



**News n. 75 del 6 giugno 2023
a cura dell'Ufficio del massimario**

E' incostituzionale il disposto di cui agli artt. 4, co. 3, e 5, co. 5, d.lgs. n. 286 del 1998 nella misura in cui assume i reati di c.d. piccolo spaccio e di c.d. commercializzazione di prodotti con segni distintivi falsi come automaticamente ostativi al permesso di soggiorno.

Corte costituzionale 8 maggio 2023, n 88 - Pres. Sciarra; Red. San Giorgio

Straniero – Permesso di soggiorno – Revoca, rilascio e rinnovo per reati bagatellari ma ritenuti ostativi inerenti gli stupefacenti e la commercializzazione di prodotti con segni distintivi contraffatti o alterati – Automatica valenza ostativa – Incostituzionalità.

E' incostituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) C.E.D.U., il combinato disposto di cui agli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 ("Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro, anche quelle, pur non definitive, per il reato di cui all'art. 73, comma 5 [c.d. piccolo spaccio di stupefacenti], del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 ("Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza") e quelle definitive per il reato di cui all'art. 474, secondo comma [c.d. detenzione per la vendita, o vendita, o immissione in circolazione di prodotti con marchi o altri segni distintivi falsi], del codice penale, senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente. (1)

(1) I. – Riafferma la Corte costituzionale la necessità di effettuare valutazioni sulla concreta pericolosità sociale dello straniero che sia stato condannato per uno dei reati c.d. automaticamente ostativi al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno, con riferimento alle due fattispecie di: 1) c.d. piccolo spaccio di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309); 2) c.d. detenzione a fini di vendita o vendita o immissione in circolazione di prodotti con marchi o altri segni distintivi contraffatti o alterati (art. 474, comma 2°, c.p.).

Trattasi di ipotesi di reato, per le quali non è previsto dal c.p.p. l'arresto obbligatorio in flagranza, e che non possono sfuggire al test di proporzionalità, relativamente alla misura della automatica revoca, o diniego di rilascio, o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

La q.l.c. è stata rimessa alla Corte costituzionale dal Consiglio di Stato con le ordinanze sez. III, 23 giugno 2022, n. 5171 (oggetto di News Ufficio studi, massimario e formazione n. 76 del 1° agosto 2022) e sez. III, del 1° luglio 2022, n. 5492 (oggetto di News Ufficio studi, massimario e formazione n. 77 del 2022).

II. – Questo in sintesi il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale:

- a) la vigente disciplina, per gli stranieri privi di legami familiari, fa discendere dalle condanne previste dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*"Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"*) la conseguenza dell'automatica revoca, o diniego di rilascio, o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno;
- b) un siffatto automatismo però non si rinveniva nell'originaria formulazione della disposizione normativa ed è stato introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. b), legge 30 luglio 2002, n. 189 (*"Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo"*), che ha dato luogo a un sistema "bipartito" (o *rectius* "binario") basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti di natura composita (così Corte cost., sentenza 12 dicembre 2014, n. 277, in *Giur. cost.*, 2014, 4712):
 - b.1.) il primo è a "carattere misto quantitativo-qualitativo", che, mediante il richiamo all'art. 380, commi 1 e 2, c.p.p., include, tra i c.d. reati ostativi, tutti quelli che prevedono l'arresto in flagranza obbligatorio (che, a loro volta, sono individuati, in base non solo al *quantum* di pena stabilito ai sensi dell'art. 380, comma 1, c.p.p., ma anche ad una classificazione per tipologia e gravità ai sensi dell'art. 380, comma 2, c.p.p.);
 - b.2) il secondo ha solo "natura qualitativa" e fa rientrare, tra c.d. i reati ostativi, anche quelli specificamente individuati dalla normativa in materia di immigrazione (ossia tutti i reati in materia di stupefacenti e contro la libertà sessuale, nonché il favoreggiamento della immigrazione/emigrazione clandestina e alcune fattispecie inerenti lo sfruttamento della prostituzione);

