

Diritto italiano

Rassegna di giurisprudenza

Asilo

4.

**Corte d'appello di Roma
sentenza 6.3.2012 n. 128 - rel. Tronci**

cittadina nigeriana richiedente la protezione internazionale - impugnazione del provvedimento del giudice di primo grado confermativo del diniego della Commissione territoriale - lamentata violazione delle regole procedurali amministrative e della disciplina dei casi di accoglienza negli appositi Centri: irrilevanza

cittadina nigeriana richiedente la protezione internazionale - giudizio di impugnazione - attenuazione onere probatorio - accertamento di merito del giudice ordinario - verifica della situazione di grave instabilità sociale e politica della Nigeria - violazione diffusa dei diritti fondamentali, in particolare nei confronti delle donne - riconoscimento della protezione sussidiaria

Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati; art. 10 Cost.; art. 14 d.lgs. n. 251/07; artt. 20 e 35 d.lgs. n. 25/08

Nella causa civile in grado di appello, iscritta al n. 62284 del ruolo generale per gli affari da trattarsi in Camera di consiglio nell'anno 2009, trattenuta in decisione in data 9.1.2011 e vertente tra [...] (Nigeria) e Commissione territoriale della Provincia di Roma per il riconoscimento della protezione internazionale, [...], Ministero dell'interno [...] e P.M. [...].

Motivi della decisione

1. [...], cittadina del Niger, nata nel Delta State e di religione cristiana, ha presentato domanda di protezione internazionale.

Con provvedimento in data 21.5.2009 la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma ha rigettato l'istanza presentata dalla [...]. Contro tale provvedimento amministrativo l'odierno reclamante ha proposto ricorso dinanzi al tribunale di Roma chiedendo dichiararsi la nullità degli atti impugnati per la violazione di norme procedurali, indi nel merito riconoscere la protezione sussidiaria ed in via subordinata la protezione umanitaria.

Rassegna di giurisprudenza

Il tribunale di Roma con sentenza n. 11860 depositata il 28.10.2009 ha rigettato il ricorso rilevando che la donna aveva allegato circostanze confuse a sostegno delle proprie richieste. Contro il provvedimento del tribunale di Roma, [...] ha proposto reclamo ai sensi dell'art. 35 co. 11, d.lgs. 28.1.2008 n. 25, con ricorso depositato presso la Cancelleria di questa Corte in data 22.12.2009.

Né la Commissione territoriale né il Ministero dell'interno si sono costituiti dinanzi a questa Corte ed il P.M. ha concluso chiedendo il rigetto del reclamo.

2. La reclamante nel proporre reclamo ha formulato richiesta di riconoscimento della protezione sussidiaria ed in ulteriore subordine il riconoscimento della protezione umanitaria, preliminarmente chiedendo la declaratoria di nullità degli atti del procedimento per violazione dell'art. 20 d.lgs. 25/08, allegando di essere fuggita dal Niger, rimasta vedova, per sfuggire al figliastro, che voleva costringerla a sottoporsi a riti pagani in onore del defunto marito (aderente alla setta degli Ogbonni) ed altresì a sposarlo e che quindi, al suo rifiuto, le aveva rapito i figli, minacciandola pure di morte.

Preliminarmente va esaminata la doglianza concernente la omessa pronuncia del giudice di *prime cure* sulla eccezione di nullità della procedura amministrativa per avere la autorità di pubblica sicurezza violato l'art. 20 del d.lgs. 25/08 che disciplina i casi di accoglienza del richiedente asilo in uno degli appositi Centri.

Ritiene la Corte che la questione posta sia in realtà irrilevante, in quanto la controversia riguarda la concessione della protezione internazionale, nelle forme della protezione sussidiaria, e non la indebita limitazione della libertà personale conseguente alla sussistenza di una delle ipotesi di accoglienza di cui al co. 2 lett. b) e c) del citato art. 20. Anche la lamentata violazione delle regole sul procedimento amministrativo è in questa sede destinata alla irrilevanza, poiché l'atto di diniego del riconoscimento del diritto alla protezione internazionale da parte dell'autorità amministrativa non ha natura provvedimentoale ma è un mero atto ricognitivo dei presupposti della protezione internazionale che non incide sul diritto soggettivo allo *status* oggetto del presente giudizio con conseguente inapplicabilità della disposizione.

3. Nel merito il reclamo è fondato.

Il giudice di *prime cure* ha, con motivazione assai sintetica, rigettato la domanda tesa al riconoscimento in via principale della protezione sussidiaria formulando un sommario giudizio di inattendibilità delle dichiarazioni rese dalla donna alla Commissione territoriale e rilevando, in particolare, come il racconto della stessa fosse confuso anche con riferimento all'evento maggiormente traumatico narrato, ossia il rapimento dei quattro figli.

Giova ricordare che l'onere della prova della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria incombe sull'istante: tuttavia tale onere riceve una attenuazione in funzione della intensità della persecuzione ed è dunque sufficiente provare anche in via indiziaria la *credibilità* dei fatti da esso segnalati (Cass. 18353/2006). Si ritiene che debba essere dimostrato, con sufficiente attendibilità, quantomeno il fondato timore da parte del

richiedente di essere perseguitato o di essere esposto a rischio di grave danno alla persona (Cass. S.U. 4674/97) e si richiede che l'interessato esponga la personale vicenda senza contraddizioni, che la stessa risulti essere compatibile con la situazione generale del Paese di origine e, soprattutto, che vengano effettuati tutti gli sforzi possibili per circostanziare la domanda formulata (Cass. S.U. 27310/08).

Ciò premesso, nell'ipotesi di specie la reclamante ha fornito una ricostruzione delle vicende che l'hanno portata a fuggire comunque coerente e congrua, alla luce dei criteri valutativi di cui sopra, con la situazione di arretratezza e disordine sociale del Paese d'origine, dovendosi ritenere che le pretese incongruenze nel racconto reso alla Commissione non tengono in debito conto delle difficoltà nella narrazione dei fatti cui è comunque esposto, pur anche con l'ausilio dell'interprete, un soggetto culturalmente molto distante dal contesto politico-sociale europeo.

Peraltro la [...], è stata ascoltata da questa Corte (non invece dal giudice e di primo grado), sostanzialmente confermando che la fuga dal proprio Paese d'origine è da collegare alle minacce di morte ricevute dal figlio del proprio defunto marito, che ella non ha acconsentito a sposare, il quale per ritorsione le ha rapito i figli.

Ora alla luce di tali fatti e tenuto conto della situazione attuale della Nigeria come si ricava anche alla luce delle risultanze del sito web "viaggiare sicuri" del MAE (si veda produzione della reclamante all'udienza del 9.1.2012), che denuncia una situazione assai critica con diffusi atti di criminalità nelle principali città e frequenti sommosse di matrice etnico - religiosa con particolare riferimento al Delta del Niger ed allo Stato di Plateau. Parimenti allarmanti sono le informazioni che si ricavano dal sito web di Amnesty International: la polizia ha continuato a commettere un'ampia gamma di violazioni dei diritti umani, comprese uccisioni illegali, torture ed altri maltrattamenti e sparizioni forzate, vi è un altro tasso di corruzione tra gli agenti, il governo sottopone a vessazioni e intimidazioni i difensori dei diritti umani, la violenza alle donne è rimasta endemica sia da parte di funzionali dello Stato che da parte di privati cittadini.

