

**BREVI RIFLESSIONI sul CONTENZIOSO CIVILE ed  
AMMINISTRATIVO in MATERIA di IMMIGRAZIONE nella  
REGIONE TRENINO-ALTO ADIGE/SÜDTIROL**

di Leonello Mariani\*

**SOMMARIO:** A) Premessa: *lo scopo e i criteri dell'indagine* - B) I numeri - C) Le tematiche: 1) *Questioni pregiudiziali* - 2) *Questioni di rito* 3) *Questioni preliminari* - 4) *Questioni procedurali e formali* - 5) *Questioni di merito*

**A) PREMESSA: lo SCOPO e i CRITERI dell'INDAGINE**

Lo scopo del presente intervento è quello di offrire un quadro - necessariamente - sintetico e pur tuttavia - per quanto possibile - completo della consistenza e della qualità del contenzioso civile ed amministrativo sviluppatosi in materia di immigrazione nella Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol.

La “legittimazione attiva” al riguardo di chi vi parla deriva dal fatto che l'Avvocatura dello Stato è il difensore istituzionale dell'Amministrazione statale che attraverso i suoi organi centrali - il Ministro dell'interno - e periferici - i prefetti/commissari del Governo o i questori - esercita le competenze previste dalla legge in materia e che, in quanto tale, è titolare della legittimazione passiva sostanziale e processuale - in veste, a seconda dei casi, di convenuta o di resistente - nei giudizi civili ed amministrativi aventi ad oggetto atti e provvedimenti che in varia guisa incidono sulla condizione e sullo *status* dello straniero.

Com'è noto e come è regola nel nostro ordinamento processuale, la competenza giurisdizionale in materia è ripartita tra l'autorità giudiziaria

---

\* Leonello Mariani è Avvocato distrettuale dello Stato di Trento.

ordinaria e quella amministrativa essenzialmente in funzione della natura e della consistenza della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio: e così, mentre al giudice civile è riservata la cognizione dei provvedimenti dell'autorità amministrativa che incidono sul diritto soggettivo - perfetto e costituzionalmente garantito - all'unità familiare e, tra questi ed *in primis*, dei provvedimenti denegativi del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari (v. art. 30, comma 6, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come di recente novellato dal comma 21 dell'art. 34 del d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150), al giudice amministrativo è per converso attribuita la cognizione delle controversie nelle quali si discute della legittimità degli atti e dei provvedimenti che in vario modo incidono sull'interesse legittimo correlato all'esercizio dei pubblici poteri in materia di immigrazione e, tra questi ed *in primis*, dei provvedimenti negativi in materia di soggiorno nel territorio nazionale di cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea (diniego di rilascio o di rinnovo ovvero revoca del permesso di soggiorno nelle sue varie tipologie o diniego di rilascio o revoca del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, già carta di soggiorno: v. art. 6, comma 10, d. lgs. n. 286/1998, d'ora in avanti, per brevità, anche t.u. imm.).

L'indagine è stata dunque condotta con riferimento alle cause radicate avanti ai giudici ordinari ed amministrativi del distretto della Corte d'appello di Trento nel quinquennio 2006-2010 nella convinzione dell'esigenza, da un lato, di delimitare, per intuibili ragioni di ordine pratico, l'ambito della ricerca e, dall'altro, di prendere in considerazione un arco temporale di ampiezza tale da costituire comunque un campione - sufficientemente - rappresentativo, per quantità e qualità, del contenzioso in parola.

Si è inoltre volutamente omissivo di includere nell'indagine l'anno in corso sia perché i dati sarebbero stati necessariamente parziali - e quindi già per

questo scarsamente significativi - sia perché quasi tutte le cause radicate nel 2011 sono - ovviamente - tuttora pendenti di talchè, al momento, non se ne conosce l'esito - il che avrebbe reso disomogeneo il raffronto con gli anni precedenti -.

Va peraltro precisato che non è stato preso in considerazione il contenzioso in materia di espulsione, di competenza del giudice di pace, dal momento che questo è di regola seguito e trattato direttamente dall'autorità amministrativa la quale, secondo quanto previsto dall'art. 13 del t.u. imm. e, ora, dall'art. 18 del d. lgs. n. 150/2011, sta in giudizio "*personalmente*" o a mezzo "*di funzionari appositamente delegati*" senza necessità di ministero di difensore tecnico.

E' stato invece considerato il contenzioso, di competenza del giudice ordinario perché involgente questioni attinenti allo stato delle persone *ex art. 9, comma 2, cod. proc. civ.*, attivato al fine del riconoscimento dello stato, a seconda dei casi, di apolide, asilante o rifugiato posto che le relative controversie, per un verso, presuppongono e attengono comunque alla condizione dello straniero e, dall'altro, vuoi in ragione del tipo di ufficio giudiziario competente a conoscerne - il tribunale - vuoi a motivo dell'assenza di specifiche disposizioni derogatorie della regola generale di cui all'art. 1, comma 1, del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, richiedono necessariamente l'intervento e la difesa tecnica dell'Avvocatura dello Stato.

