

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/03/2011

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/31279-il-permesso-di-soggiorno-in-sanatoria-e-l-applicabilita-nell-ordinamento-italiano-della-convenzione-europea-per-la-salvaguardia-dei-diritti-dell-uomo>

Autori: Rocca Sisto, Montaruli Vito

**Il permesso di soggiorno “in sanatoria” e l’applicabilita’ nell’ordinamento italiano della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo**

**Avv. Rocca Sisto**

**Dott. Vito Montaruli**

**IL PERMESSO DI SOGGIORNO “IN SANATORIA” E  
L’APPLICABILITA’ NELL’ORDINAMENTO ITALIANO DELLA  
CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI  
DIRITTI DELL’UOMO**

SOMMARIO. 1. IL FATTO ; 2. LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO NR. 3760/2010; 3. OSSERVAZIONI; 4. L’APPLICABILITA’ NELL’ORDINAMENTO ITALIANO DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL’UOMO.

**1. IL FATTO.**

Una recente decisione del Consiglio di Stato <sup>(1)</sup> ha aperto interessanti scenari sul rapporto tra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e la disciplina del permesso di soggiorno per i cittadini extracomunitari.

La controversia giudiziaria sottoposta all’esame del massimo organo di giustizia amministrativa è nata dal ricorso di una cittadina albanese, la quale aveva ottenuto il permesso di soggiorno nel maggio 2003, in occasione della sanatoria per l’emersione del lavoro irregolare, prevista dall’art. 33 l. n. 189/2002; nella circostanza la predetta non veniva sottoposta ai rilievi fotodattiloscopici, ai sensi dell’art. 3 (*recte* art. 2), c. 3, d.l. n. 195/2002, convertito in l. n. 222/2002, che

consentiva di sottoporre il cittadino extracomunitario a tali rilievi entro un anno dalla data di rilascio del permesso di soggiorno e, comunque, in sede di rinnovo del titolo.

Nel giugno 2004 la predetta presentò istanza di rinnovo, che fu rigettata dalla Questura di Roma con decreto del gennaio 2005, in quanto, proprio dai rilievi fotodattiloscopici e dalle successive operazioni di riscontro, emerse che a carico della ricorrente era stato emesso decreto di espulsione nel settembre del 2000, con conseguente accompagnamento coattivo alla frontiera.

Infatti, in forza del disposto dell'art. 33, c. 7, lett. a), l. n. 189/2002, non era consentita la regolarizzazione degli extracomunitari “ nei confronti dei quali sia stato emesso un provvedimento di espulsione per motivi diversi dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno, salvo che sussistano le condizioni per la revoca del provvedimento in presenza di circostanze obiettive riguardanti l'inserimento sociale. La revoca...non può essere in ogni caso disposta nell'ipotesi in cui il lavoratore extracomunitario...risulti destinatario di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica...”.

La ricorrente ha sostenuto che l'espulsione con accompagnamento alla frontiera non era ostativa al rilascio del permesso in quanto non avvenuta per motivi di ordine e sicurezza pubblica, di essere perfettamente inserita in Italia per aver sposato un cittadino italiano e di svolgere lavoro domestico in virtù di regolare contratto e che delle sopravvenienze era doveroso tener conto.

## 2. LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO NR. 3760/2010.

Il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, ha innanzitutto rilevato come la Corte Costituzionale ( sentenza 26 maggio 2006 n. 206) ha osservato che “nel sistema normativo anteriore al 2002 l’accompagnamento alla frontiera non era correlato a lievi irregolarità amministrative ma alla situazione di coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una posizione di irregolarità tale da sottrarli ad ogni normale controllo o di coloro che tale volontà lasciassero presumere all’esito di una valutazione dei singoli casi condotta sulla base di specifici elementi (sottrazione ai controlli di frontiera e mancanza di un documento di identità)”.

Ne conseguiva, secondo la Corte costituzionale, la legittimità della norma di cui trattasi, in quanto la regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione ampiamente discrezionale di vari interessi pubblici, soggetta al solo limite della manifesta irragionevolezza, non valicato nell’occasione dalle scelte effettuate dal legislatore ordinario.