Ora tale allarmante contesto politico sociale, che interessa quasi tutto il Paese, rende evidente il serio rischio alla incolumità fisica cui sono esposti i civili oltre alla sistematica violazione dei diritti fondamentali che essi subiscono e ciò si evidenzia con maggior vigore con riferimento alla condizione delle donne.

Ritiene quindi la Corte che siano configurabili i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria in quanto la norma di cui all'art. 14 d.lgs. 2007/251, stabilisce che il rischio di "danno grave", costituente presupposto della detta forma di tutela, è riscontrabile ogni qual volta sussista violenza indiscriminata e rischio di comportamenti inumani e degradanti. In tale situazione v'è da ritenere che il rientro della reclamante nel proprio Paese d'origine, stante il permanere di conflitti locali per motivi politici, etnici e religiosi, la esporrebbe a situazione di grave rischio in un contesto politico-sociale privo delle minime condizioni di sicurezza.

In accoglimento del reclamo deve quindi essere riconosciuta alla [...] in riforma della sentenza impugnata, la protezione sussidiaria.

Rassegna di giurisprudenza

4. La natura del diritto oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese processuali anche di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

la Corte, in riforma della sentenza reclamata, n. 11860 depositata il 28.10.2009 dal tribunale di Roma, accoglie il reclamo e, per l'effetto riconosce alla cittadina nigeriana [...] lo *status* di persona a cui è accordata la protezione sussidiaria [...].

5.

**Tribunale di Torino
ordinanza 12.2.2012 - est. Ratti**

**cittadino del Mali richiedente la protezione internazionale proveniente dalla Libia - diniego della Commissione territoriale - ricorso finalizzato al riconoscimento della sola protezione umanitaria - accertamento di merito del giudice ordinario - insussistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, avendo lasciato il Paese per ragioni economiche
rilevanza delle ragioni economiche (estrema povertà) ai fini della protezione umanitaria - verifica dei presupposti di cui all'art. 5, co. 6 TU 286/98 - norma che richiama sia obblighi costituzionali dello Stato ma anche ragioni umanitarie derivanti dall'art. 2 Cost. - sussistenza del diritto alla protezione umanitaria - annullamento del diniego della Commissione nella parte in cui esclude l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU 286/98 - rinvio al questore per l'eventuale rilascio del permesso umanitario**

Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati; art. 10 Cost.; art. 5, co.6 TU n. 286/98; art. 32 d.lgs. n. 25/08

Nella causa iscritta al n. 34209/2011 R.V.G., promossa da [...] avente ad oggetto l'impugnativa del provvedimento della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino emesso in data 27.9.2011, notificata in data 10.11.2011;

Materia del contendere e motivi della decisione

1) Con ricorso depositato in data 12.12.2011, il ricorrente ha proposto impugnazione avverso il provvedimento della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino del 27.9.2011, con il quale la Commissione ha deciso di non riconoscere in suo favore alcuna forma di protezione internazionale o umanitaria con la seguente motivazione: [...].

Il ricorrente precisa che solo davanti alla Commissione territoriale con l'assistenza di un interprete bambara, ha potuto esprimere adeguatamente la sua vicenda e lamenta una errata valutazione del suo caso da parte dell'A.A.

Chiede pertanto il riconoscimento della protezione umanitaria, previo annullamento del provvedimento impugnato. [...].

2) Il ricorrente - che chiede soltanto il riconoscimento della protezione umanitaria - è arrivato in Italia, proveniente dalla Libia a seguito della recente guerra civile che ha interessato questo Paese.

Nella domanda di protezione 27.5.2011 ha dichiarato: “ho lasciato il mio Paese il Mali perché la mia famiglia è povera. Sono andato al nord dell’Africa, Ho attraversato l’Algeria e sono entrato in Libia. Ho lì lavorato come operaio ma quando è iniziata la guerra, ho perso il lavoro. Non potevo stare lì né tornare nel Mali così sono venuto in Italia per cercare un lavoro”.

Davanti alla Commissione territoriale ha dichiarato di avere lasciato il Mali nel 2008 e ha riferito: [...].

Ora, a parte l’improbabile richiamo alla “stregoneria” che avrebbe causato la morte del padre, dal racconto del richiedente è evidente che lo stesso ha lasciato il suo Paese di origine esclusivamente per gravi motivi di carattere economico.

3) L’art. 5. co. 6 del d.lgs. 286/98 richiamato per quanto qui interessa dall’art. 32 del d.lgs. 2008 n. 25, prevede il rilascio di un permesso di soggiorno quando ricorrono seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato.

L’uso della disgiuntiva evidenzia che i motivi umanitari non devono necessariamente trovare un preciso riscontro in disposizioni costituzionali o internazionali, ma possono anche rispondere all’esigenza di tutela dei diritti umani imposta in via generale dall’art. 2 Cost. L’istituto del permesso di soggiorno per motivi umanitari costituisce quindi una sorta di clausola di salvaguardia del sistema che consente l’autorizzazione al soggiorno in tutte quelle fattispecie concrete che non trovano una compiuta corrispondenza in fattispecie astratte previste dalla normativa ma nelle quali ricorrano situazioni meritevoli di tutela per motivi umanitari, eventualmente connessi alla necessità di adeguare la disciplina alle previsioni costituzionali o internazionali rilevanti in materia di diritti dell’uomo.

Nella fattispecie in esame, come si è detto, il ricorrente ha lasciato il Mali nel 2008, quando era ancora molto giovane, a causa del contesto di gravissima povertà sopra delineato ed era riuscito a trovare in Libia un equilibrio lavorativo che gli consentiva di provvedere al suo mantenimento.

Ora, se il ricorrente facesse ritorno nel Mali, sembra evidente che precipiterebbe in una identica situazione di estrema difficoltà materiale, dalla quale - privo come è di ogni sostegno familiare, di risorse e di istruzione (il ricorrente non è mai andato a scuola) - non avrebbe alcuna possibilità di uscire.

Ritiene pertanto il tribunale che la delineata grave situazione del richiedente e la sua giovane età integrino le ragioni di carattere umanitario di cui all’art. 5 del d.lgs. 286/1998, richiamato dall’art. 32 del d.lgs. 251/2007.¹

1. Come del resto riconosciuto dalla Commissione territoriale di Torino negli analoghi casi decisi il 24.10.2011 e 28.10.2011 prodotti in giudizio dalla difesa del ricorrente.

Rassegna di giurisprudenza

Per questi motivi, il provvedimento 27.9.2011 della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino deve essere annullato *in parte qua* e deve essere ordinata - *ex art. 32 co. 3 del d.lgs. 25/2008* - la trasmissione degli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, co. 6 del d.lgs. n. 286/1998.