Ed è stato pure tenuto presente - benché di per sé assolutamente marginale e, perciò, statisticamente non significativo - il contenzioso attivato dagli stranieri cittadini di Stati membri dell'Unione europea e dai loro familiari in materia di allontanamento dal territorio nazionale o di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno (v. il d. lgs. 6 giugno 2007, n. 30 recante 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).

## **B) I NUMERI**

Come meglio e più ampiamente risulta dal prospetto allegato alla presente relazione, le cause variamente involgenti questioni in materia di immigrazione complessivamente instaurate nel quinquennio in esame ammontano a **365** di cui **107** radicate avanti ai giudici **civili** (più precisamente, e considerando anche i giudizi in materia di apolidia e riconoscimento dello *status* di rifugiato, 13 nell'anno 2006, 15 nel 2007, 26 nel 2008, 31 nel 2009 e 22 nel 2010) e **258** promosse davanti ai giudici **amministrativi** (di cui 53 nell'anno 2006, 42 nel 2007, 69 nel 2008, 26 nel 2009 e 68 nel 2010).

In definitiva, le cause in materia di immigrazione complessivamente instaurate in ciascuno degli anni compresi nel quinquennio considerato sono state, a prescindere dall'autorità giudiziaria adita, **66** nel 2006, **57** nel 2007, **95** nel 2008, **57** nel 2009 e **90** nel 2010 (il prospetto al quale per brevità rinvio dà altresì conto della distribuzione del contenzioso rispettivamente tra i tribunali ordinari e quelli amministrativi del distretto).

Avendo riguardo all'**esito**, su 365 cause radicate nel quinquennio in questione **93** si sono concluse con l'**accoglimento** del ricorso o della domanda proposta, **192** con la **reiezione** mentre **42** sono state **definite in altro modo** (per rinuncia, perenzione, cancellazione, cessazione della materia del contendere, declaratoria di incompetenza, ecc.): le altre sono tuttora pendenti.

Più in dettaglio:

a) le sentenze di **accoglimento** dei ricorsi pronunciate dai **tribunali regionali di giustizia amministrativa** del distretto sono state complessivamente **62** di cui 13 nell'anno 2006, 13 nel 2007, 18 nel 2008, 8 nel 2009 e 10 nel 2010, mentre quelle di **rigetto** sono state in totale **140** di cui 32 nell'anno 2006, 25 nel 2007, 39 nel 2008, 16 nel 2009 e 28 nel 2010;

b) le sentenze di **accoglimento** pronunciate dai **tribunali ordinari** del distretto sono state complessivamente **31** di cui 6 nell'anno 2006, 4 nel 2007, 5 nel 2008, 12 nel 2009 e 4 nel 2010, mentre quelle di **rigetto** sono state in totale **52** di cui 5 nell'anno 2006, 6 nel 2007, 15 nel 2008, 15 nel 2009 e 11 nel 2010 (anche per tale profilo il prospetto al quale per brevità rinvio dà conto degli esiti del contenzioso partitamente per ciascun tribunale ordinario e amministrativo del distretto).

I dati che emergono dall'analisi del contenzioso in parola sono dunque essenzialmente tre:

1. avuto riguardo alla **distribuzione** tra i due plessi giurisdizionali, il contenzioso si concentra prevalentemente avanti al giudice amministrativo secondo un rapporto, all'incirca, di 2,5 a 1: a ogni 5 ricorsi radicati avanti ai tribunali regionali di giustizia amministrativa del distretto corrispondono infatti 2 cause instaurate avanti ai tribunali della regione;

2. avuto riguardo all'**esito**, il contenzioso risulta in larga misura favorevole all'amministrazione secondo un rapporto, approssimativamente, di 2 a 1: la percentuale di vittoria è più elevata nei giudizi amministrativi (70% c.ca), mentre scende (al 62,5% c.ca) in quelli ordinari;

3. le cause si **definiscono**, in genere, in un unico grado risultando assai limitato il numero delle impugnazioni proposte: appena 30 - di cui 18 riguardanti decisioni del giudice civile e 12 sentenze del giudice amministrativo - su un totale di 285 di cause decise nel merito.

Il numero delle cause non decise nel merito - con l'accoglimento o il rigetto della domanda proposta -, ma definite in altro modo - in genere con decisione di carattere meramente processuale - è molto contenuto: 42 su un totale di 365 cause proposte di cui 32 rese dal giudice amministrativo e - appena - 10 da quello civile.

Su tale dato incide, com'è evidente, l'esito della fase cautelare nel senso che contenendo - pressoché - tutte le domande - e, *in primis*, i ricorsi giurisdizionali amministrativi - la richiesta di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, il rigetto dell'istanza di inibitoria - normalmente motivato, a differenza dell'accoglimento, con riferimento alla carenza di *fumus boni iuris* - determina, nella maggior parte dei casi, il venir meno dell'interesse dello straniero alla prosecuzione e alla definizione del giudizio che viene pertanto in vario modo abbandonato.

Altro dato significativo è costituito dall'estrema celerità della definizione dei processi: si consideri, a tale riguardo, che le cause ancora pendenti al 31.12.2010 erano appena 38 di cui ben 30 - 23 di "pertinenza" del giudice speciale e 7 di quello ordinario - riferite allo stesso anno 2010.

