

Il contributo del giudice amministrativo nei diritti fondamentali del “cittadino migrante”¹

INDICE SOMMARIO: 1. Giudice amministrativo e migranti in Europa; 2. I migranti negli Stati “sconfinati”: le radici culturali del problema; 3. Sul fondamentale diritto alla vita e alla protezione umanitaria; 4. Il giudice amministrativo italiano, i principi CEDU come “norme interposte” e la mancata adesione della UE alla CEDU; 5. Circa l’obbligo di adeguata motivazione nel diniego del permesso di soggiorno; 6. La giurisprudenza amministrativa sul bilanciamento tra sicurezza e diritto alla vita familiare; 7. La giurisprudenza amministrativa e il permesso di soggiorno per motivi di lavoro; 7.1. Segue: il giudice amministrativo e il lavoro, particolari fattispecie; 8. Note finali.

1. Giudice amministrativo e migranti in Europa

L’incontro tra la Corte di Giustizia dell’Unione Europea e le Corti supreme italiane, la relativa firma di memorandum e protocolli d’intesa, l’approfondimento di studio di temi ponderosi del diritto europeo, di sensibile rilievo per i cittadini europei, costituiscono un’occasione davvero preziosa.

L’Europa che abbiamo dinanzi dovrà tornare necessariamente a basarsi sulla più stretta collaborazione tra i principali paesi fondatori Germania, Francia, Italia, Spagna, attraverso i meccanismi della “cooperazione rafforzata” previsti dal Trattato in un numero crescente di materie e, *rectius*, sulla maggiore

¹ Pierluigi Mantini, avvocato cassazionista e professore di diritto amministrativo presso il Politecnico di Milano, è attualmente Vice Presidente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

Il testo costituisce una parziale rielaborazione della relazione tenuta, sullo stesso tema, in occasione del Seminario, *60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti supreme italiane*, Roma, Palazzo Spada, 26 maggio 2017.

integrazione tra le radici ebraico-cristiane e illuministiche, da un lato, e il rapporto tra mondo latino e germanico, dall'altro.

In questa Europa, ancora priva di sufficienti elementi di statualità, il sistema della giustizia amministrativa costituisce, pur con peculiarità nazionali differenti, una delle poche istituzioni comuni, radicate e riconosciute: le stesse storiche differenze tra sistemi giudiziari dualistici e monistici sono in via di superamento e di reciproca integrazione².

Non è senza importanza che nel nucleo fondamentale degli Stati che credono nell'Europa vi sia la comune idea della necessità di un giudice "del potere", un giudice specializzato nel sindacato sul corretto esercizio della funzione pubblica, a garanzia dei cittadini, e ciò non solo nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche in quelle consultive, rese in posizione di indipendenza e di autonomia.

Si tratta, a nostro avviso, di un elemento di omogeneità storica, culturale, istituzionale, che vuol dire molto ai fini della ripartenza del progetto europeo, dinanzi alla crisi degli anni recenti, oltre che dell'intenso dialogo tra le Corti, nazionali ed europee, per la costruzione e l'effettività dell'eurodiritto.

Le questioni dei rifugiati e dei migranti costituiscono un tema di crescente e comune interesse per l'attività del giudice amministrativo nei principali paesi europei.

Le nuove questioni del "diritto senza confini, dei migranti e della nuova cittadinanza" sono state al centro, insieme al tema della semplificazione, della relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 del Presidente del Consiglio di Stato in Italia³.

² CASSESE S., *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, nel volume a cura di P.L. Portaluri, *L'Amministrazione pubblica, i Cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 18 ss.

³ PAJNO A., Relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ma la crescita delle controversie e delle attività del giudice amministrativo in materia si riscontra anche in altri paesi.

Nel *Rapport public* del Consiglio di Stato francese⁴ emerge con chiarezza non solo la rilevanza del contenzioso dell'immigrazione per la giurisdizione amministrativa, ma anche la crescente importanza della *Cour National de droit d'asile* e dell'istituto del *Bureau d'aide juridictionnelle*: la prima è una Corte amministrativa specializzata per i ricorsi contro le decisioni adottate dall'*Office français de protection des réfugiés et apatrides*, rispetto alle cui decisioni il *Conseil d'État* opera come giudice di cassazione; mentre il secondo decide sulle richieste di gratuito patrocinio provenienti, per la massima parte, da cittadini stranieri.

Lo stesso dato è presente nel Regno Unito, come si evince dal rapporto del *Senior President dei Tribunals*, nel cui carico di lavoro che "*largely comprises the resolution of disputes between the State and its citizens*", si possono rinvenire le sfide della giustizia amministrativa britannica, con l'incremento costante della domanda di giustizia soprattutto in materia di immigrazione⁵.

Una netta crescita del contenzioso in materia di immigrazione emerge anche dal rapporto del giudice amministrativo federale tedesco (*Bundesverwaltungsgericht*).

È stato osservato in un recente studio che uno degli elementi comuni caratteristici dell'azione del giudice amministrativo in Europa «è dato dall'incremento significativo del contenzioso in materia di immigrazione: tutti i sistemi di giustizia amministrativa europei sono divenuti la frontiera in cui si misurano i diritti dei migranti rispetto al potere dello Stato e tutti avvertono la

⁴ Pubblicato nel maggio del 2016 con riferimento all'anno giudiziario 2015.