4) Quanto alle spese, la natura del provvedimento ne rende equa la compensazione.
P.Q.M.

annulla il provvedimento 27.9.2011 della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino nella parte in cui dispone che “[...]. Non si ravvisano, inoltre, i presupposti per la richiesta del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, *ex art. 5, co. 6 d.lgs. 286/98* [...]”. Ordina la trasmissione degli atti al questore per l'eventuale rilascio a [...] (Mali), del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, co. 6 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286. [...].

6.

Tribunale di Milano
sentenza 2.4.2012 n. 142 - rel. Gattari

cittadino ivoriano richiedente la protezione internazionale - diniego della Commissione territoriale - giudizio di impugnazione - accertamento di merito del giudice ordinario - onere probatorio attenuato con riguardo al rifugio politico - assenza di adeguata prova della persecuzione politica personale - rigetto protezione sussidiaria - verifica giudiziale della situazione di conflitto politico e sociale in Costa d'Avorio - riconoscimento della protezione sussidiaria

Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati; art. 10 Cost.; artt. 2 e 14 d.lgs. n. 251/07; art. 35 d.lgs. n. 25/08

Nel procedimento civile iscritto al n. 3165/2010 R.G.V.L. promosso da [...] contro il Ministero dell'interno, la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale presso la prefettura - UTG di Milano [...] con l'intervento obbligatorio del P.M. Oggetto: ricorso *ex art. 35 d.lgs. 25/2008* per il riconoscimento del diritto di protezione internazionale. [...].

Ragioni della decisione

Con ricorso *ex art. 35 d.lgs. n. 25 del 2008* depositato il 13.4.2010, notificato unitamente al pedissequo decreto di fissazione dell'udienza camerale all'opponente e al Ministero dell'interno presso la competente Commissione territoriale e comunicato al P.M., [...] adiva l'intestato tribunale proponendo opposizione avverso il provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale emesso dalla competente Commissione territoriale il 26.11.2009 e notificato il 15.3.2010. Risulta dunque rispettato il termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento di rigetto previsto dal co. 1 del citato art. 35 a pena di inammissibilità

dell'opposizione. L'Amministrazione statale opposta non riteneva di costituirsi, ma la Commissione territoriale inviava all'ufficio ai sensi del co. 9 dell'art. 35 gli atti e i documenti della fase amministrativa che riteneva necessari.

Va premesso che la presente opposizione *ex art. 35 d.lgs. 25/2008* non si atteggia come un'impugnazione tecnicamente intesa, poiché l'autorità giudiziaria adita a seguito del diniego della domanda di riconoscimento di protezione internazionale non è vincolata ai motivi di opposizione ed è chiamata ad un completo riesame nel merito della domanda, inizialmente inoltrata in sede amministrativa.

La controversia verte sulla pretesa del ricorrente di vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato politico o in subordine la protezione sussidiaria a norma del d.lgs. n. 251 del 19.11.2007.

Il d.lgs. n.251 del 2007 disciplina, in attuazione della direttiva 2004/83/CE, il riconoscimento allo straniero della qualifica di rifugiato o del diritto alla protezione sussidiaria in base ai principi già contenuti nella Convenzione di Ginevra del 28.7.1951 (ratificata con legge 24.7.1954, n. 722, e modificata dal Protocollo di New York del 31.1.1967, ratificato con legge 14.2.1970, n. 95).

L'art. 2 del citato d.lgs. 251/2007 definisce "rifugiato" il "cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10" (lett. e dell'art. 2), mentre "persona ammissibile alla protezione sussidiaria" è il "cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese" (lett. g dell'art. 2), sempre che non ricorra una delle ragioni di esclusione della protezione sussidiaria previste dall'art. 16. A norma dell'art. 14 del medesimo d.lgs., "ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; e) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale".

Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, «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 politi-

Rassegna di giurisprudenza

che professate; il relativo onere probatorio - che riceve un'attenuazione in funzione dell'intensità della persecuzione - incombe sull'istante, per il quale è tuttavia sufficiente provare anche in via indiziaria la "credibilità" dei fatti da esso segnalati» (Cass. 23.8.2006 n. 18353), nel procedimento camerale caratterizzato dall'assenza di preclusioni, da un'istruttoria deformalizzata e dai maggiori poteri istruttori esercitati d'ufficio dal giudice, chiamato a cooperare nell'accertamento dei fatti che possono condurre al riconoscimento allo straniero del diritto alla protezione internazionale (cfr. Cass. S.U. 17.11.2008 n. 27310). La Suprema Corte ha altresì precisato al riguardo che «presupposti per il riconoscimento dello "status" di rifugiato politico sono la condizione socio politica normativa del Paese di provenienza e la correlazione di questa con la specifica posizione del richiedente, senza che la prima possa fondarsi sul ricorso al notorio e che possa ricavarsi sillogisticamente la seconda dalla prima, rilevando, invece, la situazione persecutoria di chi (per l'appartenenza ad etnia, associazione, credo politico o religioso, ovvero in ragione delle proprie tendenze o stili di vita) rischi verosimilmente specifiche misure sanzionatorie a carico della sua integrità fisica o libertà personale» (in tal senso Cass. 20.12.2007 n. 26822). Nel caso di specie, l'opponente è un cittadino della Costa d'Avorio di anni 24 (nato ad Abidjan [...]) entrato clandestinamente in Italia nel dicembre del 2008 dove nel maggio 2009 ha avanzato in via amministrativa la domanda di protezione internazionale che la competente Commissione territoriale ha respinto ritenendo che fossero carenti i presupposti previsti dalle legge per il riconoscimento dello "status" invocato. Nel presente giudizio di opposizione non sono state colmate le lacune probatorie riscontrate in sede amministrativa per il riconoscimento dello status di rifugiato. Il ricorrente ha riferito: che ha vissuto ad Abidjan con i genitori e le sue due sorelle e poi ha frequentato una scuola professionale a Man; che nel 2004 è stato costretto dai ribelli, che avevano occupato il suo college, a combattere con loro; che è padre di una bambina di otto anni avuta da una compagna e che vive con i genitori ad Abidjan; che dopo essere riuscito a scappare dai ribelli si è rifugiato in una chiesa cristiana dove è rimasto sino a quando con l'aiuto di un sacerdote è riuscito a lasciare il Paese e a venire in Italia con falsi documenti; che non ha più visto né i genitori né la compagna e la figlia (cfr. verbale di interrogatorio libero e verbale di audizione davanti alla Commissione territoriale). Quanto riferito dal ricorrente a sostegno della domanda di rifugio politico non ha trovato adeguato sostegno probatorio neppure nel presente giudizio. Non vi sono sufficienti elementi per ritenere che l'opponente abbia subito una persecuzione personale e diretta nel suo Paese di origine - a causa di ragioni politiche o religiose o per le altre ragioni rilevanti ai fini in esame - né che facendovi ritorno vi sarebbe il fondato timore che possa subire una persecuzione per tali ragioni. La stessa vicenda personale riferita dal ricorrente risulta molto vaga, contraddittoria e scarsamente "credibile": nella domanda di protezione lo stesso indica in modo sbagliato il suo cognome, riferisce di essere padre di due figlie mentre in sede di interrogatorio libero ha dichiarato che ha una sola figlia nata nel 2004 e non nel 2002 come invece scritto