- c) una delle conseguenze delle modifiche introdotte dalla l. n. 189 del 2002 è stata quella di far discendere, dalla commissione dei reati indicati nella nuova formulazione dell'art. 4, comma 3, terzo periodo (e anche quarto periodo), del t.u. immigrazione, l'automatismo della misura espulsiva. Ciò, in base al combinato disposto tra tale formulazione e la previsione dell'art. 13, comma 2, lett. b), del t.u. citato, che ricollega in modo univoco la misura della espulsione amministrativa, di competenza del prefetto, all'assenza di un valido permesso di soggiorno;
- d) tuttavia, la Corte costituzionale ha chiarito in generale che, in presenza di una *quaestio juris* involgente il bilanciamento tra due diritti, il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del *test* di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti (*ex multis*: Corte cost. 28 dicembre 2021, n. 260, in *Foro it.*, 2022, I, 2957; Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20, in *Foro it.*, 2020, I, 125, in *Giur. cost.*, 2019, 226, con nota di REPETTO; Corte cost. 27 giugno 2018 n. 137, in *Foro it.*, 2019, I, 1905, con nota di D'AURIA);
- e) quindi se, per un verso, al legislatore va riconosciuta un'ampia discrezionalità nella disciplina dell'ingresso e del soggiorno di uno straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi in gioco (Corte cost. 12 dicembre 2014, n. 277, in *Giur. cost.*, 2014, 4712; Corte cost. 16 maggio 2008, n. 148, in *Foro it.*, 2008, I, 2774; Corte cost., 25 maggio 2006, n. 206, in *Foro it.*, 2006, I, 2623, in *Giur. it.*, 2007, 308, con nota di CARRARELLI, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 3 con nota di FONTANA; Corte cost. 24 febbraio 1994, n. 62, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, 1054); per altro verso, occorre chiarire che tale discrezionalità «non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino» (Corte cost. 18 luglio 2013, n. 202, in *Foro it.*, 2013, I, 3376, con nota di ROMBOLI, e in *Giur. cost.*, 2013, 2820, con nota di SIRIANNI; Corte cost., 19 maggio 2011, n. 172, in *Giur. cost.*, 2011, 2240; Corte cost. 25 luglio 2011, n. 245, in *Foro it.*, 2012, I, 362; Corte cost. 22 ottobre 2010, n. 299, in *Foro it.*, 2012, I, 390; Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249, in *Foro it.*, 2010, I, 2929, in *Giur. cost.*, 2010, 2996, con nota di VIGANÒ; Corte cost. 18 febbraio 2005, n. 78, in *Foro it.*, 2005, I, 957, in *Giur. it.*, 2007, 308, con nota di CARRARELLI, e in *Giur. cost.*, 2005, 1411, con nota di PICCIONE);
- f) il legislatore, nell'esercizio di tale discrezionalità, «può anche prevedere casi in cui, di fronte alla commissione di reati di una certa gravità, ritenuti particolarmente pericolosi per la sicurezza e l'ordine pubblico, l'amministrazione sia tenuta a revocare o negare il permesso di soggiorno automaticamente e senza ulteriori considerazioni», ma alla condizione che una simile previsione sia il risultato «di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost., tra l'esigenza, da un lato, di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di regolare i flussi migratori e, dall'altro, di salvaguardare i diritti dello straniero, riconosciutigli dalla Costituzione» (Corte cost. 18 luglio 2013, n. 202, cit., che, a sua volta, richiama la sentenza Corte cost., 19 maggio 2011, n. 172, cit.);