Il Rapporto del Consiglio di Stato è per la prima volta liberamente scaricabile all'indirizzo: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/164000301-conseil-d-etat-rapportpublic-2016-activite-jurisdictionnelle-et-consultative-des>.

⁵ Il rapporto è scaricabile all'indirizzo <https://www.judiciary.gov.uk/publications/seniorpresident-of-tribunals-annual-report-2016/>.

pressione e le tensioni che la attraversano. Come ha osservato il Presidente Pajno, al giudice amministrativo spetta dunque un compito difficile, quello di conoscere "del rapporto di questo potere con la società nel suo complesso" e di incrociarne "dal suo interno la contemporaneità". Le soluzioni adottate in concreto possono variare, come testimoniano le esperienze francesi e britannica, ma l'importanza dei diritti e dei valori in gioco impone alla giurisdizione amministrativa attenzione e sensibilità straordinarie»⁶.

2. Qualche considerazione sui migranti negli Stati “sconfinati” e sulle le radici culturali del problema

Nelle radici culturali richiamate, l'Europa ha già le risposte di fondo dinanzi alle formidabili questioni dei migranti.

"Ero straniero e mi avete ospitato", così è scritto nel *Giudizio finale*⁷ del Vangelo di Matteo.

Ma l'obbligo imperativo che ci proviene dalla cultura ebraico- cristiana si incontra con la razionalità delle cautele, dei controlli e dei limiti.

Già Immanuel Kant, nel terzo articolo definitivo del suo progetto *Per la pace perpetua*, afferma che «il diritto cosmopolitico deve essere limitato alle condizioni della ospitalità universale» ma non in termini di filantropia ma «di diritto, e perciò ospitalità significa il diritto di uno straniero che arriva sul territorio altrui di non essere trattato ostilmente»⁸.

⁶ MARCHETTI B., *La relazione del presidente Pajno a confronto con i rapporti degli altri giudici amministrativi europei*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 2, p. 171.

⁷ Vangelo di Matteo, 25, 31.

⁸ «Può venirne allontanato, se ciò è possibile senza suo danno, ma fino a che dal canto suo si comporta pacificamente, l'altro non deve agire ostilmente contro di lui. Non si tratta di un diritto di ospitalità, cui lo straniero può fare appello (a ciò si richiederebbe un benevolo accordo particolare, col quale si accoglie per un certo tempo un estraneo in casa come

La questione è antica, storica, antropologica, economica.

Come scrive lo storico William McNeill, «si può ragionevolmente supporre che i nostri progenitori, nel momento in cui divennero uomini nel vero senso del termine, fossero già migratori, e si spostassero in cerca di grossa selvaggina»⁹.

Come sintetizza l'antropologo Kevin Kenni «i nostri antenati erano migranti fino al midollo, migrare “era parte integrante del loro modo di vivere”»¹⁰.

La marea di profughi costretti dalla violenza e dall'arbitrio a lasciare le proprie case e tutto ciò cui tengono, e di persone che fuggono dalle guerre, alcune iniziate o partecipate da paesi europei e dell'Occidente, dalle deportazioni e dai massacri, si è aggiunta al flusso incessante dei cd. migranti economici alla ricerca di una terra meno arida e di una vita con qualche sogno ed opportunità. Secondo Paul Collier «gli agenti catalizzatori delle migrazioni dilagheranno. L'implicazione è che la migrazione dai paesi poveri a quelli ricchi è destinata ad accelerare. Per il prossimo futuro, la migrazione internazionale non raggiungerà l'equilibrio: stiamo osservando l'inizio di uno squilibrio di proporzioni epiche»¹¹.

Sono fatti noti, circostanze storiche ineludibili, non governabili con i muri e i divieti e neppure alimentando le paure.

coabitante), ma di un diritto di visita spettante a tutti gli uomini, quello cioè di offrirsi alla socievolezza in virtù del diritto al possesso comune della superficie della terra, sulla quale, essendo sferica gli uomini non possono disperdersi all'infinito, ma devono da ultimo tollerarsi nel vicinato, nessuno avendo in origine maggior diritto di un altro a una porzione determinata della terra», KANT I., *Per la pace perpetua*, traduzione italiana di Roberto Bordiga, Feltrinelli, 1991, p.

⁹ Cit. in DUFOIX S., *Diasporas*, University of California Press, 2015, p. 35.

¹⁰ KENNI K., *Diaspora*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 17.

¹¹ COLLIER P., *Exodus: Immigration and Multiculturalism in the 21st Century*, Penguin, Random House, New York, 2014, trad. it. *Exodus. I tabù dell'immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 45.

Non si tratta di arrendersi ma di riflettere su ciò che già scriveva Italo Calvino: « se alzi un muro pensa a ciò che resta fuori»¹²: operazione difficile nella scena globale.

Anche la scena del diritto è cambiata.

Occorre ricordare a noi stessi che le trasformazioni degli stati nazionali sono profonde, originali. Il diritto tende a perdere il suo tradizionale ancoraggio al confine statale e a divenire “sconfinato” nel duplice senso di un diritto che travalica i confini (ed è quindi sovranazionale) e che è senza confini (ed è quindi transnazionale)¹³. Come affermato da Cassese i confini nazionali divengono manipolabili e il diritto si svolge su una scena sconfinata; la sovranità da esclusiva diventa condivisa¹⁴; la cittadinanza nazionale perde importanza o diviene plurale, multi-etnica e multiculturale, addirittura “plurinazionale”.