nella domanda di protezione; inoltre l'episodio dell'asserito arruolamento con i ribelli risalirebbe a circa quattro anni prima rispetto al periodo in cui dichiara di aver lasciato il Paese e non si vede perché dopo essere scappato dai pretesi "rapitori" non avrebbe cercato di mettersi in contatto con la sua famiglia anziché restare nascosto presso un chiesa. Se si aggiunge che lo stesso ricorrente precisa di non aver mai fatto politica e di non essere mai stato arrestato, pare evidente che non vi sono elementi per ritenere raggiunta la prova della fondatezza della domanda di riconoscimento del diritto allo *status* di rifugiato che pertanto va respinta.

Va invece accolta la domanda subordinata di protezione sussidiaria. La Costa d'Avorio versa infatti in una grave situazione di disordini scoppiati dopo le elezioni presidenziali del 2010 che hanno visto prevalere il candidato *ex* ribelle Alassane Ouattara sul presidente uscente Laurent Gbagbo, al potere da vari anni. Il risultato elettorale è stato dapprima capovolto dal Consiglio costituzionale che ha invalidato le elezioni e proclamato eletto nuovamente l'*ex* presidente Gbagbo. Ciò ha fatto precipitare di nuovo il Paese - come noto afflitto nei primi anni 2000 da una lunga sanguinosa guerra civile - sull'orlo della guerra civile e le manifestazioni di piazza scaturite dalla decisione di invalidare il risultato delle elezioni e di proclamare nuovamente eletto il vecchio presidente sono state caratterizzate da una dura repressione dei militari (fedeli al vecchio presidente) e dall'uccisione di alcuni manifestanti ed oppositori politici e non sono cessate neppure dopo l'intervento degli organismi internazionali che hanno preteso il rispetto dell'esito elettorale. Infatti, il vecchio presidente Gbagbo ha continuato nei mesi successivi a non riconoscere la vittoria elettorale dell'avversario politico e ci sono stati violenti scontri fra le opposte fazioni armate anche nella zona di Abidjan da cui proviene il ricorrente (cfr., fra gli altri, gli articoli pubblicati sui siti online Repubblica.it e Peacereporter.net, nonché i report dell'associazione Medici Senza Frontiere e i Rapporti annuali di Amnesty). La situazione di conflitto politico e sociale esistente nel Paese di origine del ricorrente induce a ravvisare il concreto pericolo per [...] di vedere minacciata la sua incolumità e la sua stessa sopravvivenza qualora fosse costretto a far rientro in Costa d'Avorio. Ricorrono dunque i presupposti previsti dall'art. 2 lett. g) e dall'art. 14 lett. c) del d.lgs. n. 251 del 2007 per riconoscere a [...] il diritto alla protezione sussidiaria. Infine, considerato che la domanda principale risulta infondata e che la protezione sussidiaria viene riconosciuta al ricorrente sulla base della situazione di conflitto che si registra nel suo Paese ed esploso dopo l'esame della domanda in sede amministrativa, le spese di lite vengono dichiarate irripetibili.

P.Q.M.

il tribunale di Milano, definitivamente pronunciando sull'opposizione *ex* art. 35 d.lgs. n. 25 del 2008 proposta [...] dichiara che [...] cittadino della Costa D'Avorio nato a Abidjan ha diritto al riconoscimento della protezione sussidiaria; nulla per le spese [...].

7.

**Tribunale di Torino
ordinanza 29.5.2012 - est. Scotti**

cittadino del Bangladesh richiedente lo *status* di rifugiato - impugnazione del diniego della Commissione territoriale - accertamento di merito del giudice ordinario - attendibilità della dettagliata ricostruzione fattuale operata dal richiedente alla luce della specifica documentazione prodotta e delle notizie acquisite da organizzazioni internazionali

Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati; art. 10 Cost.; artt. 2, 3, 7, 8 e 14 d.lgs. n. 251/07; artt. 20 e 35 d.lgs. n. 25/08; art. 19 d.lgs. n. 150/11

Ex art. 35 d.lgs. 28.1.2008, n. 25 e 19 d.lgs. 1.9.2011 n.150 nel procedimento iscritto al n. 6149 r.v.g. 2012, promosso da [...] contro il Ministero dell'interno presso la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino [...] e in contraddittorio con il P.M., rappresentato dalla Procura della Repubblica presso il tribunale di Torino, avente ad oggetto l'impugnativa del provvedimento della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino del 12.1.2012, notificato il 17.2.2012, con il quale la Commissione ha deciso di non riconoscere la protezione internazionale.

Breve sintesi del tema del contendere e motivi della decisione

§ 1. Con ricorso depositato in data 2.3.2012 [...], di nazionalità del Bangladesh, ha proposto impugnazione avverso il provvedimento della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino del 12.1.2012, notificata il 17.2.2012, con il quale la Commissione ha deciso di non riconoscergli la protezione internazionale.

La protezione internazionale era stata richiesta dal ricorrente in data 4.6.2011, adducendo un rischio di persecuzione e uccisione da parte di esponenti al partito al potere Awami League, per aver lavorato alle dipendenze di un imprenditore, esponente del partito di opposizione BNP; costoro lo avevano minacciato e percosso dopo la scomparsa del suo datore di lavoro dopo il rivolgimento elettorale, ritenendolo informato del luogo dove questi si era nascosto.

La Commissione territoriale, dopo l'audizione dell'interessato, ha ritenuto che non sussistessero i presupposti della richiesta protezione internazionale, poiché le motivazioni migratorie erano riconducibili a fattori meramente economici, legate all'estrema indigenza della famiglia e che le implicazioni politiche non erano convincenti perché il ricorrente non conosceva neppure il nome del parlamentare eletto nella zona, di cui affermava di essere amico.

La Commissione ha quindi concluso per la collocazione dell'aggressione in un contesto meramente criminoso di competenza dell'autorità giudiziaria bengalese.

Il ricorrente impugna pertanto il provvedimento negativo, chiedendo il riconoscimento dello *status* di rifugiato, o in subordine il riconoscimento della protezione

sussidiaria o ancora il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi degli artt. 5 e 19 del d.lgs. 286 del 1998.

Il ricorrente sostiene che la Commissione aveva riconosciuto l'effettività delle violenze subite dal ricorrente, erroneamente qualificandole come di matrice comune e ignorandone la contestualizzazione politica negli scontri di potere fra BNP e Awami League e gli aveva erroneamente rimproverato di non aver indicato il nome del parlamentare di riferimento del suo partito Delowar Hosain, detto Dulu, invece riferito con precisione e veridicità (come era riscontrabile documentalmente).