### **C) Le TEMATICHE**

Dall'esame dei dati relativi alle cause promosse nel quinquennio considerato - la cui ricerca è stata curata dai dott.ri Michael Grossmann e Chiara Salatino, praticanti avvocati presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, che mi è gradito qui pubblicamente ringraziare per il

prezioso ausilio fornitomi nella raccolta del materiale utilizzato per la redazione della presente relazione - è risultato che il contenzioso in materia di immigrazione - salvo qualche particolarità di cui si dirà *infra* - rispecchia a livello locale quello nazionale sia quanto a tematiche trattate sia quanto ad orientamenti giurisprudenziali.

Dall'analisi svolta è altresì emerso che la litigiosità in materia dipende, per un verso, e sul piano giuridico, dal frequente mutare del quadro normativo di riferimento dovuto all'incessante susseguirsi di novelle legislative - a loro volta frutto di mutevoli e spesso ondivaghe scelte di politica legislativa - le quali si innestano nei corpi normativi preesistenti generando dubbi interpretativi ed applicativi che potrebbero, almeno in parte, essere evitati attraverso una più attenta opera di coordinamento e con l'impiego di un maggiore tecnicismo.

Per altro verso, e sul piano fattuale, la conflittualità è ascrivibile, da un lato, all'estrema varietà delle fattispecie portate all'esame del giudice nonché, e in misura perverso non marginale, dall'utilizzo del processo e, in particolare, della tutela cautelare, quale strumento per prolungare la permanenza o, se si preferisce, per ritardare e differire l'allontanamento dal territorio nazionale pur a fronte di pretese sin dall'origine manifestamente infondate.

## **1) QUESTIONI PREGIUDIZIALI**

La sinteticità imposta dai limiti temporali di questo intervento costringe dunque ad accennare per sommi capi alle questioni più frequentemente proposte, trattate e decise principiando perciò dalle questioni pregiudiziali le quali hanno il più delle volte riguardato le controversie aventi ad oggetto il riconoscimento degli *status* personali di rifugiato e di apolide.

- Sul versante della giurisdizione si è così discusso del plesso giudiziario competente a conoscere e decidere dei provvedimenti afferenti alla procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato ritenendosi che rientrano nella giurisdizione ordinaria non soltanto le controversie aventi ad oggetto, a fronte del diniego opposto in sede amministrativa, l'accertamento positivo dello *status* di rifugiato (T.R.G.A. T.A.A.-BZ 27 agosto 2008, n. 302; T.R.G.A. T.A.A.-BZ 8 agosto 2008, n. 289; T.R.G.A. T.A.A.-TN 24 aprile 2008, n. 96), ma anche quelle riguardanti provvedimenti consequenziali, quali la revoca del permesso di soggiorno temporaneo accordato durante la pendenza del procedimento amministrativo e ritirato appunto a seguito dell'esito negativo di questo (T.R.G.A. T.A.A.-BZ 27 agosto 2008, n. 302 cit.; T.R.G.A. T.A.A.-TN 13 marzo 2008, n. 62) ovvero connessi, quali il rigetto dell'istanza di autorizzazione a permanere sul territorio nazionale durante la pendenza del procedimento giurisdizionale avente ad oggetto l'impugnativa del diniego di riconoscimento dello *status* anzidetto (T.R.G.A. T.A.A.-BZ 29 dicembre 2008, n. 424).

- All'interno della giurisdizione ordinaria e con specifico riferimento alle controversie in materia di asilo, apolidia e, ancora una volta, di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico si è invece dibattuto del giudice territorialmente competente a conoscere delle relative domande: e si è concluso nel senso di radicare tale competenza o nel tribunale del luogo in cui si ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il tribunale che sarebbe competente secondo le norme ordinarie - c.d. foro erariale - ovvero nel Tribunale di Roma.

In particolare, la competenza del Tribunale capitolino è stata affermata con specifico riferimento alle controversie promosse avverso i provvedimenti negativi assunti dalla Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato - poi trasformata in Commissione

nazionale per il diritto di asilo - valorizzando, per un verso, la circostanza che le controversie in materia di *status* personali non sono riconducibili ai criteri di collegamento - del *forum contractus*, del *forum destinatae solutionis* e del *forum rei sitae* - fissati dall'art. 25 cod. proc. civ. per l'individuazione del giudice competente *ratione loci* a decidere delle controversie in cui è parte convenuta un'amministrazione dello Stato e, per un altro, il fatto che l'anzidetta Commissione centrale era un organo tecnico, privo di personalità giuridica, del Ministero dell'interno avente la sua sede in Roma: di talchè l'applicazione, in via residuale, del criterio di collegamento del *forum rei* conduceva appunto ad individuare nel Tribunale di Roma il giudice territorialmente competente a conoscere di tali controversie (v. ordinanza Trib. BZ 21 luglio 2008, ordinanza Trib. BZ 11 luglio 2008, sent. Trib. TN 26 maggio 2007, n. 441 e ordinanza Trib. TN 15 marzo 2007 le quali hanno affermato, *ex artt.* 9 e 25 cod. proc. civ., la competenza del Tribunale di Roma in materia di provvedimenti della Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato nel vigore del regime di cui all'art. 1 del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, conv. in l. 28 febbraio 1990, n. 39 e sino all'entrata in vigore dell'art. 32 della l. 30 luglio 2002, n. 189 la quale ha introdotto un procedimento articolato su base sostanzialmente decentrata e territoriale).