Come è stato ben colto da Bauman «noi siamo un solo pianeta, una sola umanità.

Non ci sono alternative praticabili. La crisi migratoria ci rivela l'attuale stato del mondo, il destino che abbiamo in comune»¹⁵.

Occorrono dunque, nel contempo, politiche di accoglienza e di sicurezza.

Il riconfinamento fisico dei territori è illusorio oltre che spesso iniquo.

Se lo “straniero” è già interno si tratta piuttosto di ri-definire i confini giuridici della “nuova cittadinanza”.

¹² CALVINO I., *Il barone rampante*, 1958.

¹³ *Ex multiis*. PAJNO A., Relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, pag. 16

¹⁴ *Amplius* CASSESE S., *Territori e potere*, Il Mulino, Bologna, 2016, pag. 72.

¹⁵ BAUMAN Z., *Stranieri alle porte*, Laterza, Bari, 2016.

3. Sul fondamentale diritto alla vita e alla protezione umanitaria

Naturalmente, anche per i giudici, il primo diritto è il diritto alla vita e, dunque, all'asilo¹⁶ per gli aventi diritto e ad essere soccorsi in mare e nelle più gravi difficoltà. Il mediterraneo, culla della civiltà delle origini e delle tre religioni monoteiste, non può trasformarsi in un cimitero. Accoglienza e

¹⁶ Secondo la CGUE la convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 28 luglio 1951 costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati; le disposizioni della direttiva n. 2004/83 relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato nonché al contenuto del medesimo sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare tale convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni.

Al fine di dare attuazione a tale diritto la stessa CGUE ha individuato i presupposti per la determinazione della persona ammissibile alla protezione sussidiaria nonché specificato le relative nozioni, come in tema di danno grave ovvero di minaccia grave e individuale alla vita o alla persona e di "conflitto armato interno".

La stessa giurisprudenza della CGUE ha fornito alcuni chiarimenti sul procedimento, con particolare riferimento al diritto di essere ascoltato, nonché in ordine ad alcune rilevanti esclusioni automatiche, come quelle relative ai soggetti condannati per reati collegati al terrorismo.

Secondo la giurisprudenza civile, poi, il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario. Da ciò consegue il prevalere della giurisdizione ordinaria in materia.

In relazione alla valutazione della domanda di protezione internazionale, secondo la giurisprudenza prevalente requisito essenziale per il riconoscimento dello "status" di rifugiato è il fondato timore di persecuzione "personale e diretta" nel Paese d'origine del richiedente, a causa della razza, della religione, della nazionalità, dell'appartenenza ad un gruppo sociale ovvero per le opinioni politiche professate. Il relativo onere probatorio incombe sull'istante, per il quale è tuttavia sufficiente provare anche in via indiziaria la "credibilità" dei fatti da esso segnalati.

In tema di protezione sussidiaria, premessa l'inammissibilità di una normativa che detti un brevissimo termine decadenziale per la domanda, si evidenzia un diverso grado di personalizzazione del rischio oggetto di accertamento rispetto al rifugio politico, atteso che nella protezione sussidiaria si coglie una attenuazione del nesso causale tra la vicenda individuale ed il rischio rappresentato.

In tema di protezione umanitaria, il relativo diritto non può essere riconosciuto per il semplice fatto che lo straniero versi in non buone condizioni di salute, necessitando, invece, che tale condizione sia l'effetto della grave violazione dei diritti umani subita dal richiedente nel Paese di provenienza (Vedi C.G.U.E., II, 31 gennaio 2015, in C-472/13).

sostegno negli Stati di partenza, dove a nostro avviso dovrebbero essere costruite, in condizioni di sicurezza, "città umanitarie" (non solo le "città della globalizzazione" dunque), lotta ai trafficanti, organizzazione dei soccorsi, relazioni tra FRONTEX, autorità nazionali, europee e ONG, quote di accoglienza tra gli stati, sono tutte questioni formidabili, decisive, su cui non possiamo intrattenerci in questa sede. Ma sono esse il cuore del problema. Innanzitutto l'Europa non può abbandonare il problema agli Stati di primo sbarco, si fa ancora troppo poco, non si è compreso che il confine sud non c'è più e che la cosa riguarda tutti. Il Regolamento Dublino III, entrato in vigore nel gennaio 2014, che stabilisce il principio generale secondo cui qualsiasi domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro ed in particolare da quello dove avviene lo sbarco, non funziona in modo equo ed efficiente e deve essere modificato.

È la prima questione di diritto sostanziale, che è urgente e non può essere risolta dai giudici.

Il riconoscimento da parte del presidente della Commissione Europea Junker del fatto che «l'Italia ha salvato l'onore dell'Europa», con la sua azione nel mediterraneo, vale per il passato e deve valere anche come auspicio di un futuro diverso.

Nella giusta direzione va ora considerata la recentissima decisione del Parlamento europeo, peraltro su proposta tedesca, di legare l'accesso ai fondi strutturali europei al rispetto concreto da parte degli Stati degli obblighi di accoglienza *pro quota* dei richiedenti asilo.