All'udienza del 29.5.2012, in assenza del Ministero dell'interno, dopo l'audizione dell'interessato con assistenza dell'interprete, la parte ricorrente ha insistito nel ricorso.

Il G.U. si è riservato di decidere all'esito.

§ 2. Il ricorrente chiede in primo luogo il riconoscimento dello *status* di rifugiato e in subordine la protezione sussidiaria.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 251/2007 lett. e) per "rifugiato" si intende: "cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10 [...]".

L'art. 7 d.lgs. 251/2007 recita:

"1. Ai fini della valutazione del riconoscimento dello *status* di rifugiato, gli atti di persecuzione, ai sensi dell'art. 1 A della Convenzione di Ginevra, devono alternativamente:

a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa, ai sensi dell'art. 15, paragrafo 2, della Convenzione sui diritti dell'uomo;

b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lett. a).

2. Gli atti di persecuzione di cui al co. 1 possono, tra l'altro, assumere la forma di:

a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale;

b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio;

c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie;

d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria;

e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all'art.10, co. 2;

f) fatti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia".

Rassegna di giurisprudenza

L'art. 8 d.lgs. 251/2007 recita:

«1. Al fine del riconoscimento dello *status* di rifugiato, gli atti di persecuzione di cui all'art. 7 devono essere riconducibili ai motivi, di seguito definiti:

- a) "razza": si riferisce, in particolare, a considerazioni inerenti al colore della pelle, alla discendenza o all'appartenenza ad un determinato gruppo etnico;
- b) "religione": include, in particolare, le convinzioni teiste, non teiste e ateiste, la partecipazione a, o l'astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fondate su un ardo religioso o da esso prescritte;
- c) "nazionalità": non si riferisce esclusivamente alla cittadinanza, o all'assenza di cittadinanza, ma designa, in particolare, l'appartenenza ad un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato;
- d) "particolare gruppo sociale": è quello costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, ovvero quello che possiede un'identità distinta nel Paese di origine, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante. In funzione della situazione nel Paese d'origine, un particolare gruppo sociale può essere individuato in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana;
- e) "opinione politica": si riferisce, in particolare, alla professione di un'opinione, un pensiero o una convinzione su una questione inerente ai potenziali persecutori di cui all'art. 5 e alle loro politiche o ai loro metodi, indipendentemente dal fatto che il richiedente abbia tradotto tale opinione, pensiero o convinzione in atti concreti.

2. Nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato, è irrilevante che il richiedente possieda effettivamente caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni».

L'art. 3 del d.lgs. 251 del 2007 prevede:

“1. Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda. L'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda.

2. Gli elementi di cui al co. 1 che il richiedente è tenuto a produrre comprendono le dichiarazioni e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale.

3. L'esame della domanda di protezione internazionale è effettuato su base individuale e prevede la valutazione:

- a) di tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, comprese, ove possibile, le disposizioni legislative e regolamentari del Paese d'origine e relative modalità di applicazione;
- b) della dichiarazione e della documentazione pertinenti presentate dal richiedente, che deve anche rendere noto se ha già subito o rischia di subire persecuzioni o danni gravi;
- c) della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare la condizione sociale, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave;
- d) dell'eventualità che le attività svolte dal richiedente, dopo aver lasciato il Paese d'origine, abbiano mirato, esclusivamente o principalmente, a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, al fine di stabilire se dette attività esponano il richiedente a persecuzione o danno grave in caso di rientro nel Paese;
- e) dell'eventualità che, in considerazione della documentazione prodotta o raccolta o delle dichiarazioni rese o, comunque, sulla base di altre circostanze, si possa presumere che il richiedente potrebbe far ricorso alla protezione di un altro Paese, ai cui potrebbe dichiararsi cittadino.

4. Il fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, salvo che si individuino elementi o motivi per ritenere che le persecuzioni o i danni gravi non si ripeteranno e purché non sussistono gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine.

5. Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che:

- a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda;
- b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;
- c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone;
- d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla;
- e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile".

La Suprema Corte di cassazione, a S.U., ha fornito precise indicazioni in ordine alla regola probatoria da seguire nelle controversie in tema di richiesta di protezione internazionale: «In materia di riconoscimento dello "status" di rifugiato, i poteri

Rassegna di giurisprudenza

istruttori officiosi prima della competente Commissione e poi del giudice, risultano rafforzati; in particolare, spetta al giudice cooperare nell'accertamento delle condizioni che consentono allo straniero di godere della protezione internazionale, acquisendo anche di ufficio le informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione politica del Paese di origine. In tale prospettiva la diligenza e la buona fede del richiedente si sostanziano in elementi di integrazione dell'insufficiente quadro probatorio, con un chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull'onere probatorio dettate dalla normativa codicistica vigente in Italia.”(Cass. civile, S.U., 17.11.2008, n. 27310)».

Quanto al riconoscimento della protezione sussidiaria *ex* artt. 2 e 14 e ss. del d.lgs. 251 del 2007, ai sensi della lett. g), per “persona ammissibile alla protezione sussidiaria” si intende il “cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese”.

L'art. 14 del d.lgs. 251/2007 recita:

“1. Ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi:

- a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte;
- b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine;
- c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.

§ 3. Con riferimento alla situazione del Paese d'origine, il Bangladesh, l'Ufficio è in possesso delle seguenti informazioni (Fonti: Wikipedia; BBC; Amnesty International, viaggiaresecuri.it, Unhcr).

Il Bangladesh è stato per 15 anni dominato da un governo militare e, sebbene, nel 1990 sia stata instaurata la democrazia, la scena politica è rimasta instabile.

Le ultime elezioni politiche, tenutesi nel gennaio 2009, hanno visto la vittoria di Sheikh Hasina (a capo del partito di centro sinistra “Awami League”) sulla rivale Begum Khaleda Zia (a capo del partito di centro-destra “Bangladesh Nationalist Party”). Le due donne si sono alternate nel governo del paese sin dal 1991 e gli osservatori evidenziano che l'antagonismo tra i due partiti riflette la personale contrapposizione tra i loro leader più che differenze ideologiche sostanziali.

Le elezioni del 2009 hanno posto fine a uno stato di emergenza durato due anni e sostenuto dall'esercito, sotto la guida di un governo tecnico di transizione.

Le tensioni politiche si sono tradotte in violenze e centinaia di persone sono state uccise negli ultimi anni. Molti attacchi hanno preso di mira raduni politici, incontri pubblici ma anche i singoli leader dei partiti di opposizione.

Il crescente estremismo religioso crea allarme in un paese come il Bangladesh tradizionalmente moderato e tollerante ed è stato alla base di una serie di attentati nell'agosto 2005.

Il governo, che per lungo tempo ha negato l'esistenza del problema, ha dichiarato fuori legge due frange estremiste islamiche.

Il Bangladesh è stato criticato per le violazioni dei diritti umani, in particolare nei confronti delle donne e il ricorso alla tortura da parte della polizia nei confronti dei detenuti.