Ciò premesso, il Consiglio di Stato ritiene tuttavia che il caso *de quo* non rientri nell’alveo applicativo dell’art. 33, c. 7, l. 189/2002, quale mero diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, bensì costituisca “una revoca implicita in autotutela dell’originario permesso di soggiorno, rispetto al quale è consequenziale il divieto di rinnovo del permesso”, in quanto la causa ostativa alla regolarizzazione sussisteva già nel 2003 e la sua mancata considerazione si traduce in un vizio di

legittimità del permesso di soggiorno rilasciato nel 2003 soggetto ad un provvedimento in autotutela.

La norma di riferimento, ad avviso del massimo consesso di giustizia amministrativa, è allora l'art. 5, c. 5, del d. lgs. 286/1998, in forza del quale “il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato...e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili. Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene anche conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”.

Nella fattispecie, quindi, si configurerebbe una revoca “doverosa” dell'originario permesso di soggiorno, disciplinata dal citato art. 5 l. 286/1998, che, in quanto provvedimento di autotutela, dovrebbe “tener conto della sopravvenienza di nuovi elementi, ovvero dei vincoli familiari”.

Anche se l'art. 5 contempla la valutazione dei vincoli familiari solo con riferimento allo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento ovvero al

familiare ricongiunto, la pronuncia statuisce che il principio deve essere esteso a tutte le fattispecie di revoca del permesso di soggiorno, “a prescindere dai presupposti normativi del ricongiungimento familiare”.

Il che deriva da un’interpretazione “estensiva e costituzionalmente orientata della previsione” riveniente dall’art. 8 della C.E.D.U., in forza del quale “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

I Giudici del Consiglio di Stato rilevano, infatti, che la pronuncia nr. 349/2007 della Corte costituzionale ha statuito che “l’ingresso delle norme CEDU nel diritto interno avviene sulla scorta dell’art. 117 Cost., con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU, e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all’art. 117, co. 1, Cost., viola per ciò stesso il nuovo parametro costituzionale”; tuttavia, prima di investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, il giudice nazionale dovrà “procedere ad una interpretazione “convenzionalmente” orientata o, comunque, ad una interpretazione “bilanciata” tra conformità a Costituzione e conformità a Convenzione”.

A tali principi ritiene di ispirarsi la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, allorquando stabilisce la necessaria considerazione delle sopravvenienze, di carattere familiare, nel caso in esame e, per l'effetto, l'annullamento dell'atto impugnato.

### 3. OSSERVAZIONI.

L'autorevole decisione in esame, pur pervenendo a risultati interpretativi estremamente suggestivi, presta il fianco ad alcune osservazioni critiche.

Il suo percorso ermeneutico seguito può essere così sintetizzato:

1. A dispetto del *nomen* utilizzato, il provvedimento impugnato non è un vero e proprio diniego di rinnovo di permesso di soggiorno, ma una revoca;
2. A tale revoca vanno applicati le regole dell'autotutela e, in particolare, il rispetto delle sopravvenienze, in questo caso di carattere familiare, contemplate non a caso dall'art. 5, c. 5, d. lgs. n. 286/1998, che costituisce pertanto la norma di riferimento;
3. Tale norma non può essere applicata solo per il permesso di soggiorno ordinario, ma anche per quello "in sanatoria";
4. Ancora, la portata applicativa della norma, nella parte in cui considera le sopravvenienze familiari, non è limitata alle fattispecie in cui si tratta di ricongiungimento familiare ovvero di familiare ricongiunto ma, in virtù del "diritto al rispetto della vita privata e familiare" stabilito dall'art. 8 C.E.D.U., si estende a tutte le revoche di permesso di soggiorno.

Si ritiene che tali passaggi argomentativi, che dapprima individuano una diversa norma di riferimento rispetto a quella riportata nel provvedimento e poi mano a mano estendono la portata applicativa della prima, solo in parte sono condivisibili.

Non sfugge, infatti, che primario canone di interpretazione è quello fissato dall'art. 12, c.1, delle Preleggi, in forza del quale "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore".

