della commissione nazionale sulla richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato (G.A.), da quella avente ad oggetto le domande di accertamento del diritto allo status di rifugiato o, in subordine, del diritto di asilo o, in ulteriore subordine, del diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari (G.O.).

Non mi sembra un criterio che eviti confusioni e questa volta è intervenuto il legislatore ad attribuire alle nuove Commissioni il potere, anche officioso, di effettuare la valutazione (di natura tecnica, data la composizione delle commissioni stesse) dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6 (art. 32, l. 30 luglio 2002, n. 189 e ora art. 32 d. lgs. n. 25/08, che stabilisce che “Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”).

### **3. La giurisdizione del giudice ordinario in materia di espulsioni e i limiti del sindacato del G.O. sugli atti amministrativi presupposti.**

Il sistema della doppia giurisdizione comporta che spesso a determinati provvedimenti, la cui cognizione è attribuita ad una giurisdizione, seguano provvedimenti, che vanno contestati davanti a diversa giurisdizione.

Tipico è il caso del diniego di permesso di soggiorno (G.A.) cui segue il provvedimento di espulsione (G.O.).

Il problema che si pone in questi casi è costituito dalla possibilità per il giudice ordinario di sindacare gli atti amministrativi presupposti in via meramente incidentale.

Anche in questo caso la risposta della giurisprudenza non è univoca.

Con la già citata sentenza n. 414/2001 la Corte Costituzionale aveva escluso l'esistenza di una pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, affermando che il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo di permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita.

La Cassazione sembrava aver seguito tale indicazione.

Era stato affermato che, in tema di disciplina dell'immigrazione, il g.o., investito del ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione emesso a seguito del rigetto dell'istanza di legalizzazione di lavoro irregolare, di cui al d.l. 9 settembre 2002 n. 195, conv. in l. 9 ottobre 2002 n. 222, può verificare, in via incidentale, la legittimità del provvedimento di diniego ai fini dell'eventuale annullamento del decreto impugnato. Per un verso, infatti, spetta al g.o. conoscere della controversia avente ad oggetto un provvedimento vincolato, quale è il decreto di espulsione emesso nella fattispecie dal prefetto; per altro verso, ben può il giudice adito, chiamato a pronunciarsi su ricorso proposto avverso un atto amministrativo che investa diritti soggettivi, sindacare in via incidentale l'atto che costituisca presupposto dell'atto impugnato, senza che ciò comporti il superamento dei limiti della sua giurisdizione.<sup>12</sup>

Tuttavia, successivamente, la stessa Cassazione ha seguito la tesi opposta, rilevando che il giudice ordinario dinanzi al quale sia impugnato il provvedimento di espulsione non può conoscere

---

<sup>11</sup> Cassazione civile, sez. un., 09 settembre 2009, n. 19393.

<sup>12</sup> Cassazione civile, sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20125; Fattispecie relativa ad annullamento di decreto prefettizio di espulsione a fronte della riscontrata carenza probatoria in ordine alla regolare comunicazione dell'invito a comparire presso la prefettura nell'ambito della procedura di regolarizzazione; v. anche Cassazione civile, sez. I, 21 marzo 2005, n. 6085.

incidentalmente della legittimità dei presupposti amministrativi, e non può quindi né valutare la legittimità, né disapplicare, il provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo, poiché tale sindacato spetta al giudice amministrativo.<sup>13</sup>

Secondo la Cassazione, il provvedimento di espulsione è provvedimento obbligatorio a carattere vincolato sicché il giudice ordinario dinanzi al quale esso venga impugnato è tenuto unicamente a controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione, i quali consistono nella mancata richiesta in assenza di cause di giustificazione del permesso di soggiorno, ovvero nella sua revoca od annullamento o nella mancata tempestiva richiesta di rinnovo che ne abbia comportato il diniego.

Non è invece consentita al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo poiché tale sindacato spetta al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione.

In sostanza, il giudice dell'espulsione è tenuto solo a verificare la carenza di un titolo che giustifichi la presenza del ricorrente sul territorio nazionale, non anche la regolarità dell'azione amministrativa svolta al riguardo, le cui carenze non possono essere dedotte come motivo di impugnazione dell'espulsione.

Le conseguenze di tale tesi potevano essere l'individuazione di un rapporto di pregiudizialità tra il giudizio davanti al giudice amministrativo inerente la legittimità del diniego del permesso di soggiorno e il giudizio davanti al g.o. relativo all'espulsione.

Al contrario, la Cassazione afferma che la pendenza del giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione dei predetti provvedimenti negativi non giustifica la sospensione necessaria del processo instaurato dinanzi al giudice ordinario con l'impugnazione del decreto di espulsione del prefetto, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica necessaria tra il processo amministrativo e quello civile.<sup>14</sup>

La pregiudizialità, infatti, non può essere ravvisata negli effetti pratici della pronuncia del giudice amministrativo la quale consentirà unicamente all'espulso, in caso di accoglimento del suo ricorso, di riproporre la domanda di permesso di soggiorno rientrando in Italia prima della scadenza del termine finale del divieto di rientro.