Come sostenuto a lungo dal Governo italiano, l'Europa deve integrare economia e diritti, accoglienza e sicurezza: questa è la sfida ineludibile, in Europa e nella scena globale.

Come riconosciuto nel 2015 dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁷, la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 28 luglio 1951 «costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati; le disposizioni della direttiva n. 2004/83 relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare tale convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni. In conformità all'art. 2, lett. c), della direttiva n. 2004/83, il rifugiato è, in particolare, un cittadino di un Paese terzo che si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza "per il timore fondato di essere perseguitato" per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale e non può o, "a causa di tale timore", non vuole, avvalersi della "protezione" di detto Paese. Il cittadino in questione, quindi, deve nutrire il fondato timore di una persecuzione contro la sua persona per almeno uno dei cinque motivi elencati nella direttiva e nella convenzione di Ginevra. La direttiva richiede, come noto, che in sede di esame, su base individuale, della domanda di protezione internazionale, si tenga conto di tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, nonché della dichiarazione resa dal richiedente, della documentazione dallo stesso presentata, della sua situazione individuale e delle circostanze personali che lo riguardano».

Forse, dinanzi agli esodi, questa formulazione potrebbe essere semplificata, almeno per coloro che provengono da paesi in cui è accertato lo “stato di guerra”, risolvendo così molti problemi burocratici e umanitari.

Occorre una “semplificazione dello status di rifugiato” ed anche questa è questione di “diritto sostanziale”.

¹⁷ Si veda CGUE, Sez. II, 31 gennaio 2015 in C-472/13.

Ma è anche chiaro che innanzitutto l'interpretazione di questi requisiti dovrebbe essere comune tra gli Stati e nella giurisprudenza, onde evitare gravi discriminazioni.

4. Il giudice amministrativo italiano, i principi CEDU come “norme interposte” e la mancata adesione della UE alla CEDU

Il giudice amministrativo è ormai protagonista in Italia, con buone *performance*¹⁸, in molti campi, come giudice del “potere” e delle “situazioni soggettive”: nell'effettività del diritto europeo, nell'economia, negli appalti, nei servizi sociali, nei temi del territorio e dell'ambiente e anche nel campo dei diritti umani.

Il Consiglio di Stato ha già fatto applicazione dei principi CEDU alla luce del nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che ha stabilito che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore dei trattati». La norma prosegue, come noto, prevedendo che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e si conclude nel senso che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Ciò naturalmente, nell'ambito e nei limiti della nota teoria delle “norme interposte” poiché, come a lungo testimoniato dal presidente Tizzano, nella

¹⁸ Per dati più analitici si rinvia a PAJNO A., *Relazione*, op. cit., p. 12 ss..

sua prestigiosa carriera di studioso e di alto giudice, con l'adesione all'UE l'ordinamento nazionale è parte di un "sistema più vasto" e articolato.

Alla luce della nuova norma, dunque, secondo la ricostruzione della Corte costituzionale¹⁹, la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Senonchè, come noto, la prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU non si è ancora realizzata ed anzi persistono tutte le difficoltà messe in luce dal parere della Corte di giustizia dell'Unione europea 2/13 del 18 dicembre 2014²⁰, che ha frenato gli entusiasmi. Ora una nuova prospettiva sembra

¹⁹ Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80.

²⁰ In sostanza, a parere della CGUE, infatti, tale progetto: (i) sarebbe stato suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non avrebbe garantito il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta di Nizza; (ii) sarebbe stato suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non avrebbe prevenuto il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione; (iii) sarebbe stato suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non avrebbe previsto alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 alla CEDU con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE; (iv) sarebbe stato suscettibile di avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non avrebbe escluso la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, venissero portate dinanzi alla Corte EDU; (v) non avrebbe previsto modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto tali da consentire di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione; (vi) non avrebbe previsto modalità di funzionamento della procedura di previo coinvolgimento della Corte idonee a preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione; (vii) avrebbe leso le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di politica estera e sicurezza comune (PESC), in quanto avrebbe affidato il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni od omissioni, in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione.

aprirsi dopo la recente audizione pubblica tenutasi innanzi alla Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo del 20 aprile 2016²¹.

L'opinione prevalente, e a nostro avviso ragionevole, è nel senso della riapertura dei negoziati che è certo più agevole e preferibile alla ipotetica revisione dei trattati.

È una prospettiva da coltivare nella specifica dimensione del diritto dei migranti che la CEDU riconosce in modo formalmente più esteso dell'attuale Carta europea: nell'art. 5 sul diritto alla libertà e alla sicurezza; nell'art. 16 sul divieto di restrizioni all'attività politica degli stranieri; nel divieto delle espulsioni collettive degli stranieri (art. 4, Protocollo n. 4); nelle garanzie procedurali in caso di espulsioni di stranieri (art. 1, Protocollo 7).

L'adesione della UE alla CEDU è la terza, rilevante questione che abbiamo definito di "diritto sostanziale".

Intanto, come già dimostra di fare il giudice amministrativo italiano, i principi fondamentali CEDU continueranno ad essere garantiti anche per i migranti nel rango di norme *sub* – costituzionali e come parametri di riferimento della giurisprudenza.