Per completezza si ricorda peraltro che l'art. 19 del d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150, nell'estendere il rito sommario di cognizione alle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'art. 35 del d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, attuativo della direttiva CE 2005/85, in materia di riconoscimento della protezione internazionale, ed adottati, rispettivamente, dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e dalle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale - già Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status*

di rifugiato -, ha ora generalizzato e ribadito la regola del foro erariale di cui all'art. 6 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 stabilendo la competenza, in primo grado, del tribunale, in composizione monocratica, del capoluogo del distretto di corte d'appello in cui ha sede la commissione territoriale che ha pronunciato il provvedimento impugnato o della cui revoca o cessazione si discute.

## **2) QUESTIONI di RITO**

Le controversie in materia di riconoscimento dello *status* di apolide hanno poi posto alcune specifiche questioni attinenti al rito da seguire - se quello ordinario di cognizione di cui all'art. 163 e segg. cod. proc. civ. o se quello speciale camerale di cui all'art. 737 e segg. cod. proc. civ. -, alla forma dell'atto introduttivo - citazione o ricorso -, all'ammissibilità o meno della difesa personale della parte, alla necessità o meno della partecipazione al giudizio dell'Amministrazione statale dell'interno.

In accoglimento delle tesi propugnate dalla Difesa erariale - la quale aveva sostenuto trattarsi di giudizi di natura contenziosa a contraddittorio necessario -, dopo alcune iniziali incertezze la giurisprudenza locale si è successivamente univocamente orientata nel senso di ritenere che le relative controversie debbono seguire il rito ordinario di cognizione e vanno quindi instaurate mediante citazione, con il ministero di un difensore e nei confronti del Ministero dell'interno cui va notificato, nei modi e nei luoghi prescritti dall'art. 144 cod. proc. civ. e dall'art. 11 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, il relativo atto introduttivo (v. Corte app. TN, sez. BZ, 15 settembre 2009 che, accogliendo il reclamo proposto avverso l'ordinanza Trib. BZ 18 febbraio 2008, ha dichiarato inammissibile il ricorso; decreto Trib. TN 6 dicembre 2006 che ha dichiarato a sua volta inammissibile il ricorso).

### **3) QUESTIONI PRELIMINARI**

Tra le questioni preliminari merita di essere segnalata la problematica attinente alla legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti negativi emessi in materia di c.d. emersione del lavoro irregolare, problematica che è stata risolta nel senso di riconoscere la legittimazione attiva tanto al datore di lavoro quanto allo straniero irregolare e, ciò, sul presupposto che entrambi risultano destinatari degli effetti di quei provvedimenti (v. T.R.G.A. T.A.A.-BZ 20 dicembre 2006, n. 463).

### **4) QUESTIONI PROCEDIMENTALI e FORMALI**

Sotto questi profili le tematiche più frequentemente ricorrenti riguardano, per un verso, l'osservanza ed il rispetto delle regole del giusto procedimento - ed *in primis*, delle garanzie partecipative - e, per un altro, la completezza e la congruità dell'istruttoria amministrativa che ha preceduto e condotto all'emanazione del provvedimento impugnato.

- Frequente è infatti la deduzione della violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sotto il profilo della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento: il relativo motivo viene tuttavia in genere disatteso o perché si ritengono sussistenti, specialmente in presenza di provvedimenti che dispongono la revoca del titolo di soggiorno per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato che impongono l'immediato allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, quelle "*ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*" cui fa cenno il comma 1° della norma testè citata; ovvero perché viene valorizzato il disposto dell'art. 21-*octies*, comma 2°, della legge n. 241/1990 qualora risulti

“*palesè*”, nel caso di atti vincolati, o qualora “*l’amministrazione dimostri in giudizio*”, nell’ipotesi di provvedimenti discrezionali, che il contenuto dell’atto “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”; attribuendosi comunque rilievo all’eventuale partecipazione *de facto* al procedimento amministrativo del destinatario del provvedimento finale (v., *ex multis*, T.R.G.A. T.A.A.-BZ 27 luglio 2006, n. 321).

- Altra problematica ricorrente in ragione del frequente mutamento del quadro normativo di riferimento che caratterizza, come s’è detto, la materia *de qua* è quella connessa al sopravvenire, nella pendenza del procedimento amministrativo, di nuove leggi o di nuove norme che, senza prevedere una disciplina di diritto intertemporale applicabile ai procedimenti *in itinere*, regolano diversamente, in tutto o in parte, la fattispecie.