Aggiunge la Cassazione che con l'abolizione del contenzioso amministrativo la disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo trovava la sua giustificazione nel divieto per l'autorità giudiziaria di revocare, modificare o annullare l'atto amministrativo, restando tale potere appannaggio delle competenti autorità amministrative investite dal ricorso dell'interessato. Tale potere, con la successiva introduzione della giurisdizione amministrativa a tutela degli interessi legittimi del cittadino, riceve applicazione - secondo l'orientamento più rigoroso della giurisprudenza di questa Corte - solo nelle controversie tra privati nelle quali il provvedimento amministrativo non costituisca il fondamento stesso della posizione giuridica dedotta in giudizio ma venga in rilievo solo come suo antecedente logico, dando luogo ad una questione pregiudiziale in senso tecnico, oggetto di mero accertamento incidentale.<sup>15</sup>

Non mancano peraltro pronunce che ammettono il sindacato incidentale del giudice ordinario e la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo nelle cause promosse nei confronti della Pubblica Amministrazione, allorquando la posizione dedotta in giudizio sia un diritto soggettivo e conservi tale natura in ragione dell'inefficienza di quell'atto a degradare il diritto soggettivo a mero interesse legittimo trattandosi di atto vincolato a predeterminati requisiti di legge e, quindi, tale da non costituire espressione di una potestà autoritativa e discrezionale, come si verifica frequentemente nel caso delle controversie promosse da utenti di un pubblico servizio i quali

---

<sup>13</sup> Cassazione civile, sez. un., 16 ottobre 2006, n. 22217.

<sup>14</sup> Contra, ma con affermazione incidentale non motivata: Cass. 20 giugno 2000, n. 8381.

<sup>15</sup> Cass. 22 febbraio 2002, n. 2588; SS.UU. 10 settembre 2004, n. 18263/ 25 gennaio 2006, n. 1373

contestino l'importo preteso e ne chiedano la riduzione previa disapplicazione della tariffa posta a base del credito vantato dall'Amministrazione.<sup>16</sup>

E tuttavia, quando il provvedimento che sia suscettibile di sindacato in via incidentale trovi un indispensabile antecedente in un altro atto che ne consenta, o, addirittura, ne imponga l'adozione, il quale abbia portata autoritativa e abbia come destinatario la stessa persona a carico della quale sia stato adottato il successivo atto vincolato (impugnabile e impugnato dinanzi al giudice ordinario) le regole innanzi riportate, se consentono il riscontro della sussistenza e della persistenza del provvedimento anteriore - poiché, in caso contrario, verrebbe a mancare una delle condizioni necessaria per l'emissione del provvedimento successivo - non autorizzano tuttavia alcun sindacato di correttezza sull'esercizio del potere autoritativo in base al quale l'atto presupposto è stato emanato, poiché in tal caso il controllo sulla legittimità dell'atto anteriore, ancorché mantenuto formalmente nei limiti dell'accertamento incidentale e della disapplicazione, si tradurrebbe sostanzialmente in un annullamento, rendendo inoperante l'azione amministrativa nel suo intero contenuto e nei confronti dell'unico destinatario e si tradurrebbe, perciò, in una usurpazione di attribuzioni da parte del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo.

Conclude la Cassazione, sostenendo che il provvedimento di diniego, di revoca o di annullamento del permesso di soggiorno non costituisce antecedente logico del provvedimento di espulsione, ma solo un antecedente di fatto in quanto, per il principio dell'esecutorietà degli atti amministrativi, il decreto di espulsione non è condizionato al previo accertamento della legittimità del provvedimento di revoca o di annullamento sicché il venir meno del titolo che giustifica la permanenza dello straniero sul territorio nazionale ne comporta automaticamente l'espulsione.<sup>17</sup>

Tale orientamento è stato successivamente confermato dalla Cassazione, che ha aggiunto che il risultato concreto è immune da sospetti di incostituzionalità, in relazione all'art. 24 Cost., là dove gravemente pregiudicherebbe i diritti dell'espulso esponendolo ad allontanamenti con rimpatrio suscettibili di tardiva rimozione ex tunc.