5. Circa l'obbligo di adeguata motivazione del permesso di soggiorno

Il sindacato sul corretto esercizio del potere ha indotto il giudice amministrativo a decisioni coraggiose in molte occasioni.

Qui è possibile una rassegna critica solo delle principali sentenze sulle prevalenti questioni dei migranti.

²¹ Per una puntuale ricostruzione delle diverse opinioni si rinvia a PELLEGRINI D., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 C.G.U.E.*, in www.federalismi.it, n. 17, 2016.

In tema di adeguata motivazione del diniego del permesso di soggiorno è stato sentenziato che la condanna irrevocabile per i reati di contraffazione e commercio di merci contraffatte²², che ha valenza revocatoria vincolata per il permesso di soggiorno per lavoro autonomo, «non è espressamente prevista nella disciplina dell'istituto del permesso di soggiorno UE, onde la sua portata preclusiva esclusiva non può ad esso direttamente applicarsi. Tuttavia, possono configurarsi margini di rilevanza della suddetta condanna irrevocabile anche ai fini del diniego del permesso di soggiorno UE. Innanzitutto, essa impedisce il rilascio di tale permesso quando abbia determinato la revoca del pregresso permesso di soggiorno di cui lo straniero era titolare. In secondo luogo, può, inoltre, rilevare nel giudizio di “pericolosità sociale” non potendosi, peraltro, non rimarcare che lo stesso richiede, in relazione alla natura del reato, adeguata motivazione, la quale va resa tenendo conto anche di tutti gli altri elementi di valutazione perché l'autorità amministrativa non può limitare il proprio giudizio ai soli precedenti penali dello straniero, ma deve avere altresì riguardo anche agli altri elementi indicati dalla disposizione (durata del soggiorno nel territorio nazionale, inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero)»²³.

Come è agevole rilevare, anche in altre decisioni²⁴, l'attenzione del giudice amministrativo verso la “ponderazione dei valori in gioco” è costante e nulla affatto sopraffatta dalle (pur avvertite) esigenze securitarie.

²² V. art. 27, comma 7 bis, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 cd. Testo unico sull'immigrazione.

²³ Consiglio di Stato, VI, 9 marzo 2016, n. 934.

²⁴ Vedi *infra*.

6. La giurisprudenza amministrativa sul bilanciamento tra sicurezza e diritto alla vita familiare

Un altro tema su cui la giurisprudenza amministrativa ha inciso negli anni recenti in modo significativo riguarda il bilanciamento tra l'esigenza di prevenzione delle minacce alla sicurezza e all'ordine pubblico, che trova una risposta nel provvedimento di espulsione amministrativa²⁵, con il diritto alla vita familiare.

Nel 2017 il Consiglio di Stato ha affermato che la Corte europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.) non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, sicché gli Stati mantengono il potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva; tuttavia,

²⁵ L'art. 13, comma 1, del Testo unico sull'immigrazione, prevede, come noto, una particolare forma di espulsione, irrogata dal Ministro dell'interno, previa notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro degli affari esteri, a carico di chi costituisce un pericolo alla sicurezza dello Stato o per l'ordine pubblico. Essa può riguardare anche soggetti titolari di permesso o di carta di soggiorno.

A tale forma di espulsione, si associa, per omogeneità di presupposti, quella che il Ministro dell'interno o, su sua delega, il Prefetto, possono disporre nei confronti dello straniero, la cui permanenza nel territorio dello Stato sia ritenuta, in qualsiasi modo, idonea ad agevolare organizzazioni od attività terroristiche internazionali (art. 3 del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito in legge 31 luglio 2005, n. 155).

A seguire, il comma 2 dell'art. 13 introduce una forma di espulsione amministrativa comminata dal Prefetto.

Essa, molto sinteticamente, riguarda: chi è entrato clandestinamente e non è stato respinto; chi, entrato legalmente, non ha richiesto un permesso di soggiorno entro otto giorni dal suo ingresso; chi ha il permesso scaduto da più di sessanta giorni e non ne ha chiesto il rinnovo; chi ha il permesso revocato o annullato; chi, anche se in possesso di permesso o di carta di soggiorno, è sospettato di vivere di risorse illecite (art. 13 della legge 646/82); chi, anche se in possesso di permesso o di carta di soggiorno, è sospettato di appartenere ad associazioni di tipo mafioso (art. 2 della legge 327/88); chi, già espulso, non ha abbandonato il territorio dello Stato entro 15 giorni; chi, già espulso, ha fatto rientro in Italia prima di cinque anni, senza la speciale autorizzazione del Ministro degli interni.

Infine, a fini delimitativi, va ricordato come esistano casi nei quali viene meno l'obbligo, da parte del Prefetto, di adottare l'atto di espulsione.

In taluni di essi, si tratta di ipotesi di divieto o di sospensione del potere di espulsione. In altre ipotesi, invece, la posizione dello straniero viene regolarizzata, generalmente a termine, attraverso il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno.

quando nel Paese, dove lo straniero intende soggiornare, vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico ex art. 8 § 1, C.E.D.U., la cui ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento dallo stesso richiesto implicano la possibilità di valutare una serie di elementi caso per caso quali, ad esempio, la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente ; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite²⁶.

Come si vede si tratta di un complesso di delicati fattori e di valori in gioco che richiede il ponderato e motivato esercizio della discrezionalità e del giudizio di proporzionalità, soggetto al sindacato del giudice amministrativo.