- g) sulla base di tali direttrici, già in passato, la giurisprudenza della Corte costituzionale è giunta a caducare disposizioni normative, che, nella materia dell'immigrazione, avevano introdotto automatismi, tali da incidere in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali degli stranieri, in quanto non rispecchiavano un ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi e i diritti di rilievo costituzionale coinvolti (in tal senso le già citate: Corte cost. 25 luglio 2011, n. 245; Corte cost. 22 ottobre 2010, n. 299; Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249);
- h) i descritti approdi giurisprudenziali sono in sintonia con gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, chiamata, con specifico riferimento all'espulsione dello straniero, a confrontarsi con la norma convenzionale di cui all'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) della C.E.D.U., che, peraltro, nei giudizi di cui alle ordinanze di rimessione del Consiglio di Stato (come in epigrafe), assumono la rilevanza del c.d. parametro costituzionale interposto;
- i) in particolare, la Corte E.D.U. (grande camera, 18 ottobre 2006, caso *Üner c. Olanda*, e la sez. IV, 27 settembre 2022, caso *Otite c. Regno Unito*) nel ripercorrere propri precedenti arresti, concernenti i limiti dell'ingerenza dei pubblici poteri sui diritti tutelati dall'art. 8 C.E.D.U., in chiave di proporzionalità, ha individuato i criteri che consentono di valutare se la misura dell'allontanamento di uno straniero possa considerarsi «*necessaria*», in una società democratica, e «*proporzionata*» allo scopo legittimo perseguito; in sintesi, i criteri enucleati sono i seguenti: natura e serietà del reato commesso dallo straniero; lunghezza del suo soggiorno sul territorio nazionale; tempo trascorso dalla commissione del reato (considerando anche la condotta serbata dallo straniero nel frangente); nazionalità delle persone coinvolte; situazione familiare dello straniero, che dovrebbe essere allontanato (considerando le ripercussioni sul coniuge e sui figli, se ve ne siano, anche per le difficoltà, che costoro incontrerebbero nel Paese di allontanamento dello straniero);
- j) del resto, come ripetutamente affermato, «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*» (*ex plurimis*, cfr. le sentenze n. 253 del 2019, n. 268 del 2016, n. 213 e n. 57 del 2013), sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta ogni qual volta sia "agevole" formulare in concreto ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (*ex plurimis*, le citate sentenze n. 213 del 2013, nello stesso senso, le sentenze n. 202 e n. 57 del 2013);
- k) orbene, quanto al reato di c.d. piccolo spaccio (reclusione da n. 6 mesi a n. 4 anni e della multa da €. 1.032 a €. 10.329), esso è espressamente escluso dal legislatore dal novero dei reati che consentono l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380, comma 2, lett. *h*, c.p.p.); in base ai limiti edittali della pena, detto reato è sottoposto dalla legge, piuttosto, al regime dell'arresto facoltativo in flagranza (art. 381, comma 1, c.p.p.), regime che può attivarsi però «*soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto*» (art. 381, comma 4, c.p.p.);

- l) inoltre, il reato in esame, *ex ante*, non influisce sul buon esito del procedimento di emersione dal c.d. lavoro nero (né sul conseguente rilascio del permesso per lavoro), ma irrazionalmente il mancato rinnovo del titolo di soggiorno per lavoro, qualora sopraggiunga condanna *ex post* rispetto all'emersione stessa, determinerebbe l'espulsione automatica del lavoratore emerso; ragion per cui se, in applicazione della "speciale" disciplina sull'emersione del lavoro nero, è possibile il rilascio del permesso di soggiorno, in favore di un lavoratore straniero condannato per il reato *ex art.* 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, esigenze sistematiche impongono che i due procedimenti siano uniformi, a livello di disciplina, prediligendo un unico modello di apprezzamento del disvalore del fatto;
- m) inoltre, ben può verificarsi che uno straniero commetta il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, il quale, per la sua lieve entità, per le circostanze del fatto, per il tempo ormai trascorso dalla sua commissione, per il percorso rieducativo eventualmente seguito alla condanna, non sia tale da comportare un giudizio di pericolosità attuale riferito alla persona del reo; risulta allora contrario al principio di proporzionalità, letto anche alla luce dell'art. 8 C.E.D.U., escludere, in dette ipotesi, la possibilità che l'amministrazione valuti la situazione concreta, in relazione al percorso di inserimento nella società; l'amministrazione procedente dunque deve dar conto, nella valutazione che deve essere alla stessa rimessa, in sede di disamina della domanda di rinnovo del permesso, della pericolosità in concreto dello straniero; tanto, al fine di evitare che tale valutazione si traduca in un giudizio astratto (e inadeguato rispetto al fatto) e, per ciò solo, lesivo dei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU;
- n) ancor più, l'interesse generale dello Stato alla sicurezza e all'ordine pubblico non subisce alcun pregiudizio dalla sola circostanza che l'autorità amministrativa operi, in presenza di una condanna per il reato di cui si tratta, un apprezzamento concreto della situazione personale dell'interessato, a sua volta soggetto all'eventuale sindacato di legittimità operato dal giudice;
- o) le argomentazioni svolte, per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, possono essere riferite anche alle riserve in ordine alla previsione, come ostativa, della fattispecie di cui all'art. 474, 2° comma, c.p., concernente il reato di c.d. commercio di prodotti con segni falsi, a maggior ragione, ove si consideri che i limiti edittali (che, nel massimo, ha la pena di n. 2 anni di reclusione) non sono nemmeno tali da comportare la misura dell'arresto facoltativo in flagranza, di cui all'art. 381 c.p.p. (che richiede, in caso di delitto non colposo, la pena della reclusione superiore, nel massimo, a n. 3 anni).