La problematica è stata generalmente risolta mediante l’applicazione combinata del principio di irretroattività della legge di cui all’art. 11, comma 1, delle disp. prel. cod. civ. e di quello tradizionalmente compendiato nella formula *tempus regit actus*: in base a tali principi si è perciò ritenuto che lo *ius superveniens* si applica soltanto agli atti del procedimento ancora da compiere o alle fasi del procedimento ancora da svolgere senza che sia quindi consentita la rivisitazione e la rivalutazione, alla luce della normativa sopravvenuta, degli atti compiuti e delle fasi procedurali legittimamente svolte sotto l’impero della legge precedente; di talchè, in assenza di disposizioni transitorie, ciascun atto e ciascuna fase del procedimento resta esclusivamente disciplinata dalla normativa vigente al momento in cui ciascun atto fu assunto o in cui ciascuna fase fu svolta, rappresentando, quella normativa, l’unico parametro di valutazione della legittimità dell’azione amministrativa posta in essere sino al momento dell’entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Tali questioni di diritto intertemporale si sono soprattutto poste in materia di ricongiungimento familiare per effetto del succedersi di normative - dapprima la legge 30 luglio 2002, n. 189, poi il d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 5 e, da ultimo, il d. lgs. 3 ottobre 2008, n. 159 - che nel corso del tempo hanno via via in varia guisa inciso su singoli aspetti del procedimento, in particolare sulle modalità di documentazione e accertamento dell'esistenza del rapporto di parentela o di coniugio dichiarati dal richiedente.

Le relative problematiche sono state affrontate dalla giurisprudenza, sulla scia, peraltro, di quanto affermato, in termini generali, dalla Cassazione, distinguendo, all'interno dell'unico ed unitario procedimento di ricongiungimento, di due distinti subprocedimenti, autonomi, seppur collegati tra loro, il primo dei quali, di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza - prefetto/commissario del Governo e questore -, è diretto all'accertamento, in capo al richiedente, del possesso dei requisiti alloggiativi, reddituali ed assicurativi prescritti dalla legge e all'insussistenza di motivi ostativi all'ingresso dello straniero nel territorio nazionale; il secondo, rientrando invece nelle attribuzioni dell'autorità diplomatico/consolare, è inteso alla verifica dell'effettiva sussistenza, sulla base della documentazione prodotta, della relazione di parentela o coniugio o della condizione di minorità o salute adotte a giustificazione del richiesto ricongiungimento.

Alla stregua dell'affermata autonomia dei due subprocedimenti si è perciò ritenuto che ciascuno di essi rimane interamente soggetto all'applicazione del principio *tempus regit actus* con la conseguenza che l'eventuale mutamento della normativa di riferimento intervenuto dopo il rilascio del nulla osta da parte dell'autorità di pubblica sicurezza non refluisce sulla validità di questo né, tantomeno, legittima un intervento in autotutela comportando unicamente l'obbligo dell'autorità diplomatico/consolare, competente a gestire la seconda fase del procedimento, di valutare la fattispecie e di

esercitare le sue competenze alla luce dello *ius superveniens* (hanno fatto in vario modo applicazione di tali principi i decreti Trib. TN 8 giugno 2009 e 20 giugno 2008).

- Un'altra questione frequentemente sollevata dai ricorsi proposti avverso i provvedimenti negativi assunti in materia riguarda la pretesa incompletezza dell'istruttoria amministrativa e, segnatamente, la mancata considerazione di fatti e circostanze, anteriori, ma talvolta anche sopravvenute al provvedimento, favorevoli al richiedente che, ove valutate, avrebbero potuto condurre ad un esito decisionale diverso.

Tale ordine di questioni è stato affrontato e risolto diversamente rispettivamente dalla giurisprudenza amministrativa e da quella ordinaria.

Nell'ambito del giudizio amministrativo si è infatti - del tutto correttamente - ritenuto che la natura impugnatoria dell'azione di annullamento impone che la legittimità del provvedimento amministrativo sia scrutinata dal giudice alla luce della situazione di fatto esistente - e conosciuta dall'autorità amministrativa - al momento dell'adozione dell'atto (così, da ultimo, T.R.G.A. T.A.A.-TN 12 febbraio 2010, n. 57; v. anche T.R.G.A. T.A.A.-TN 1 aprile 2006, n. 123 che esclude, del tutto correttamente, che nuovi elementi possano essere introdotti per la prima volta in sede contenziosa), senza che possano assumere rilievo fatti e circostanze all'epoca inesistenti perché sopravvenute o che, pur preesistenti, non potevano allora essere conosciute e valutate dall'autorità procedente perché rientranti nella sfera di esclusiva disponibilità della parte privata e da questa in alcun modo rappresentate all'autorità decidente: potendo al più rappresentare, tali elementi favorevoli sopravvenuti alla decisione, motivo di eventuale, successivo riesame della determinazione assunta.

A diverse conclusioni è invece pervenuta - altrettanto correttamente - la giurisdizione ordinaria sul rilievo che l'azione prevista e disciplinata dall'art.

30, comma 6, del t.u. imm. ha ad oggetto l'accertamento - non già e non tanto della legittimità, in sé, del diniego opposto all'istanza dello straniero quanto piuttosto - dell'esistenza del diritto - soggettivo perfetto - all'unità familiare - di cui il diritto al ricongiungimento familiare rappresenta espressione - del quale è dedotta la violazione.