Infatti, secondo al Corte, da un lato, non è affatto irragionevole la attribuzione al G.A. del sindacato sul diniego del permesso di soggiorno ed al G.O. quello sulla espulsione per assenza di titolo, posto che, come statuito dalla Corte Costituzionale (sent. 240/06), l'operatività del riparto in tale materia non potrebbe essere in alcun modo eliminata attribuendo al Giudice Amministrativo la cognizione della misura incidente sulla libertà personale dello straniero (nè assegnando al Giudice Ordinario la cognizione di provvedimenti adottabili dalla P.A. in sede di ponderazione di diversi interessi); dall'altro lato, l'automatismo espulsivo (al mero ricorrere di una situazione di irregolare presenza sul territorio) è sia garanzia per lo stesso straniero, che vede eliminato ogni arbitrio da parte della P.A. (Corte Cost. n. 463/05), sia condizione di efficacia dell'intero sistema che presidia alla regolazione dei flussi migratori per il quale, secondo la ragionevole scelta legislativa, hanno diritto a permanere nello Stato soltanto coloro che abbiano effettivo e valido titolo per soggiornare (e non coloro che abbiano interesse legittimo a conseguirlo).<sup>18</sup>

Può, tuttavia, dubitarsi che tale automatismo sia effettivamente una garanzia per lo straniero, che si vedrebbe costretto a lasciare l'Italia nell'ipotesi di una espulsione conseguente ad un diniego di

---

<sup>16</sup> Tra le ultime pronunce in materia: Cass. 5 agosto 2005, n. 16547; 2 marzo 2006, n. 4584.

<sup>17</sup> La Cassazione aggiunge che "Non si ignora, infine, l'ordinanza della Corte costituzionale del 18 dicembre 2001, n. 414, la qua e, nel ribadire che va esclusa ogni palese irragionevolezza nella scelta del legislatore di attribuire al giudice ordinario la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione per le sue implicazioni sulla libertà personale e di circolazione dello straniero e di attribuire al giudice amministrativo la tutela nei confronti dei provvedimenti in materia di permesso di soggiorno in considerazione dei presupposti oggettivi e soggettivi e dei poteri discrezionali che li connotano sostiene che la piena tutela contro il provvedimento di espulsione, esclusa ogni pregiudizialità amministrativa, può raggiungersi attraverso la disapplicazione dell'atto di rifiuto del permesso di soggiorno o del suo rinnovo con effetti di illegittimità derivata sull'atto di espulsione oggetto della sua giurisdizione piena, ma tale affermazione non ha portata decisiva nella risoluzione del contrasto di giurisprudenza sottoposto all'esame delle Sezioni Unite".

<sup>18</sup> Cassazione civile, sez. I, 07 febbraio 2008, n. 2973.

permesso di soggiorno, riconosciuto illegittimo solo dopo l'esecuzione del provvedimento di espulsione.

Il limite al sindacato del giudice ordinario opera, invece, in maniera diversa in sede di tutela avverso atti o comportamenti discriminatori per motivi di razza o di origine etnica o in sede di giudizio penale.

Nel primo caso, può accadere che il comportamento discriminatorio consista nell'emanazione di un atto amministrativo, ma ciò non preclude il potere di intervento del giudice ordinario, che può decidere la controversia valutando il provvedimento amministrativo denunciato, disapplicandolo, "tamquam non esset" e adottando i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, ove ritenuto lesivo del principio di non discriminazione od integrante gli estremi della illegittima reazione, senza tuttavia interferire nelle potestà della p.a., se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi.<sup>19</sup>

Il caso esaminato dalla Cassazione riguardava una condotta del comune di Brescia, che dopo aver istituito un c.d. «bonus bebè» riservato a famiglie con almeno un genitore italiano, ed a seguito di ordine giudiziale di estensione del beneficio anche alle famiglie composte da genitori stranieri, aveva, viceversa, deliberato di revocarlo per tutte le famiglie, sia italiane che straniere, considerato che "l'estensione del beneficio...risulterebbe in contrasto con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana...".

Il giudice di merito aveva allora ordinato la cessazione della condotta discriminatoria, mediante il ripristino delle condizioni di cui all'originaria delibera, eccetto quella della cittadinanza.

La Corte di Cassazione ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, sulla base delle norme che attribuiscono al G.O. la tutela avverso gli atti discriminatori e sulla base della natura delle situazioni soggettive tutelate: diritti individuali di rilievo costituzionale e sovranazionale (quelli a non essere discriminati per ragioni etniche o simili e a non subire comportamenti ritorsivi, in reazione alla tutela antidiscriminatoria eventualmente conseguita), evidenziando che la presenza di provvedimenti amministrativi non è preclusiva rispetto all'ordine impartito dal giudice ordinario, che ben può disapplicare tali atti.

Se ritenuto discriminatorio, anche un diniego di permesso di soggiorno può, quindi, essere disapplicato dal G.O., anche se ciò è precluso allo stesso G.O. in sede di ricorso avverso i decreti di espulsione.

La c.d. disapplicazione in bonam partem è consentita anche al giudice penale, in caso di provvedimento amministrativo, la cui validità è elemento costitutivo della fattispecie penale; se il giudice penale accerta incidentalmente l'invalidità del provvedimento, viene dunque meno un elemento essenziale della fattispecie, con la conseguente insussistenza del fatto contestato come reato.<sup>20</sup>

Da tale ricostruzione, al di là della condivisione o meno dei principi di diritto affermati, emerge che il percorso che deve seguire il cittadino extracomunitario per avere tutela è oltre modo tortuoso: si deve rivolgere al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento del diniego di permesso di soggiorno e al giudice ordinario per contestare il provvedimento di espulsione; non potendo il g.o. sindacare il provvedimento presupposto, ad eccezione di limitati casi di sussistenza di vizi autonomi del decreto di espulsione, il cittadino extracomunitario se non ottiene un provvedimento, anche cautelare, dal giudice amministrativo, dovrà lasciare il territorio italiano, non potendo sperare nell'accoglimento del ricorso avverso l'espulsione, salvo poter rientrare in caso di successivo esito favorevole del giudizio amministrativo.