In una sentenza del 2016²⁷, il giudice amministrativo ha ribadito che il fulcro della materia consiste infatti nella ponderazione discrezionale dei valori in gioco e che, pertanto, «l'automatismo delle cause ostative viene meno occorrendo una valutazione discrezionale; in ogni caso, l'esigenza di salvaguardare l'eventuale unità familiare non può prevalere su quella di tutela della comunità».

²⁶ Consiglio di Stato, III, 26 gennaio 2017, n. 330

²⁷ Vedi Cons. Stato, Sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841.

7. La giurisprudenza amministrativa e il permesso di soggiorno per motivi di lavoro

Di particolare interesse è il contributo del giudice amministrativo alla definizione del rapporto tra immigrato e lavoro.

La rassegna, pur essenziale, dei “casi concreti” è di particolare interesse.

In una controversia concernente il mancato rinnovo a favore dello straniero del permesso di soggiorno per lavoro subordinato al 3 maggio 2013, data di scadenza di un permesso per attesa occupazione, di cui il ricorrente ha beneficiato ai sensi dell’art. 22, comma 11, del d.lgs. n. 286 del 1998, la Questura aveva ritenuto che l’immigrato non avrebbe dimostrato un adeguato reddito negli anni 2011 e 2012 e neanche nei primi mesi del 2013.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo tale provvedimento rilevando che la finalizzazione di tale tipologia di titolo di soggiorno al superamento del periodo di mancata occupazione dell’immigrato (in presenza di nota criticità del collocamento nel mondo del lavoro) porta ad escludere che in tale periodo all’immigrato medesimo sia richiesto di produrre egualmente il reddito minimo annuo (derivante da fonti lecite e non inferiore all’importo annuo dell’assegno sociale), come richiesto dalla normativa sull’immigrazione.

Secondo il giudice «una diversa conclusione verrebbe, infatti, a porsi in evidente contrasto con la ragion d’essere della tipologia stessa del “permesso per attesa occupazione”, che è quella di assegnare un periodo di tempo per la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro nel termine massimo *ex lege* accordato a tal fine²⁸.

Pertanto, esaminando la domanda dello straniero, la Questura avrebbe dovuto valutare soltanto se l’immigrato aveva prospettive concrete di avere uno

²⁸ In fattispecie analoga Cons. Stato, Sez. III, n. 3028 del 13 giugno 2014.

stabile rapporto di lavoro subordinato per la parte residua del 2013, salva ogni successiva verifica nell'anno 2014»²⁹.

In un'altra pronuncia, però, il giudice amministrativo ha ritenuto (comprensibilmente) «legittimo il diniego di rinnovo di un permesso di soggiorno ad un cittadino straniero che, dopo avere goduto di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ha già avuto rilasciato un altro permesso "per ricerca occupazione" per un tempo largamente superiore al "minimo garantito" di sei mesi di cui all'art. 22 del t.u. n. 286/1998, atteso che l'art. 37, commi 4 e 5, del regolamento di attuazione (d.P.R. n. 394/1999), è esplicito nel senso che il permesso di soggiorno "per ricerca occupazione" non può essere ulteriormente rinnovato o prorogato, una volta che l'interessato abbia usufruito (sia pure inutilmente) del tempo garantitogli dalla legge»³⁰.

Anche sul requisito reddituale minimo, previsto dalla legge, ai fini della concessione del rinnovo del permesso di soggiorno, il giudice amministrativo³¹ ha ritenuto che «il requisito non debba essere considerato nella logica dell' automatismo ostativo».

È stato infatti sentenziato che «ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno all'extracomunitario, la normativa sull'immigrazione non impone, in via di principio, un reddito annuo minimo prefissato, ma si limita a richiedere il possesso di un reddito annuo minimo corrispondente all'importo dell'assegno sociale, stabilito dal Ministero del lavoro di anno in anno, soltanto in alcune specifiche situazioni, come nel caso di richiesta del permesso di soggiorno CE oppure di ricongiungimento familiare; quindi - richiedendo gli artt. 4 e 6, d.lg. 25 luglio 1998, n. 286 e 13, d.P.R. 31 agosto n. 394 soltanto la disponibilità di «mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno» - il possesso di un reddito minimo corrispondente all'assegno sociale (al di fuori delle ipotesi in

²⁹ Consiglio di Stato, III, 29 agosto 2016, n. 3717

³⁰ Consiglio di Stato, III, 16 gennaio 2012, n. 129.

³¹ Vedi Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4352

cui sia richiesto espressamente dalla legge) rappresenta un criterio orientativo di valutazione, e non un parametro la cui mancanza sia automaticamente ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, dovendosi tener conto delle varie circostanze che di fatto concorrono a consentire il sostentamento dell'immigrato».

In altre decisioni³² è stato affermato che il possesso di un reddito minimo, idoneo al sostentamento dell'interessato e del suo nucleo familiare, costituisce un requisito soggettivo non eludibile ai fini del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno, in quanto attinente alla sostenibilità dell'ingresso dello straniero nella comunità nazionale, al suo inserimento nel contesto lavorativo e alla capacità di contribuire con il proprio impegno allo sviluppo economico e sociale del paese.