La natura dichiarativa ed accertativa dell'azione comporta dunque che, fermo restando a carico del ricorrente l'onere della prova delle condizioni legittimanti il ricongiungimento richiesto, il diritto azionato va affermato o negato, nei limiti di quanto allegato e provato non soltanto dal richiedente ma anche dall'autorità amministrativa convenuta, alla luce della situazione di fatto esistente al momento della decisione giudiziale: tale essendo l'oggetto del giudizio, il giudice, da un lato, ha la possibilità di considerare e valutare, sia *pro* che *contra* l'istante, anche elementi di fatto sopravvenuti alla decisione amministrativa; dall'altro, deve considerare assolutamente irrilevanti le illegittimità e le irregolarità di carattere formale eventualmente intervenute nel corso della procedura amministrativa che ha condotto al contestato diniego (tanto è stato esplicitamente affermato, tra l'altro, in numerosi casi in cui si deduceva la nullità del diniego in ragione della mancata certificazione di conformità all'originale della copia dell'atto comunicata al destinatario).

- Specialmente in passato, venivano poi con una certa frequenza addotti quali altrettanti motivi formali di illegittimità degli atti negativi del titolo di soggiorno sia la circostanza della mancata traduzione del provvedimento finale in una lingua conosciuta dal destinatario o, comunque, in una delle lingue c.d. veicolari (artt. 13, comma 7, t.u. imm. e 3, comma 3, del relativo regolamento di attuazione emanato con d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394) sia l'erronea indicazione del termine e/o dell'autorità cui era possibile ricorrere (art. 3, comma 4, l. n. 241/1990).

La giurisprudenza è ormai consolidata nel senso di ritenere le anzidette omissioni semplici irregolarità che, lungi dal condurre all'annullamento dell'atto, possono unicamente legittimare, ricorrendone le condizioni, la rimessione in termini, per errore scusabile, ai fini della proposizione del ricorso all'autorità giurisdizionale competente: e a tanto si è pervenuti considerando, a seconda dei casi, che il lungo soggiorno nel territorio nazionale costituisce circostanza di fatto idonea a fondare una presunzione - quantomeno relativa - di conoscenza della lingua italiana e che l'avvenuta proposizione del ricorso giurisdizionale sana comunque, per effetto del raggiungimento dello scopo cui entrambi gli incombenti prescritti dalle norme più sopra citate sono diretti, l'irregolarità dalla quale gli atti sono affetti.

- Problematica squisitamente locale è infine quella concernente la competenza del Servizio lavoro della Provincia autonoma di Trento a provvedere in merito alle dichiarazioni di emersione dal lavoro irregolare presentate ai sensi dell'art. 1-*ter* del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, competenza contestata sul rilievo che in base alle norme del t.u. imm. il Questore - e non un Ufficio provinciale - è l'unico organo competente ad adottare provvedimenti in materia.

La questione - sollevata in numerosi ricorsi proposti avanti al Tribunale regionale di giustizia amministrativa avverso altrettanti provvedimenti negativi della richiesta regolarizzazione - è stata proprio di recente risolta nel senso che la competenza amministrativa della Provincia in materia trova il suo fondamento, da un lato, nelle norme statutarie - artt. 8, 9, 10 e 16 dello Statuto di autonomia approvato con d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 - che attribuiscono all'Ente territoriale competenza legislativa ed amministrativa in materia, tra l'altro, di collocamento e avviamento al lavoro - norme cui rinvia l'art. 22, comma 16, del d. lgs. n. 286/1998 - e, dall'altro, nel protocollo

d'intesa, siglato tra lo Stato e la Provincia il 6.03.2007, con il quale, nelle more dell'emanazione delle relative norme di attuazione, sono state disciplinate le modalità di collaborazione per l'esercizio, da parte dell'Ente provinciale, attraverso i propri uffici e servizi, delle funzioni amministrative in materia di lavoro attribuite allo sportello unico per l'immigrazione dagli artt. 22, 24 e 27 del citato testo unico (v. T.R.G.A. T.A.A.-TN, 26 gennaio 2011, n. 14 e, proprio di recente, nuovamente T.R.G.A. T.A.A.-TN, 26 ottobre 2011, n. 256).

## **5) QUESTIONI di MERITO**

Dal punto di vista statistico è agevole rilevare che la maggior parte del contenzioso giurisdizionale amministrativo in materia trae origine da dinieghi - di rilascio o di rinnovo - ovvero da provvedimenti di revoca del permesso di soggiorno - ordinario *ex* art. 5 t.u. imm. o per soggiornanti di lungo periodo (già carta di soggiorno) *ex* art. 9 t.u. imm. - motivati con riferimento, a seconda dei casi, alle condanne penali riportate dallo straniero o alla ritenuta pericolosità sociale del medesimo.