Per tale motivo, ben difficilmente l'Amministrazione poteva esimersi dall'applicare alla fattispecie *de quo* il ben chiaro disposto dell'art. 33, c.7, del d.lgs. 28686/1998, rendendo al contrario operante l'art. 5, c. 5, dello stesso testo normativo, come poi avvenuto a seguito della raffinata operazione ermeneutica condotta in sede di giudizio amministrativo.

Sotto altro profilo, anche i principi di tipicità, nominatività e, in definitiva, legalità dei provvedimenti amministrativi imponevano la necessaria applicazione dell'art. 33, c.7, l. 189/2002, e non dell'art. 5, c. 5, del d. lgs. 286/1998.

L'interpretazione estensiva del più volte citato art. 5 al caso in esame, che dovrebbe basarsi sul presupposto che la legge *minus dixit quam voluit* (<sup>2</sup>), pare inoltre abbastanza problematica, ove si consideri che l'intenzione del legislatore del 2002 era, al contrario, volta a delimitare in ogni modo il fenomeno dell'immigrazione clandestina, con presumibile scarsa propensione ad adottare meccanismi sananti ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla l. 189/2002, come quello sostanzialmente prospettato nella decisione 3760/2010.



Quest'ultima sembra, altresì, non aver applicato correttamente il noto canone dottrinale e giurisprudenziale *tempus regit actum*, in virtù del quale “la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto al momento della sua emanazione” <sup>(3)</sup>; infatti, le sopravvenienze familiari esplicitamente contemplate nell'art. 5, c. 5, del d.lgs. 286/1998, che costituiscono il cardine del percorso argomentativo sopra descritto e del decisivo richiamo all'art. 8 C.E.D.U., non compaiono nel testo della disposizione esistente al momento in cui veniva alla luce detto provvedimento, bensì vengono introdotte solo successivamente, a seguito di un'aggiunta prevista dall'art. 2, d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, che ha dato attuazione alla direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare.

Ne consegue che nessun rilievo avrebbe potuto avere la novella legislativa, di cui trattasi, in sede di giudizio riguardante una fattispecie definita, dal punto di vista amministrativo, anni prima della sua emanazione; né si può ipotizzare che la citata direttiva comunitaria fosse già operante nell'ordinamento italiano perché *self executing*, visto che è stato necessario prevedere un'apposita norma di attuazione.

Si consideri, infine, che la facoltà concessa all'Amministrazione di eseguire il fotosegnalamento entro un anno dal primo rilascio o, comunque, in sede di rinnovo del permesso “in sanatoria”, così come previsto dal d.l. 195/2002, convertito in l. 222/2002, era evidentemente finalizzata a consentire l'emanazione dei provvedimenti consequenziali ai precedenti ostativi eventualmente rilevati nel corso delle differite operazioni fotodattiloscopiche; una diversa interpretazione

trasformerebbe la disposizione, nata per soddisfare esigenze organizzative connesse al buon andamento dell'Amministrazione, in una comoda scappatoia per eludere la legge e determinerebbe disparità di trattamento tra lo straniero a cui sia stato negato il permesso di soggiorno in tempo reale, perché immediatamente fotosegnalato, e lo straniero che tale sorte non ha subito perché il suo fotosegnalamento è avvenuto successivamente, anche se entrambi non erano sin dall'origine in possesso dei requisiti previsti dalla normativa per il rilascio del permesso di soggiorno.

#### 4. L'APPLICABILITA' NELL'ORDINAMENTO ITALIANO DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Al di là del merito della controversia trattata, la decisione n. 3760/2010 fornisce lo spunto anche per alcune considerazioni riguardo all'applicabilità della C.E.D.U. nell'ordinamento italiano.

Come è noto, la questione ha avuto una rapidissima evoluzione a seguito delle due sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, di cui si delinea appresso, in estrema sintesi, il percorso argomentativo:

- 1) L'efficacia della C.E.D.U. nell'ordinamento interno non è disciplinata dall'art. 11 Cost., che consente le limitazioni di sovranità necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni ed è ritenuta

pertanto, da un consolidato indirizzo giurisprudenziale, a fondamento dell'efficacia diretta della normativa comunitaria;