Il sito di Amnesty riporta un importante episodio di violenza verificatosi nel febbraio 2009, vale a dire l'ammutinamento dei Bangladesh Rifles (Bdr), un apparato paramilitare che fa capo al Ministero degli Interni. Questa ribellione, di cui non si conoscono i motivi, ha causato la morte di 74 persone, tra civili e ufficiali dell'esercito, e ha portato a una durissima repressione da parte della polizia che, secondo gli osservatori internazionali, ha utilizzato metodi di tortura.

La situazione dell'ordine pubblico appare relativamente stabile ma non vanno esclusi deterioramenti anche repentini con scontri tra avverse fazioni politiche (con origine, spesso, negli ambienti universitari).

Le Università sono tradizionalmente politicizzate e scontri tra le diverse fazioni degli organismi giovanili dei maggiori partiti sono un fatto frequente. Sedi di protesta possono anche essere le fabbriche tessili site nella cintura di Dhaka.

Anche dalla documentazione prodotta da parte ricorrente (Rapporto Amnesty International 2011; rapporto Dipartimento di Stato americano del 2011) risultano molteplici violazioni dei diritti umani in pregiudizio dei sostenitori della opposizione, in particolare da parte dei RAB (Rapid Action Battalion) in danno di leaders politici e di semplici militanti del BNP.

La stessa Commissione non ha negato la sussistenza di un aspro scontro fra le due fazioni rivali del BNP e dell'Awami League, ma ha ritenuto di avere elementi per collegare la vicenda a comportamenti di criminalità comune.

Tale ragionamento non è condivisibile.

Il ricorrente ha dimostrato documentalmente di essere stato un membro simpatizzante del BNP, con il documento tradotto in udienza dall'interprete (doc. 9 allegato al ricorso), spiegando in termini ragionevoli le modalità di acquisizione.

Il ricorrente:

- ha raccontato in modo analitico, completo, coerente e verosimile la propria vicenda,
- ha chiarito di essersi avvicinato al BNP quale simpatizzante perché il suo capo e datore di lavoro, l'impresario edile Kaikobad, titolare della MRS Kaikobad Traders, ne era un importante esponente politico;
- ha spiegato di aver svolto in sostanza una mansione di assistente, autista e portaborse, in sostanza di aiutante - uomo di fiducia;
- ha ricostruito esattamente la situazione politica complessiva del Paese e le forze che si contendevano il potere;
- ha indicato con precisione il nome della ditta e il numero dei dipendenti dell'ufficio;

Rassegna di giurisprudenza

-ha indicato in modo verosimile la situazione di difficoltà in cui Kaikobad, uomo del BNP, si era trovato, dopo la vittoria elettorale del partito avverso, la Awami League; ha raccontato delle minacce ricevute da Kaikobad e poi della sua sparizione;

- ha riferito della situazione insostenibile in cui egli si era personalmente trovato dopo la sparizione del suo capo, per gli insulti e le minacce di coloro che non credevano che lui fosse ignaro del suo nascondiglio;

- ha dato una spiegazione ragionevole della riconduzione delle persone che lo minacciavano alla Awami League (basata sul momento post elettorale e della visibilità politica di Kaikobad).

Per altro verso le censure sollevate dalla Commissione sono da ritenersi infondate.

Il ricorrente infatti ha indicato con precisione nome, cognome e soprannome del parlamentare locale, amico del suo datore di lavoro nella persona di Delowar Hosain detto Dulu, personaggio effettivamente esistente, come documenta la difesa del ricorrente, sicché il motivo di non credibilità della dimensione politica della vicenda indicato dalla Commissione è del tutto destituito di fondamento.

Non è vero poi che il ricorrente abbia dato una motivazione solamente economica alla propria migrazione, visto che egli ha dichiarato di essere andato a lavorare in Libia per procurarsi un lavoro fuori dal Paese dove non poteva restare a lavorare per le pressioni e le violenze subite, mentre la famiglia non poteva far a meno del suo fondamentale apporto.

Tutto ciò valutato, secondo il tribunale, perdurando la situazione di potere politico della Awami League e le tensioni con il partito di opposizione BNP, ricorrono le condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato, poiché il ricorrente ha fondato timore di essere perseguitato per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo politico, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e a causa di tale timore, non può senza pericolo grave farvi ritorno.

Non sussistono ragioni ostative, come da certificato della Procura della Repubblica di Torino in atti.

§ 4. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate, avuto riguardo alla natura del procedimento, in complessivi [...].

Ai sensi dell'art. 133 del d.p.r.115/02 il provvedimento che pone a carico della parte soccombente non ammessa al patrocinio la rifusione delle spese processuali a favore della parte ammessa dispone che il pagamento sia eseguito a favore dello Stato (il che nella fattispecie si risolve in una partita di giro).

P.Q.M.

il giudice unico, definitivamente pronunciando, in accoglimento del ricorso: annulla il provvedimento emesso dalla Commissione territoriale di Torino del 12.1.2012, notificato il 17.2.2012, riconosce in favore di [...], la protezione internazionale e lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra 28.7.1951, ratificata con legge 722/1954 e del relativo Protocollo di New York 31.1.1967, nonché del d.lgs. 251/2007; dichiara tenuto e condanna il Ministero dell'interno [...].

Diritti civili

3.

**Tribunale di Trieste
ordinanza 1.7.2011 - est. Multari**

azione civile contro la discriminazione - esclusione dal concorso per assunzione di infermiere categoria D per mancanza del requisito della cittadinanza italiana ovvero dell'Unione europea - accertamento della natura discriminatoria del requisito - accoglimento

azione civile contro la discriminazione - invocata lesione di diritto assoluto - giurisdizione ordinaria - sussistenza

art. 3 Cost.; art. 15 Carta europea dei diritti; legge 158/1981 di ratifica Convenzione OIL n. 143/1975; artt. 2, 27, co. 1 lett. r bis), 43, 44 TU n. 286/1988, artt. 2, 3, 4, 4 bis d.lgs. 215/2003, artt. 3, 38, co. 1, 70 co. 3 d.lgs. 165/2001; d.p.r. 487/1994; d.p.r. 220/2001; art. 18, co. 2 d.lgs. 502/1992; art. 10 d.p.r. 761/1979 art. 2 TU n. 3/1957

RG 408/11 Il giudice del lavoro a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 30.06.2011 osserva quanto segue.

Premesso in fatto

Con ricorso *ex art.* 44 d.lgs. n. 286/98 e 4 n. 215/03 depositato in Cancelleria in data 6.6.2011 [...] ha chiesto al giudice un provvedimento avverso la discriminazione subita da parte dell'Azienda per i servizi sanitari n. 1 Triestina.