Tale percorso non sembra rappresentare il massimo esempio di effettività della tutela.

#### **4. Permessi di soggiorno ed espulsioni: la doppia giurisdizione è giustificata dalla diversa consistenza delle posizioni soggettive ? Gli inconvenienti della doppia giurisdizione.**

---

<sup>19</sup> Cassazione civile , sez. un., 15 febbraio 2011 , n. 3670.

<sup>20</sup> Cassazione penale , sez. I, 08 aprile 2010 , n. 17925.

E' stato evidenziato come la Corte Costituzionale abbia ritenuto esente da vizi di costituzionalità il sistema della doppia giurisdizione, quanto meno con riferimento all'attribuzione al G.O. della cognizione sui ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione e alla mancata concentrazione di tale contenzioso davanti al G.A..

Da tale pronuncia si ricava che in presenza di un provvedimento di espulsione prefettizio la posizione giuridica dello straniero è di diritto soggettivo, tenuto conto che l'art. 103 Cost. non consente di attribuire al G.O. la giurisdizione con riguardo a posizione di interesse legittimo, ma solo di concentrare davanti al G.A. la cognizione di diritti soggettivi e interessi legittimi (giurisdizione esclusiva).

Ci si deve però chiedere quale consistenza abbiano le posizioni giuridiche dei cittadini extracomunitari nelle fattispecie devolute alla giurisdizione del G.A.

La mancata espressa qualificazione della giurisdizione come esclusiva poteva non costituire un argomento decisivo a tal fine, ma il problema si pone in termini parzialmente diversi dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

L'art. 133 del Codice ha elencato tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva, racchiudendole dentro quella che è stata definita una "norma catalogo".

E' vero che anche in questo caso non è precluso prevedere ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche al di fuori dell'art. 133, come in concreto già avvenuto e come del resto previsto dal riferimento anche alle materie di giurisdizione esclusiva indicate dalla legge, contenuto nell'art. 7, comma 5 e nello stesso art. 133 del Codice.

Va, tuttavia, rilevato come nella ricognizione di tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva il legislatore delegato e la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione della bozza del Codice non abbiano incluso alcuna fattispecie riguardante l'immigrazione.

Attualmente, l'attribuzione alla giurisdizione del G.O. di alcune fattispecie e la giurisprudenza della Corte di Cassazione qualificano come diritti soggettivi posizioni giuridiche di contenuto e consistenza molto simili a quelle attribuite alla generale giurisdizione di legittimità del G.A.

Basti pensare al diniego del permesso di soggiorno, di cui conosce il G.O. o il G.A. a seconda del motivo per cui il permesso è richiesto.

Se è richiesto per il ricongiungimento familiare o per motivi umanitari la giurisdizione è del G.O. e, di conseguenza, la posizione giuridica è necessariamente di diritto soggettivo; in caso di mancato rilascio del permesso di soggiorno richiesto per altri motivi, la giurisdizione è del G.A. e ciò fa presumere la configurazione di posizioni di interesse legittimo.

Ad esempio, la Cassazione ha spiegato che la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari gode della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali. Pertanto, la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidata solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservate al legislatore.<sup>21</sup>

Ci si deve chiedere se sia ragionevole distinguere la consistenza della posizione giuridica a seconda del motivo per cui viene chiesto il visto o il permesso di soggiorno, o se la posizione giuridica del cittadino extracomunitario sia comunque di diritto soggettivo, tenuto conto che l'accertamento dei

---

<sup>21</sup> Cassazione civile, sez. un., 9 settembre 2009, n. 19393, che afferma, quindi, che la giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al giudice ordinario.

presupposti per permanere in Italia assume quasi sempre carattere vincolato, anche con riferimento a precedenti determinazioni, quali – ad esempio – il decreto che stabilisce i flussi di ingresso.

E' innegabile che la discrezionalità del Ministro nel disporre l'espulsione per ordine pubblico o sicurezza dello o per motivi di prevenzione del terrorismo è maggiore rispetto a quelle di cui gode il Prefetto nei casi ordinari di espulsione, ma è sufficiente ciò a qualificare in modo diverso la posizione soggettiva ?

Quale maggiore discrezionalità vi è nel riconoscimento della qualità di profugo, attribuito alla giurisdizione del G.A. ?