- 2) La C.E.D.U. non rientra, allo stesso modo, nell'alveo dell'art. 10 Cost., che costituisce la norma di riferimento per il diritto internazionale consuetudinario;
- 3) L'art. 117, c. 1, della Costituzione vincola sia il legislatore regionale che quello statale al rispetto degli obblighi internazionali, "tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo";
- 4) La C.E.D.U. rientra nel novero delle cosiddette "fonti interposte", di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria, "destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere";
- 5) Nell'opera di adeguamento della legislazione italiana alle norme della C.E.D.U. bisognerà tener conto della "funzione interpretativa eminente" riconosciuta alla Corte europea, che non configura però una competenza giurisdizionale sovrapponibile a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano;
- 6) Il vaglio sulla norma italiana sospettata di non conformità alla C.E.D.U. e, quindi, di violazione dell'art. 117 Cost., spetta alla Corte costituzionale e non ne è consentita la disapplicazione da parte del

giudice ordinario, anche se quest'ultimo dovrà, prima di sollevare il giudizio di costituzionalità, verificare la possibilità di un'interpretazione "convenzionalmente orientata";

- 7) Alla Corte costituzionale spetta, in caso contrario, porre in essere procedimento ermeneutico bi-fasico, comprensivo della verifica del contrasto tra norma interna e norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e, successivamente, della compatibilità della norma C.E.D.U. con l'assetto costituzionale italiano, di cui è riconosciuta l'assoluta primazia.

Il punto che preme sottolineare, nella trattazione della particolare questione in esame, è che tutte le considerazioni espresse nell'occasione dalla Corte costituzionale sono ispirate ad un principio basilare, quello della "distinzione tra le norme C.E.D.U. e le norme comunitarie", espressamente ribadito dal Giudice delle leggi, che ha come corollario la mancanza di effetti diretti delle prime nell'ordinamento interno e l'impossibilità per i giudici ordinari di disapplicare le norme nazionali nella parte contrastante con il testo della Convenzione; d'altro canto, è stato criticamente osservato, anche se in senso critico, che, per la Corte Costituzionale, "le modifiche ai trattati approvate a Lisbona nel dicembre 2007 non sono suscettibili di alterare il quadro giuridico" <sup>(4)</sup>.

In dottrina, a tal proposito, si è acutamente osservato che "la disapplicazione della legge nazionale ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento italiano solo ed

esclusivamente in ossequio ad un preciso imperativo della Corte di giustizia di Lussemburgo, formulato dalla notissima sentenza Simmenthal del 1978, i cui principi sono stati accolti dalla Corte costituzionale – non senza esitazioni e perplessità – solo a partire dalla sentenza n. 170 del 1984. Non poche difficoltà, anche di ordine costituzionale (art. 101 Cost.), suggerivano prudenza nel riconoscere ai giudici comuni il potere di disapplicare la legge nazionale. Più in generale, la disapplicazione diffusa della legge è un rimedio che nasce e si sviluppa in ambienti di *common law*, dove i giudici sono formati all'arte dell'uso del precedente..” (5).

Da tali considerazioni emerge chiaramente l'eccentricità della disapplicazione diffusa della legge, in sede giudiziaria, rispetto all'ordinamento italiano e l'eccezionalità della sua ammissione in materia di rapporti con il diritto comunitario; ne discende la necessità della stretta osservanza degli insegnamenti formulati dai Giudici costituzionali nel 2007 e, di conseguenza, l'impossibilità di estendere l'istituto in questione anche ai rapporti con la C.E.D.U..

Queste conclusioni, di ordine teorico, devono, tuttavia, confrontarsi con la presenza di un nuovo istituto, l'interpretazione convenzionalmente orientata, coniata sempre dai Giudici costituzionali nelle sentenze “gemelle” del 2007; non a caso si è rilevato che “non mancheranno nella prassi casi in cui il confine tra l'interpretazione conforme e la disapplicazione delle norme sarà labile e difficile da tracciare” (6).

La decisione in esame costituisce, in effetti, l'esempio di come sia incerto tale confine, in quanto, nell'ambito della complessiva elaborazione ermeneutica che pone in essere, prima disapplica sostanzialmente l'art. 33, c. 7, lett. a), l. n. 189/2002,

individuando in sua vece una diversa norma di riferimento, e poi indirizza interpretativamente quest'ultima verso i binari della conformità alla C.E.D.U..