In particolare parte attrice nel proprio ricorso esponeva di essere cittadina colombiana regolarmente residente in Italia dal 2003, di essere coniugata dal 21.3.2009 con un cittadino italiano con cui convive nella residenza di Trieste, che dal matrimonio in data 24.5.2009 è nata una bambina, di avere inoltrato domanda per il riconoscimento della cittadinanza italiana, procedura ancora in corso, di avere un titolo professionale per l'esercizio della professione di infermiera dal 2003, di essere iscritta dal 2006 all'albo per l'esercizio della professione di infermiera, di svolgere attività di infermiera professionale dal 2004 alle dipendenze di una cooperativa sociale, di operare presso la RSA San Giusto distretto n. 2 ASS n. 1 Triestina, cui è stata assegnata dal dicembre 2006 al dicembre 2008, di aver svolto la propria opera anche presso l'Itis di Trieste.

A fronte di ciò parte attrice proseguiva evidenziando che con bando pubblicato nel BUR in data 6.4.2011 la ASS n. 1 Triestina aveva messo a concorso 31 posti di collaboratore professionale sanitario infermiere cat. D, che la ricorrente era in possesso dei requisiti ad eccezione di quelli indicati nell'art. 2 lett. a) del bando e consistenti nella cittadinanza italiana ovvero di uno dei Paesi dell'Unione europea; norma discriminatoria a proprio avviso in quanto in contrasto con le norme disciplinanti la presenza di lavoratori extracomunitari in Italia.

Rassegna di giurisprudenza

In particolare parte ricorrente affermata la giurisdizione ordinaria del GO adito in ragione di quanto previsto dall'art. 43 del d.lgs. n. 286/98 e dell'art. 2 del d.lgs. n. 215/03 e quindi la titolarità del diritto soggettivo alla parità di trattamento, assumeva che la parità era sancita nella Convenzione OIL ratificata nel 1981 dall'Italia, che la disposizione del bando contrastava con detta disposizione e non trovava giustificazione nell'esercizio di poteri pubblici ovvero funzioni di interesse nazionale trattandosi di attività di infermiere professionale in struttura pubblica.

Parte convenuta pur regolarmente evocata in giudizio non si costituiva ed il giudice ne dichiarava la contumacia; compariva peraltro informalmente su delega del direttore la Asl dichiarando di rimettersi al provvedimento giudiziale.

Il giudice interrogate le parti all'udienza odierna si è riservata la decisione.

In diritto

La domanda di accertamento della condotta discriminatoria tenuta dall'azienda sanitaria convenuta in giudizio va accolta siccome fondata; infatti come dichiarato dalle delegate dell'azienda sanitaria la domanda della ricorrente, presentata entro il termine perentorio del 9.06.2011, non verrà esaminata ovvero la stessa sarà esclusa in quanto non in possesso del requisito richiesto dal bando della cittadinanza italiana salve equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti o cittadinanza di uno dei Paesi dell'Unione europea (cfr. art. 2 lett. a bando dimesso *sub.* 9), essendo cittadina colombiana, in possesso di regolare permesso di soggiorno ed inoltre avente i requisiti per ottenere la cittadinanza italiana essendo residente in Italia, coniugata con cittadino italiano e con un figlio (cfr. docc. 5, 6, 7, 8 parte attrice).

In particolare il requisito che risulta discriminatorio non trova giustificazione nella funzione che l'attrice, se supererà la selezione, dovrebbe svolgere di collaboratore professionale sanitario- infermiere (cat. D), mansione che tra l'altro secondo quanto allegato in ricorso la ricorrente svolge già da anni anche per strutture pubbliche come dipendente però di società cooperativa (cfr. docc. 2,3,4 parte attrice).

A fronte di ciò va ricordato che l'art. 3 della legge n. 215/03 dispone che: "[...] 1. Il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale, secondo le forme previste dall'art. 4, con specifico riferimento alle seguenti aree:

- a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;
- b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento;
- c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;
- d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni;
- e) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale;

- f) assistenza sanitaria;
- g) prestazioni sociali;
- h) istruzione;
- i) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio.

2. Il presente decreto legislativo non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, nè qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti.

3. Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all'origine etnica di una persona, qualora, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima.

4. Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari [...]"

La norma poi contenuta nell'art. 4 e riguardante la tutela giurisdizionale dispone che: «[...] 1. La tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti di cui all'art. 2 si svolge nelle forme previste dall'art. 44, co. da 1 a 6, 8 e 11, del testo unico, in quanto compatibili (1).

2. Chi intende agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una delle discriminazioni di cui all'art. 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c. o, nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le PA, ai sensi dell'art. 66 del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, anche tramite le associazioni di cui all'art. 5, co. 1.

3. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione (2).

4. Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti. Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

5. Il giudice tiene conto, ai fini della liquidazione del danno di cui al co. 4, che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente

Rassegna di giurisprudenza

azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

6. Il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento di cui ai co. 4 e 5, a spese del convenuto, per una sola volta su un quotidiano di tiratura nazionale (3).

7. Resta salva la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale di cui all'art. 3, co. 1, del d.lgs. 30.3.2001, n.165 [...]».

Inoltre a livello processuale va ricordato che in ragione della disciplina di cui al d.lgs. n. 296/1998 testo unico sulla condizione dello straniero in Italia si dispone che: “art. 43 - 1. Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.

2. In ogni caso compie un atto di discriminazione:

a) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionali, lo discriminino ingiustamente;

b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

d) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità;

e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'art. 15 della legge 20.5.1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9.12.1977, n. 903, e dalla legge 11.5.1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata con-

fessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa.

3. Il presente articolo e l'art. 44 si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apoliti e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia [...]"; ed ancora l'art. 44 medesimo testo normativo intitolato Azione civile contro la discriminazione statuisce che: "[...] 1. Quando il comportamento di un privato o della PA produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione.

2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella Cancelleria del tribunale in composizione monocratica del luogo di domicilio dell'istante (1).

3. Il tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto (1).

4. Il tribunale in composizione monocratica provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi (1).

5. Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorre, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza, il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto (1).

6. Contro i provvedimenti del tribunale in composizione monocratica è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'art. 739, co. 2, c.p.c. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737, 738 e 739 c.p.c. (1).

7. Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del tribunale in composizione monocratica di cui ai co. 4 e 5 e dei provvedimenti del tribunale di cui al co. 6 è punito ai sensi dell'art. 388, co. 1, c.p. (1).

9. Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla pro-

gressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'art. 2729, co. 1, c.c.

10. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del presente articolo, ordina al datore di lavoro di definire, sentiti i predetti soggetti e organismi, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

11. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'art. 43 posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle Regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è immediatamente comunicato dal tribunale in composizione monocratica, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione, alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni, o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto (1).

12. Le Regioni, in collaborazione con le Province e con i Comuni, con le associazioni di immigrati e del volontariato sociale, ai fini dell'applicazione delle norme del presente articolo e dello studio del fenomeno, predispongono centri di osservazione, di informazione e di assistenza legale per gli stranieri, vittime delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

(1) Comma modificato dall'art. 28, co. 1, della legge 30.7.2002, n. 189. [...]