L'art. 133, comma 1, lett. u), del Codice del processo amministrativo conferma l'inclusione tra le materie di giurisdizione esclusiva delle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di passaporti, in base al presupposto che il rilascio del passaporto incide sul "diritto" di circolazione del cittadino.

Per lo straniero è elevato a diritto solo se comunitario e non lo è se extracomunitario ?

Peraltro, anche per i ricorsi avverso i provvedimenti di allontanamento dei cittadini comunitari, il legislatore ha suddiviso la competenza tra G.A. cui sono attribuiti i ricorsi avverso i provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico (art. 22 D. lgs. n. 30/2007<sup>22</sup>) e G.O., cui sono attribuiti i ricorsi avverso i provvedimenti di allontanamento di cittadini dell'Unione europea per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza (artt. 20 e 21 del D. lgs. n. 30/07 e art. 17 d. lgs. n. 150/11).

Anche per i cittadini comunitari, la qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive presenta, quindi, elementi di criticità.

E in che termini si pone oggi il nuovo accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, disciplinato dal d.P.R. 14 settembre 2011, n. 179<sup>23</sup> in attuazione dell'art. 4-bis del Testo unico ?

Questo nuovo accordo di integrazione, la cui stipula diventa condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno, quali posizioni soggettive fa sorgere ?

L'art. 6, comma 7, del d.P.R. prevede che la risoluzione dell'accordo per inadempimento ai sensi del comma 5, lettera c), determina la revoca del permesso di soggiorno o il rifiuto del suo rinnovo e l'espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Ci si deve chiedere chi è competente a decidere sulla risoluzione; e se il soggetto inadempiente fosse lo Stato, quale azione ha lo straniero ?<sup>24</sup>

Il problema della qualificazione giuridica delle posizioni soggettive coinvolte non è fine a sé stesso, ma è funzionale a stabilire la costituzionalità o, comunque, la ragionevolezza dell'attuale sistema di riparto.

E' un dato di fatto che l'attuale sistema di riparto comporti molti inconvenienti.

In primo luogo è complicato e difficile da comprendere, tanto più per cittadini extracomunitari.

E' un sistema, che come già visto, può ostacolare la tutela, richiedendo nella sostanza l'intervento di due giurisdizioni per un unico episodio della vita: diniego di permesso di soggiorno e conseguente espulsione.

Ciò comporta il rischio di contrasti interpretativi tra le due giurisdizioni.

---

<sup>22</sup> Ipotesi di competenza funzionale del Tar del Lazio ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. l), c.p.a.

<sup>23</sup> Pubblicato in GU l'11 novembre 2011.

<sup>24</sup> L'accordo prevede obblighi per lo più a carico dello straniero, che deve a) acquisire un livello adeguato di conoscenza della lingua italiana parlata equivalente almeno al livello A2 di cui al quadro comune europeo di riferimento per le lingue emanato dal Consiglio d'Europa; b) acquisire una sufficiente conoscenza dei principi fondamentali della Costituzione della Repubblica e dell'organizzazione e funzionamento delle istituzioni pubbliche in Italia; c) acquisire una sufficiente conoscenza della vita civile in Italia, con particolare riferimento ai settori della sanità, della scuola, dei servizi sociali, del lavoro e agli obblighi fiscali; d) garantire l'adempimento dell'obbligo di istruzione da parte dei figli minori. Lo Stato assume l'obbligo (generico) di sostenere il processo di integrazione dello straniero e quello più specifico di assicurare allo straniero la partecipazione ad una sessione di formazione civica e di informazione sulla vita in Italia (sessione di durata non inferiore a cinque e non superiore a dieci ore); la mancata partecipazione alla sessione di formazione civica e di informazione da luogo alla perdita di quindici dei sedici crediti assegnati all'atto della sottoscrizione dell'accordo all'interno di un sistema a punti (crediti) acquisibili o decurtabili.

Inoltre, il dover adire due differenti giurisdizioni è penalizzante per chi ha ragione e può, invece, costituire elemento che aiuta chi ha torto.

Chi ha ragione è costretto ad un percorso tortuoso e dispendioso (basti pensare al pagamento del contributo unificato), per vedere riconosciuta la propria pretesa a restare sul territorio italiano e, per di più, può essere penalizzato dai tempi della giustizia ed esser costretto ad abbandonare il territorio nazionale, quando, come già illustrato, la decisione sul diniego del permesso di soggiorno giunge dopo che il giudice ordinario ha deciso il ricorso avverso l'espulsione.

Chi ha torto può sperare di strappare da uno dei due giudici la concessione di una misura cautelare per restare sul territorio italiano; a volte, nonostante la definizione del contenzioso davanti al g.a. in senso negativo, è sufficiente un provvedimento del giudice di pace per consentire ciò e prevalere nella sostanza su quanto deciso da un giudice di ultima istanza, quale è il Consiglio di Stato.