Tuttavia, più di recente, è stato stabilito che «sulla base di una specifica scelta del legislatore (di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, in quanto non manifestamente irragionevole), il requisito reddituale è infatti finalizzato ad evitare l'inserimento nella comunità nazionale di soggetti che non siano in grado di offrire un'adeguata contropartita in termini di lavoro e quindi di formazione del prodotto nazionale e di partecipazione fiscale alla spesa pubblica; d'altro canto, la dimostrazione di un reddito di lavoro o di altra fonte lecita di sostentamento consente di ritenere che l'interessato non si dedichi ad attività illecite o criminose³³.

La mancanza di reddito nella misura richiesta dalla legge non rappresenta tuttavia una ragione automaticamente ostativa alla permanenza in Italia, tanto

³² Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2016, n. 2229; Sez. III, 11 maggio 2015, n. 2335; Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3596

³³ Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2015, n. 2645.

che minimi scostamenti dal livello di reddito richiesto sono stati ritenuti non ostativi ad un atto favorevole dell'Amministrazione»³⁴.

7.1. Segue: il giudice amministrativo e il lavoro, particolari fattispecie

Una particolare e rilevante fattispecie del più complesso rapporto tra migranti e lavoro, è costituita dalla sorte del migrante che perde il lavoro, evenienza piuttosto diffusa in tempi di crisi economica.

Lo Stato italiano concede un permesso di soggiorno “per ricerca occupazione” il cui termine non può essere prorogato o rinnovato³⁵.

L'art. 22, comma 11, del T.U.I. prevede tuttavia che «la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno (...). Il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro, anche per dimissioni, può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore a sei mesi».

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito il rapporto tra queste due norme, apparentemente in conflitto tra loro, e ha ribadito gli effetti automatici della scadenza del termine.

Il giudice amministrativo ha inoltre chiarito, con diverse pronunce, i rapporti tra permesso di studio e permesso per motivi di lavoro nonché i limiti della possibile conversione.

³⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3793; Sez. III, 3 agosto 2015, n. 9229.

³⁵ V. art. 37, commi 4 e 5, d.P.R. n. 394/1999.

Infatti, «il permesso di soggiorno per motivi di studio o formazione consente, per il periodo di validità dello stesso, l'esercizio di attività lavorative subordinate per un tempo non superiore a 20 ore settimanali, anche cumulabili per cinquantadue settimane, fermo restando il limite annuale di 1.040 ore. Salvo che sia diversamente stabilito dagli accordi internazionali o dalle condizioni per le quali lo straniero è ammesso a frequentare corsi di studio o di formazione in Italia, il permesso di soggiorno per motivi di studio o formazione può essere convertito, prima della scadenza, in permesso di soggiorno per motivo di lavoro, nei limiti delle quote fissate a norma dell'art. 3 del testo unico attestati dalla Direzione provinciale del lavoro, previa idonea documentazione del rapporto di lavoro, o, in caso di lavoro autonomo, previa presentazione del titolo abilitativo o autorizzatorio, ove richiesto, della documentazione concernente ogni altro adempimento amministrativo richiesto, nonché della documentazione comprovante il possesso delle disponibilità finanziarie occorrenti per l'esercizio dell'attività»³⁶.

Diversamente, almeno in base alla normativa vigente, il permesso di soggiorno per motivi di lavoro non si può convertire in permesso per motivi di studio. Il giudice amministrativo³⁷ ha specificato che «non vi sono del resto i presupposti per un'estensione analogica dell'art. 5, comma 9, poiché, sebbene la sua *ratio* sia quella di consentire la permanenza sul territorio italiano agli stranieri che abbiano i requisiti per altro titolo rispetto a quello revocato, esso sotto il profilo testuale è specificatamente riferito ai titolari di un permesso di lungo soggiorno, in forza della maggiore stabilità che tale titolo garantisce, secondo uno schema di fondo che non lascia intravedere lacune, per gli altri titoli di soggiorno, suscettibili di essere colmate in via analogica.

³⁶ V. Consiglio di Stato, III, 26 luglio 2010, n. 4860.

³⁷ V. Consiglio di Stato, III, 12 luglio 2016, n. 3089.

Ciò non toglie, evidentemente, che lo straniero possa chiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di studio secondo quanto previsto dagli artt. 44-bis (visti di ingresso per motivi di studio) e 46 (accesso degli stranieri alle università) del d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, e dall'art. 39 della l. n. 286/1998».

Una maggior tutela è riconosciuta alla posizione dei minori stranieri per il rinnovo/conversione del permesso di soggiorno in permesso per motivi di lavoro.

Il Consiglio di Stato ha sentenziato che «per i minori stranieri affidati o sottoposti a tutela è sufficiente - ai fini del rinnovo/conversione del permesso di soggiorno da "minore età" a "lavoro subordinato-attesa occupazione" - che sia stato avviato un percorso d'integrazione sociale e civile apprezzabile dal Comitato o più precisamente dall'organo che ne va ad acquisire le funzioni dopo la sua soppressione ad opera dell'art. 12 comma 20, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135»³⁸

Il giudice amministrativo si è inoltre fatto carico delle esigenze sociali concrete che caratterizzano le situazioni soggettive nel tempo del “lavoro precario e flessibile”. Nel quadro delle cause che ostano alla concessione o al rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni di lavoro, è rilevante segnalare il principio per cui la verifica dell'inesistenza del rapporto di lavoro, che costituisce il presupposto del relativo permesso, non determina un effetto preclusivo automatico, in quanto la pubblica amministrazione deve tenere conto anche di altri elementi circostanzianti, come per esempio il fatto sopravvenuto di un nuovo lavoro.