La sensazione che se ne trae è che i Giudici amministrativi abbiano deciso il caso facendo ricorso al testo normativo internazionale e che abbiano lasciato sullo sfondo la legislazione nazionale, rendendola di fatto inoperativa in virtù di esigenze di tutela dei diritti umani ritenute prioritarie <sup>(7)</sup>.

Il che fa emergere, ancora, il rapporto immediato tra gli stessi Giudici e il sistema convenzionale, che marginalizza sia il ruolo della norma interna che quello della stessa Corte costituzionale, che non è stata affatto interessata nel caso in esame.

La prima vittima di questo percorso interpretativo potrebbe essere, quindi, proprio la Corte costituzionale, il cui intervento in ambito CEDU non sarebbe più necessario, visto che il giudice nazionale, *omisso medio*, potrebbe rivolgere direttamente il suo sguardo alla CEDU e all'interpretazione "vincolante" datane dai Giudici di Strasburgo. Non mancherebbero, per gli stessi motivi, anche danni gravissimi alla funzione nomofilattica svolta dalla Cassazione.

Ne consegue la necessità di una seria riflessione sul processo di penetrazione del diritto internazionale nell'ordinamento italiano, che non potrà svolgersi in ristretti ambiti tecnico-politici ma dovrà coinvolgere tutte le componenti della società nazionale, in un processo neo-costituente in cui, oltre ai vantaggi dell'integrazione con gli ordinamenti sovranazionali, dovranno esserne ben valutati anche i pericoli, in termini di perdita di sovranità rispetto alle istituzioni internazionali e di problematica legittimazione democratica di queste ultime.

Detta riflessione dovrà necessariamente investire anche il ruolo della Magistratura nell'attuazione del diritto sovranazionale e definirne in rapporti, in tale ambito, con il Parlamento, l'Esecutivo e la Corte Costituzionale, dal che potrebbe conseguire, con ogni probabilità, anche una nuova declinazione del principio di separazione dei poteri nel nostro ordinamento.

<sup>1</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3760;

<sup>2</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995, pag. 43;

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5381; conforme Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2006, n. 7618; in dottrina, G. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, pag. 515;

<sup>4</sup> M. CARTABIA, “Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 5, 3564; a tal proposito ZANGHI’, “La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze nr. 348 e 349 del 2007”, in [www.Giurcost.it](http://www.Giurcost.it), rileva che “qualche problema in più potrebbe adesso porsi.. a seguito della recentissima sottoscrizione del Trattato di Lisbona, in base al quale i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri “fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” ”;

<sup>5</sup>; M. CARTABIA, *ibidem*

<sup>6</sup> M. CARTABIA, *ibidem*;

<sup>7</sup> La decisione in esame, peraltro, si inserisce in un orientamento giurisprudenziale che consapevolmente mira a temperare i rigori della normativa in materia di extracomunitari, come testimoniato dalle illuminanti considerazioni del Presidente del T.A.R. Calabria Giuseppe ROMEO, riportate nella relazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2011, che rileva come questo è un settore “dove gli aspetti umanitari (si pensi a stranieri, ormai pienamente inseriti nel contesto sociale) sembrano confliggere con le esigenze del sistema normativo, la cui chiarezza non dovrebbe consentire oscillazioni giurisprudenziali. Sembra, invece, di trovarsi di fronte a quella che potrebbe essere qualificata come una situazione di “magnifica incertezza della legge” (meglio della interpretazione della legge), giacché, in questo ambito, le manipolazioni ad opera della giurisprudenza (dei TTAARR e del Consiglio di Stato) sono molte e tutte tese a sostituire la disciplina legale con altra maggiormente rispondente alla sensibilità dell’interprete”. L’autorevole esponente della Magistratura amministrativa, nello scritto “*Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*”, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), settembre 2010, formula osservazioni fortemente critiche sulla pronuncia in esame, rilevando, tra l’altro, che nella stessa “il giudice descrive il diritto positivo (previsione normativa e orientamenti giurisprudenziali) e adotta una decisione che non risponde alla regola legale e neppure all’impianto giuridico considerato”.