Rispetto ai costi del processo, si può obiettare che molto spesso si tratta di soggetti che hanno i requisiti per accedere al gratuito patrocinio a spese dello Stato, ma anche questo determina delle storture; la doppia giurisdizione raddoppia i costi per lo Stato e a volte accade che si tratta di controversie portate avanti dai difensori del cittadino extracomunitario proprio al fine di beneficiare del gratuito patrocinio (in questi casi servirebbe un maggiore rigore in sede di ammissione o di revoca dell'ammissione nei casi di manifesta infondatezza del ricorso).

Si potrebbe continuare, ma queste considerazioni appaiono sufficienti a dimostrare i numerosi inconvenienti del regime della doppia giurisdizione.

## **5. La giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione e le questioni di competenza.**

Prima di trarre le conclusioni dalle considerazioni finora svolte, è opportuno soffermarsi sul merito della giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione.

Il contenzioso in materia di immigrazione è per taluni versi un contenzioso di tipo seriale, che ripropone spesso questioni ricorrenti e che a volte può prestarsi ad un approccio di tipo formale da parte del giudice amministrativo.

Premesso che il sindacato formale e meramente estrinseco deve ritenersi ormai superato, va registrato una maggiore attenzione da parte del giudice amministrativo alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio dal cittadino extracomunitario.

Ad esempio, la giurisprudenza ha dato rilievo ai fini di consentire il rilascio del permesso di soggiorno anche alla sopravvenienza dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno da valutare in applicazione dell'art. 5, comma 5, e dell'art. 49, comma 1 bis, del d.lgs. n. 286/98.<sup>25</sup>

In tale occasione è stato rilevato che la forma impugnatoria del processo amministrativo induce, di norma, a valutare la legittimità dei provvedimenti impugnati alla data di adozione degli stessi, senza attribuire rilevanza alle circostanze sopravvenute, ma che è, tuttavia, innegabile che, fermo restando il modello impugnatorio, il processo amministrativo si sia nel corso degli anni evoluto in modo tale che il suo oggetto non sia solo l'atto impugnato, ma si estenda alla pretesa sostanziale posta alla base dell'impugnazione.

In presenza dell'impugnazione di un diniego di rilascio o rinnovo di permesso di soggiorno, tale pretesa è costituita dalla richiesta del ricorrente di ottenere un valido titolo per permanere in Italia e rispetto a tale pretesa non possono non assumere rilievo le sopravvenienze, quali – ad esempio - la scelta del legislatore di eliminare il disvalore attribuito ad alcune condotte, in precedenza qualificate come ostative al rilascio del permesso di soggiorno.

In coerenza con tale approccio più sostanziale, il giudice amministrativo ha frenato una tendenza dell'amministrazione dell'interno a svalutare gli aspetti procedurali per i procedimenti di diniego di permesso di soggiorno.

Ad esempio, il diniego di permesso di soggiorno è spesso adottato in base ad accertamenti di fatto sulla effettiva sussistenza del rapporto di lavoro dichiarato e l'atto di diniego è a volte adottato senza rispettare l'avviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241/90

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, VI, 7 giugno 2006 n. 3412.

(ed anzi le questure danno spesso espressamente atto di procedere senza il prescritto preavviso di provvedimento negativo, ritenendo sussistenti gli estremi previsti dall'art. 21-octies della stessa legge n. 241/90, stante l'assoluta immodificabilità del provvedimento nel suo contenuto).

Il Consiglio di Stato ha affermato che tale modus procedendi è erroneo, in quanto l'art. 10-bis della legge n. 241/90 è stato introdotto dalla legge n. 15 del 2005 al fine di consentire il contraddittorio tra privato ed amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo e allo scopo, quindi, di far interloquire il privato sulle ragioni ritenute dall'amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza.<sup>26</sup>

La norma si applica a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte, ad eccezione di quelli espressamente esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali).

Il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno è un procedimento ad istanza di parte, cui si applica, quindi, la suddetta disposizione.

Il richiamo dell'art. 21-octies della stessa legge n. 241/90, operato dall'amministrazione nello stesso provvedimento impugnato per giustificare il mancato invio del preavviso, presuppone la validità della tesi, secondo cui tale disposizione avrebbe degradato alcuni vizi procedurali a mere irregolarità.

In realtà, l'art. 21-octies, comma 2, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso.<sup>27</sup>

Errano, quindi, le amministrazioni che intendono l'art. 21-octies, come introduzione della facoltà per la p.a. di non rispettare le regole procedurali; in tal modo, viene violato il principio di legalità, mentre, al contrario, le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela.

Va anche segnalato come la giurisprudenza amministrativa si sia dimostrata pronta ad applicare in questa materie le pronunce del giudice comunitario, come dimostra la disapplicazione delle norme interne contrastanti con quelle dell'Unione europea, compiuta nel corso del 2011 dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

La Plenaria ha affermato che, in tema di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari condannati, il reato di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio, non è più compatibile con la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva 2008/115/CE. Pertanto, l'entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l'abolizione del reato previsto dalla disposizione sopra citata, e ciò, a norma dell'art. 2 del codice penale, ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato, in quanto il principio del tempus regit actum esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irretrattabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento. Tale la circostanza, evidentemente, non si verifica ove siano stati esperiti gli idonei rimedi giudiziari volti a contestare l'assetto prodotto dall'atto impugnato.<sup>28</sup>

Per quanto riguarda l'individuazione del Tar competente, va ricordato come, a seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la competenza territoriale sia diventata sempre inderogabile e rilevabile d'ufficio.