Com'è noto, mentre gli artt. 4 e 5 del d. lgs. n. 286/1998 nella loro formulazione originaria escludevano il rilascio o il rinnovo ovvero imponevano la revoca del titolo di soggiorno soltanto nel caso in cui fosse stata accertata la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato secondo una valutazione, scevra da ogni automaticità, demandata all'autorità di p.s. e da compiersi quindi in concreto, caso per caso, le stesse norme, come modificate ed integrate, dapprima dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 e, poi, dal d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, attuativo della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare, prevedono ora che il permesso di soggiorno ordinario sia senz'altro

automaticamente rifiutato o revocato nel caso in cui lo straniero abbia riportato o riporti una condanna, anche non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per i reati per i quali il codice di rito penale - art. 380 cod. proc. pen. - prevede l'arresto obbligatorio in flagranza ovvero per determinati reati, specificamente elencati, ritenuti dal legislatore di particolare gravità e in presenza dei quali si presume - con presunzione *iuris et de iure* - la pericolosità sociale dello straniero: in tali casi l'autorità di pubblica sicurezza non dispone di alcun margine di discrezionalità e il relativo provvedimento negativo è rigidamente vincolato salvo che, secondo quanto dispone il 5° comma dell'art. 5 citato, "*non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili*".

L'autorità di polizia conserva invece il potere-dovere di valutare la - concreta - pericolosità sociale dello straniero non soltanto in sede di rilascio, rinnovo o revoca del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo - fattispecie nella quale l'appartenenza dell'interessato ad una delle categorie indicate nella legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o la condanna per i reati previsti dall'art. 380 cod. proc. pen. o per i delitti puniti dall'art. 381 cod. proc. pen. avrà solo una valenza sintomatica della pericolosità -, ma anche nell'ipotesi di permesso di soggiorno ordinario di cui sia titolare uno straniero che ha esercitato, attivamente o passivamente, il diritto al ricongiungimento familiare: in questi casi, l'amministrazione è infatti obbligata a tener conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente in Italia, anche della durata del soggiorno nel territorio nazionale nonché, nel caso di permesso *ex art. 9*

t.u. imm., anche dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero.

Nel contesto del delineato quadro normativo il contenzioso si è sviluppato su più fronti: ha contestato, peraltro senza successo (v. Corte cost. 16 maggio 2008, n. 148), la legittimità costituzionale dell'illustrato automatismo espulsivo; laddove tuttora necessaria, ha censurato, sotto vari profili, la legittimità della valutazione di pericolosità sociale in concreto operata dall'Amministrazione; ha preteso, ancora una volta senza successo, di generalizzare l'obbligo di valutazione dei vincoli e legami familiari e sociali nonché della durata del soggiorno in realtà specificamente previsto e limitato al solo caso dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto; ha, infine, tentato, anche questa volta senza significativi risultati, di sopravvalutare la portata dell'inciso di cui al 5° comma dell'art. 5 t.u. imm. valorizzando oltre ogni logica il rilievo degli elementi sopravvenuti, favorevoli all'interessato, suscettibili di condurre, nonostante la presenza di elementi ostativi, al rilascio del titolo di soggiorno richiesto.

Merita a questo proposito sottolineare che anche la giurisprudenza locale ha ritenuto, al pari del Consiglio di Stato, che siffatti “*nuovi*” elementi “*sopraggiunti*” non possono che sostanziarsi in fatti e circostanze di spessore tale da porsi sullo stesso piano, ma in direzione opposta, della condanna - altrimenti - ostativa e non possono quindi che concretarsi o nella riabilitazione o nella revoca, a seguito di revisione, della stessa, precedente sentenza di condanna (v., tra le tante, T.R.G.A. T.A.A.-BZ 29 giugno 2007, n. 250).

Si è in particolare affermato che il semplice decorso del tempo non rileva in assenza di un formale provvedimento di riabilitazione del tribunale di sorveglianza o di un'ordinanza del giudice dell'esecuzione penale dichiarativa

dell'estinzione del reato nell'ipotesi di cui all'art. 445, comma 2, cod. proc. pen. (così T.R.G.A. T.A.A.-BZ 5 settembre 2006, n. 354), anche perché l'automatismo espulsivo introdotto dalla legge n. 189/2002 è un effetto extrapenale della condanna non suscettibile, come tale, di estinzione, *ex se*, ad opera della sentenza riabilitativa (*ex multis*, T.R.G.A. T.A.A.-TN 8 febbraio 2008, n. 20).

Si è altresì discusso se le più restrittive disposizioni contenute nella legge da ultimo citata e, segnatamente, l'automatismo espulsivo ivi previsto si applicassero soltanto nel caso in cui il fatto-reato oggetto della condanna riportata fosse stato commesso e/o accertato dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina ovvero anche nell'ipotesi in cui la condotta criminosa fosse stata tenuta e/o sanzionata in un momento anteriore: anche la giurisprudenza locale, conformemente a quella ormai dominante a livello nazionale, ha ritenuto che, in assenza di disposizioni transitorie, il canone generale della irretroattività della legge imponga la riferibilità della stessa alle sole condanne - o alle sole sentenze *ex art. 444* cod. proc. pen., che a quelle sono equiparate dall'art. 445, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. - intervenute dopo il 10.09.2002, data di entrata in vigore della nuova normativa (in questo senso v. T.R.G.A. T.A.A.-BZ 27 agosto 2007, n. 289 e T.R.G.A. T.A.A.-TN 28 novembre 2006, n. 387; conformi Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2008, n. 6024, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7974 e TAR Lazio-Roma 26 gennaio 2010, n. 942).