Con spirito pragmatico è stata sentenziata l'illegittimità del provvedimento della Questura con il quale è stato revocato il permesso di soggiorno ad una cittadina extracomunitaria per l'attività di badante, adottato perchè la persona

³⁸ Consiglio di Stato, III, 12 febbraio 2015, n. 746.

(un'anziana signora dell'età di 83 anni), che appariva quale datrice di lavoro, ha dichiarato “di non avere assunto alcuna badante”, senza considerare che la suddetta cittadina extracomunitaria aveva comunque stipulato nel frattempo un contratto di lavoro con altro soggetto. Secondo il Consiglio di Stato³⁹ «ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998, vi sono alcune cause tassativamente ostative del rilascio o del rinnovo di un permesso di soggiorno: tale effetto è attribuito alle condanne penali riportate (anche non definitive o pateggiate) per talune specie di reati (es.: reati in materia di stupefacenti, ovvero contro la libertà sessuale, etc.); un simile effetto preclusivo non è invece ricollegato dalla legge alla “falsità” (peraltro solo presunta in sede amministrativa e non accertata in sede giudiziale) di un rapporto di lavoro dichiarato».

Tuttavia, nel caso in cui lo straniero denunci un rapporto di lavoro con una determinata persona, ma l'esistenza di tale rapporto non trovi conferma a seguito dei riscontri effettuati dall'Amministrazione, ciò giustifica il rigetto della domanda di permesso di soggiorno, per mancanza del necessario presupposto (il rapporto di lavoro); tuttavia, poiché tale situazione non determina una preclusione tassativa al rilascio del permesso, non vi è motivo per non applicare l'art. 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998, nella parte in cui dispone che ai fini del rilascio del permesso di soggiorno si tenga conto degli “elementi sopravvenuti” quali, per l'appunto, la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro.

Come ben si può dedurre dai casi esaminati, l'opera di sorveglianza del giudice amministrativo sulle concrete modalità di esercizio del potere nei confronti delle questioni sensibili della vita dei migranti è vigile e costante pur in un quadro normativo, certo suscettibile di evoluzione, che si basa sulla “concorrenza tra giurisdizioni”.

³⁹ Consiglio di Stato, III, 30 dicembre 2015, n. 5880.

Ai fini della piena tutela del diritto di difesa, come riconosciuto a livello costituzionale degli artt. 24, 111, 103 e 113 Cost., e a livello sovranazionale dagli artt. 6 e 13 CEDU, sarebbe certo opportuno potenziare la figura del “garante del migrante” o *ombudsman* dell’immigrazione, anche al fine dell’accesso al gratuito patrocinio.

8. Note finali

Il quotidiano lavoro delle Corti si alimenta dalle condizioni del quadro giuridico che, sui temi sovranazionali, implicano formidabili questioni politiche basate sugli interessi degli Stati nazionali e sulle sensibilità culturali.

Ai giudici non si può chiedere molto di più e l’impegno costante verso l’interpretazione comune a garanzia dei trattati e dei diritti è già un bene prezioso.

Vi sono azioni che riguardano la coscienza dei popoli⁴⁰ oltre che riguardano il progresso dei trattati e del “diritto sostanziale”.

La semplificazione della Convenzione di Ginevra sui rifugiati provenienti dai paesi in guerra, la modifica del regolamento di Dublino III sul diritto di asilo e i conseguenti obblighi degli Stati, e l’adesione della UE alla CEDU rappresentano, sul piano del diritto sostanziale, le principali innovazioni, non le sole, necessarie al miglior governo del delicatissimo complesso dei diritti e dei doveri dei migranti, nel tempo della “nuova cittadinanza”, caratterizzata dai pilastri inscindibili dell’accoglienza e della sicurezza.

⁴⁰ Durante la visita a Lampedusa, l’8 luglio 2013, papa Francesco ha denunciato con ammirevole forza il “disorientamento”, il “panico morale” delle coscienze, la “globalizzazione dell’indifferenza” dinanzi alla sofferenza e alla tragedia dei migranti. Vedi, *amplius*, il testo integrale dell’omelia di Papa Francesco a Lampedusa in <http://w2.vatican.va/content/francesco/it/travels/2013/inside/documents/papa-francesco-lampedusa-20130708.html>.

A sessanta anni dal Trattato di Roma, le Corti europee e nazionali, nel dialogo sempre più intenso che caratterizza la costruzione del diritto eurounitario, costituiscono un punto di riferimento solido e affidabile e la giustizia amministrativa, che partecipa a pieno titolo alle Reti delle magistrature europee, è un fattore di coesione culturale ed istituzionale.

Economia sociale di mercato e diritti umani devono continuare a costituire il cuore dell'identità dell'Europa nel mondo, il suo punto di forza, la ragione di orgoglio della nostra azione quotidiana.

Pierluigi Mantini

professore di diritto amministrativo presso il Politecnico di Milano

Vice Presidente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa

Publicato il 21 giugno 2017