---

<sup>26</sup> Consiglio Stato, sez. VI, 02 febbraio 2009, n. 552.

<sup>27</sup> Cons. Stato, VI, n. 2763/2006; n. 4307/06.

<sup>28</sup> Consiglio Stato, ad. plen., 10 maggio 2011, n. 7 e n. 8, in applicazione di Corte Giust., 28 aprile 2011, causa C-61/11.

Ai fini della determinazione della competenza per territorio, il Codice ha confermato il criterio della sede dell'organo o dell'ente, cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, rafforzando quello dell'efficacia territoriale dell'atto; criterio ritenuto prioritario secondo l'orientamento prevalente, nel caso di atti aventi efficacia limitata alla circoscrizione di un Tar.

Con riferimento all'impugnazione degli atti attinenti al soggiorno dei cittadini extracomunitari, il criterio della sede dell'organo (questura) è quello da applicare, senza ulteriori indagini sull'efficacia territoriale dell'atto.

L'art. 135 c.p.a. ha incluso tra le ipotesi di competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma: "i) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di espulsione di cittadini extracomunitari per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato; l) le controversie avverso i provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico di cui all'articolo 20, comma 1, del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, e successive modificazioni <sup>29</sup>; m) le controversie avverso i provvedimenti previsti dal decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109" [provvedimenti in materia di misure per prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo].

In caso di ricorso dei sopramenzionati provvedimenti la competenza spetta, quindi, in via funzionale al Tar del Lazio.

Con riguardo al regime della rilevanza della competenza poco cambia, in quanto, dopo l'entrata in vigore del Codice, il regime della competenza per territorio è assimilato a quello della competenza funzionale, ad eccezione di due sole differenze: a) in caso di competenza funzionale, il riparto tra sede principale e sede staccata di Tar diventa questione di competenza (ex art. 47, comma 1); b), il ricorso incidentale devoluto alla competenza funzionale di un Tar attrae il ricorso principale (ex art. 42, comma 4).

Va, infine, sottolineato come le questioni esaminate dal giudice amministrativo non si esauriscono nelle fattispecie in precedenza elencate e direttamente incidenti sulla posizione del cittadino extracomunitario, ma si estendono ad altri casi, in cui la problematica dell'immigrazione e dell'integrazione assume indiretto, ma importante, rilievo.

Sono sufficienti due esempi.

In un caso, il Consiglio di Stato ha esaminato la legittimità di un decreto del prefetto di annullamento dell'ordinanza con la quale un sindaco, in qualità di Ufficiale di governo, aveva ordinato di adeguarsi alle norme che fanno divieto di comparire mascherati in pubblico, includendo tra i mezzi idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona anche il velo (burqa) che copre il volto.

La questione è stata risolta con l'affermazione dell'illegittimità dell'ordinanza del sindaco, in quanto il divieto di comparire mascherato in luogo pubblico, di cui all'art. 85 del r.d. n. 773/1931 non include il burqa, in quanto quest'ultimo non costituisce una maschera, ma un tradizionale capo di abbigliamento di alcune popolazioni, tuttora utilizzato anche con aspetti di pratica religiosa.<sup>30</sup>

In sostanza, è stato ritenuto che la ratio dell'art. 5 l. n. 152/1975, che vieta l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo, è quella di evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento. Tuttavia, un divieto assoluto vi è solo in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, mentre negli altri casi, l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento è vietato solo se avviene "senza giustificato motivo". Con riferimento al "velo che copre il volto", o in particolare al burqa, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto a evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e

---

<sup>29</sup> Come già detto, la giurisdizione è del G.O. per altri provvedimenti di allontanamento di cittadini dell'Unione europea per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, nonché per i motivi di cui all'articolo 21 del medesimo decreto

<sup>30</sup> Consiglio Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076.

culture. In questo caso le esigenze di pubblica sicurezza possono essere soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall'obbligo per tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine. Resta fermo che tale interpretazione non esclude che in determinati luoghi o da parte di specifici ordinamenti possano essere previste, anche in via amministrativa, regole comportamentali diverse incompatibili con il suddetto utilizzo, purché ovviamente trovino una ragionevole e legittima giustificazione sulla base di specifiche e settoriali esigenze.

Discorso diverso è se il legislatore possa prevedere un divieto generalizzato di indossare il burqa in luogo pubblico, come avvenuto in Francia e in tal caso si dovrebbe verificare la costituzionalità della norma, che oggi però non esiste nel nostro ordinamento, non potendo – come chiarito dal Consiglio di Stato – essere utilizzate disposizioni dettate per altri fini.