- Su altro versante il contenzioso si è a lungo incentrato sulla “sorte” dei minori entrati clandestinamente in Italia al momento del raggiungimento, da parte di questi, della maggiore età.

Ci si è chiesto, in particolare, se il permesso di soggiorno per motivi di studio, di accesso al lavoro ovvero di lavoro subordinato o autonomo previsto dall'art. 32 del t.u. imm. potesse essere rilasciato anche ai minori

affidati in via di fatto e, inoltre, se il rilascio fosse o meno subordinato al concorrente o alternativo ricorrere delle condizioni di cui ai commi 1 e 1-*bis* dello stesso art. 32 - affidamento e frequenza, per un periodo non inferiore a due anni, di un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato avente rappresentanza nazionale e comunque iscritto nell'apposito registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri -.

La giurisprudenza locale ha interpretato estensivamente la disposizione ritenendo la stessa applicabile anche ai minori affidati con modalità diverse da quelle contemplate dall'art. 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184 ed alternative tra loro le condizioni previste dai primi due commi della norma in commento (v. T.R.G.A. T.A.A.-BZ 4 novembre 2008, n. 360, T.R.G.A. T.A.A.-TN 27 maggio 2006, n. 170 e T.R.G.A. T.A.A.-TN 13 febbraio 2006, n. 34 in riferimento a Corte cost., 5 giugno 2003 n. 198).

Si sono così certamente valorizzate comprensibili esigenze di tutela del minore senza peraltro considerare che, nel contempo, venivano in tal modo legittimate o, quantomeno, favorite deprecabili prassi elusive delle quote flussi annualmente determinate a livello nazionale oggettivamente incoraggiando il massiccio ingresso irregolare sul territorio dello Stato di minori ormai prossimi al raggiungimento della maggiore età.

Il legislatore è stato perciò costretto ad intervenire, da un lato, confermando l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 32 t.u. imm. anche ai minori stranieri non accompagnati affidati in via di fatto, dall'altro, condizionando però, anche per questi ultimi, il rilascio del permesso di soggiorno alla loro partecipazione, per almeno un biennio, ad un progetto, pubblico o privato, di integrazione sociale e civile (v. le modifiche apportate all'art. 32, comma 1-*bis*, t.u. imm. dalla lett. v) del comma 22 dell'art. 1 della

legge 15 luglio 2009, n. 94 e dalla lettera g-*bis*) del comma 1 dell'art. 3 del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione).

In tema merita altresì di essere segnalato che anche nella regione si è posto il problema dell'assimilabilità alla tutela di diritto civile della *kafalà* di diritto islamico, unica forma di affidamento, familiare od extrafamiliare, prevista appunto da quel diritto: questione infine risolta in senso affermativo (v. decr. Trib. Rovereto 21 maggio 2009 sulla scia di ben noti precedenti della Suprema Corte: v. Cass. 20 marzo 2008, n. 7472).

- Un'altra problematica che ha originato un vivace contenzioso è stata quella della convertibilità in permessi ordinari di soggiorno dei permessi speciali e temporanei, segnatamente di quelli rilasciati in ragione e in concomitanza della ricorrenza delle condizioni di inespellibilità di cui all'art. 19 del t.u. imm., situazioni nelle quali l'art. 28 del relativo regolamento di attuazione prevede appunto il rilascio di permessi di soggiorno speciali e "precarì".

Si è infatti sostenuto, generalmente con successo, da parte della Difesa erariale che, una volta venuta meno la situazione che in via eccezionale giustifica o legittima il divieto di espulsione, "riemerge", per così dire, la condizione di irregolarità che caratterizza la presenza dello straniero sul territorio nazionale: e che tale condizione, da un lato, impone all'autorità di p.s. l'allontanamento dell'irregolare, dall'altro, e specularmente, preclude alla medesima autorità la regolarizzazione di tale condizione attraverso il rilascio di un titolo di soggiorno ordinario.

Sotto altro profilo si è poi osservato che la convertibilità, senza limiti, del variegato catalogo dei permessi temporanei di soggiorno - rilasciati, a seconda dei casi, per turismo, studio, cura, ecc. - in permessi ordinari, specialmente di lavoro, subordinato od autonomo, rischia di alterare gravemente la programmazione dei flussi migratori prestandosi altresì a facili

abusi ed elusioni delle quote di ingresso stabilite (v. T.R.G.A. T.A.A.-TN 3 aprile 2008, n. 85).

- Con specifico riferimento al divieto di espulsione contemplato dalla lett. c) del comma 2 dell'art. 19 del t.u. imm. - nella formulazione vigente prima della modifica recata dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94: convivenza dello straniero con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana - si è infine frequentemente posta la questione della rilevanza, a detti fini, della convivenza con minore cittadino italiano, in genere il nipote: anche in questo caso la giurisprudenza locale si è conformata all'orientamento affermatosi in sede di legittimità negando alcun rilievo giuridico a convivenze che, come in questo caso, non trovano il loro fondamento in una comune e consapevole volontà di entrambi i soggetti conviventi (v., proprio di recente, Trib. TN 4 novembre 2011).

Trento, novembre 2011