III. – Per completezza sugli automatismi espulsivi che si ricollegano al compimento di reati da parte dello straniero, si vedano:

- p) Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 45 (in *Foro it.*, 2017, I, 2554, nonché oggetto della News US in data 7 marzo 2017), che, in passato si è espressa in senso parzialmente

contrario alla sentenza in rassegna, talché è stato ritenuto che: “È inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [...], sollevata, in riferimento all’art. 3 della Costituzione nella parte in cui impedirebbero al cittadino extracomunitario, che abbia ottenuto la regolarizzazione della propria posizione lavorativa irregolare, di ottenere il permesso di soggiorno, qualora abbia riportato condanna per uno dei reati, rientrante tra quelli previsti dall’art. 381 del codice di procedura penale, senza che occorra previamente accertarne la pericolosità sociale”;

- q) Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202 (in *Foro it.*, 2013, I, 3376, con nota di ROMBOLI, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti; in *Giur. cost.*, 2013, 2820, con nota di SIRIANNI; in *Corr. giur.*, 2014, 22, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA; in *Gior. dir. amm.* 2014, 23, con nota di SAVINO), secondo cui “È inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 9 d.leg. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita non si applichi agli stranieri che, pur avendo i requisiti sostanziali per ottenere il permesso di lungo periodo, non abbiano avanzato all’amministrazione la formale richiesta, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 cost., e, in relazione all’art. 8 Cedu, 117, 1° comma, cost.”; mentre: “È incostituzionale l’art. 5, 5° comma, d.leg. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che «ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare» o al «familiare ricongiunto» e non anche allo straniero «che abbia legami familiari nel territorio dello stato»”;
- r) in dottrina, essenzialmente, si veda: VISCOMI, *Lavoro sommerso ed immigrazione* (commento alla normativa), in *Lav. giur.*, 2008, 19; SICURELLA, *Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1425; FAVILLI, (voce) *Immigrazione (diritto dell’Unione europea)*, in *Enc. dir.*, vol. annali V, 2012, 657, in part. p. 678, ove si rammenta che, a partire dal 1992, ad opera del Trattato di Maastricht “l’Unione europea ha acquisito anche la competenza in materia di immigrazione, intesa come regolazione dell’ingresso, soggiorno e allontanamento dei cittadini di Paesi terzi, divenendo il più rilevante strumento regionale di disciplina dell’immigrazione”; CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 1492; D’ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. spunti per una discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 463; CONTESSA, *Recentissime Consiglio di Stato - reati di contraffazione e permesso di soggiorno* (commento alla normativa), in *Giur. it.*, 2022, 8-9, 1803.