Altro esempio riguarda il territorio trentino e ne faccio solo cenno, trattandosi di vicenda ancora non conclusa e pendente il Consiglio di Stato.

La fattispecie concerne un intervento edilizio tramite d.i.a. in cui vi è stato un cambio di destinazione d'uso da deposito a centro culturale gestito dalla Associazione Comunità Islamica del Trentino Alto Adige.

La questione giuridica da risolvere era strettamente edilizia e riguardava l'ammissibilità del mutamento destinazione d'uso rispetto all'art. 36 delle N.T.A. del P.R.G. di Trento, che consente, nelle "aree ad uso prevalentemente residenziale", al fine "dell'integrazione della residenza con le altre funzioni urbane ad essa collegate" l'insediamento - tra l'altro - di "associazioni politiche, sindacali, culturali e religiose" e in genere tutte le attività "che non contrastino con il carattere prevalentemente residenziale della zona".<sup>31</sup>

## **6. Conclusioni.**

L'esame del riparto di giurisdizione in materia di immigrazione ha evidenziato come il legislatore abbia ripartito la cognizione delle controversie tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Come illustrato, il sistema determina numerosi inconvenienti, rispetto ai quali sarebbe auspicabile una concentrazione delle tutele davanti ad un unico giudice.

Può essere il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva o il giudice ordinario, se si riconosce che la posizione del cittadino extracomunitario è comunque di diritto soggettivo.

L'impressione è che entrambe le giurisdizioni non abbiano mai "combattuto" per la giurisdizione in tale tipologia di controversie.

Anche durante i lavori preparatori all'approvazione del Codice del processo amministrativo si era ipotizzato in sede di Commissione istituita presso il Consiglio di Stato di modificare il criterio di riparto in questa materia, individuando un unico giudice. Non se ne è fatto nulla e questo può essere indice di una considerazione minore della questione da parte di entrambe le giurisdizioni.

I contrasti sul riparto di giurisdizione hanno troppo spesso visto giudice ordinario e giudice amministrativo cercare di conquistare "maggiore campo di gioco", relegando il cittadino sugli spalti di una partita tutta interna alle due giurisdizioni.

La partita da giocare è, invece, quella di porre in primo piano il cittadino e le sue tutele, che non devono diminuire anche se si tratta di un cittadino extracomunitario.

Nei discorsi di inaugurazione degli anni giudiziari, il giudice amministrativo e, in particolare, il Consiglio di Stato ha spesso valorizzato (giustamente) il proprio ruolo quale giudice del diritto pubblico dell'economia.

Sarebbe però sbagliato ritenere che il diritto pubblico dell'economia costituisca il prevalente settore, in cui i giudici amministrativi riversano le proprie energie.

---

<sup>31</sup> Compatibilità esclusa dal T.R.G.A. di Trento con sentenza n. 169/2011, al momento sospesa dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 4854/2011.

Accanto a controversie di rilevante impatto economico trovano, infatti, ingresso nelle aule della giustizia amministrativa altre cause, di minore risonanza, in cui sono i più deboli a rivolgersi al giudice.

E' questo il caso dei giudizi riguardanti l'ingresso e il soggiorno in Italia di cittadini extracomunitari.

Qui il giudice amministrativo è chiamato ad applicare una disciplina, soggetta a frequenti cambiamenti anche ad opera della Corte Costituzionale, a fattispecie che attengono a diritti fondamentali della persona.

Alle connaturali difficoltà nel giudicare questioni, in cui a volte l'aspetto giuridico si fonde con quello umano, si aggiunge il problema di vicende unitarie "spezzate" sotto il profilo del riparto di giurisdizione.

Diniego del permesso di soggiorno ed espulsione del cittadino extracomunitario – si ripete - sono provvedimenti che attengono ad una unica vicenda, ma che vedono due diversi giudici chiamati ad intervenire.

Esigenze di concentrazione e di razionalità del sistema consiglierebbero, invece, di individuare un unico giudice. Valuti il legislatore quale, ma che sia solo uno.

In attesa di un intervento del legislatore, l'impegno della giurisprudenza deve restare costante per ricercare –anche per tali controversie - quella effettività della tutela, che costituisce la chiave di lettura con cui risolvere i problemi della giustizia amministrativa.

Ricordandosi, però, che i problemi della giustizia amministrativa non sono costituiti dai problemi del giudice o dell'avvocato, ma sono i problemi del cittadino che si rivolge al giudice per chiedere giustizia.

E, infine, senza dimenticare che l'effettività della tutela va garantita anche per quelle controversie, che all'occhio del giudice (o del legislatore) possono sembrare minori, ma che tali non sono per il ricorrente, che può anche avere torto, ma se si rivolge al giudice lo fa per chiedere giustizia.

E il compito del giudice amministrativo è appunto quello di rendere giustizia, anche ai cittadini extracomunitari.