Trattasi di disposizioni che come ricordato di recente dalla Corte di cassazione a S.U. in sede di regolamento di giurisdizione 18.1/30.3.2011 n. 7186 nella propria motivazione, hanno natura di carattere processuale e sostanziale e sono state introdotte: “[...] al fine di consentire una più efficace attuazione concreta delle norme di carattere sostanziale di divieto di discriminazioni basate sulla razza, la religione, l'origine etnica, la cittadinanza, ecc, e cioè la speciale azione disciplinata dal d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 44 (TU delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nel quadro delle previsioni di carattere sostanziale di cui all'art. 43, che, in relazione alla materia regolata dal TU, delinea in maniera molto circostanziata la disciplina di divieto delle discriminazioni (rispetto alla quale possono assumere rilievo anche le varie disposizioni dello stesso testo normativo circa i diritti e i doveri dello straniero, comprese ora le disposizioni di cui agli artt. 9 e 9 *bis*, nel testo di cui al d.lgs. n. 3 del 2007, art. 1, co. 1, emanato per dare attuazione alla direttiva 2003/109/CE sullo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo). Il modello di azione

delineato dall'art. 44 cit. è richiamato, poi, con taluni secondari adattamenti, dal d.lgs. 9.7.2003, n. 215, artt. 4 e 4 *bis* (il secondo inserito dal D.L. n. 59 del 2008, art. 8 *sexies*, convertito con modificazioni dalla l. n. 101 del 2008) e dal d.lgs. n. 216 del 2003, art. 4, testi normativi che, dando attuazione, rispettivamente, alla direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e alla direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, formano con lo stesso d.lgs. 286/1998 (oltre che con altre disposizioni di carattere generale o settoriale - cfr. per esempio il d.lgs. n. 67 del 2006 di contrasto alle discriminazioni delle persone con disabilità, il cui art. 3 fa analogamente rinvio al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44 -, nonché con fonti sovranazionali e in particolare comunitarie) un complesso normativo antidiscriminatorio di lettura non del tutto agevole, a causa della tecnica adottata della successiva integrazione e ripetizione, sotto prospettive parzialmente diverse, delle previsioni antidiscriminatorie [...].

In particolare la Corte, con pronuncia integralmente condivisa dalla scrivente, ha confermato in questa materia la giurisdizione del GO adito dichiarando che: “[...] Si è osservato che la chiarezza del dato normativo non consente dubbi riguardo all'attribuzione alla giurisdizione ordinaria della tutela contro gli atti e i comportamenti ritenuti lesivi del principio di parità e, in particolare della parità di trattamento dovuta, a norma del d.lgs. n. 215 del 2003, art. 3, “senza distinzione di razza ed origine etnica [...] a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato”, per la cui attuazione viene fatto il rinvio dagli artt. 4 e 4 *bis* – quest'ultimo diretto ad assicurare la speciale tutela processuale nel caso di ritorsioni nei confronti di attività dirette a perseguire la parità di trattamento - al procedimento d.lgs. n. 286 del 1998, ex art. 44 (Cass. S.U. n. 3670/2011 cit).

Nella stessa occasione, circa il rapporto tra situazioni sostanziali e modi di tutela processuale, si è osservato che costituiscono oggetto di tutela veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale di parità (art. 3 Cost.) e dalle analoghe norme sovranazionali, in attuazione delle quali il legislatore nazionale ha emanato le normative in esame; e circa l'attribuzione al giudice ordinario anche del giudizio di merito, si è rilevato in particolare che comporterebbe l'introduzione di una palese anomalia sistematica ammettere la possibile attribuzione al giudice amministrativo del giudizio di merito, con interruzione del nesso tra giudizio cautelare, finalizzato ad assicurare interimamente o ad anticipare gli effetti del giudizio di merito, e quest'ultimo.

4. Tali rilievi sono condivisibili e sono recepiti in questa sede.

In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati ai giu-

Rassegna di giurisprudenza

dice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come “diritto assoluto” in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa.

Il fatto che la posizione tutelata assurga a diritto assoluto, e che simmetricamente possano qualificarsi come fatti illeciti i comportamenti di mancato rispetto della stessa, fa sì che il contenuto e l'estensione delle tutele conseguibili in giudizio presentino aspetti di atipicità e di variabilità in dipendenza del tipo di condotta lesiva che è stata messa in essere e anche della preesistenza o meno di posizioni soggettive di diritto o interesse legittimo del soggetto leso a determinate prestazioni. Di ciò si trova riscontro nel dettato normativo, secondo cui il giudice può “ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione” (d.lgs. n. 2876 del 1998, art. 44, co. 1), oltre che condannare il responsabile al risarcimento del danno (co. 7).

Risulta quindi spiegabile, in particolare, come, in relazione a discriminazioni del genere di quelle in esame, anche quando esse siano attuate nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della PA di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela del privato rispetto alla discriminazione possa essere assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali.

L'inquadramento nell'ambito del diritto assoluto spiega efficacia, infatti, ai fini e nei limiti delle esigenze di repressione della (in ipotesi) illegittima discriminazione, anche se non possono essere predeterminati in astratto i termini della tutela accordabile giudizialmente, dovendosi tenere conto delle specificità di ogni situazione e del riferimento delle disposizioni di legge anche ad ipotesi di discriminazione indiretta (cfr. il d.lgs. n. 286 del 1998, art. 43, co. 2, lett. e), e il d.lgs. n. 215 del 2003, art. 2, co. 1, lett. b).

D'altra parte è lo stesso testo del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44, con il suo riferimento incondizionato ai comportamenti sia dei privati che della PA (co. 1), che non consente di escludere l'esperibilità delle azioni ivi previste solo perché la PA ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto a cui il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo. Anche il d.lgs. n. 215 del 2003, art. 3, precisa che il relativo principio di parità di trattamento opera sia nel settore pubblico che in quello privato (co. 1), e fa particolare riferimento all'accesso all'occupazione e al lavoro “compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione” (lett. a) e all'accesso a ogni tipo di prestazione sociale (lett. e) e seguenti), mentre l'unica eccezione alla giurisdizione del giudice ordinario è prevista in favore della giurisdizione amministrativa esclusiva - in quanto tale estesa alla tutela dei diritti soggettivi - relativa al personale alle dipendenze della PA in regime di diritto pubblico a norma del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 3, co. 1, (co. 7 del cit. art. 3) [...]”.

Ritiene pertanto la scrivente di poter affermare in ragione della domanda attorea la propria giurisdizione e, trattandosi di procedura concorsuale per l'assunzione alla ASL n. 1 od ospedaliera, anche la competenza del giudice del lavoro in ragione dell'art. 3 sopra citato trattandosi di una discriminazione che incide sulla parità di condizioni per l'accesso ad un posto di lavoro.

Nel merito va ricordato che la fonte normativa della clausola del bando censurata è, come correttamente individuato dalla parte ricorrente, l'art. 38 del decreto legislativo n. 165 che al co. 1, contrariamente a quanto avviene per i cittadini appartenenti agli stati membri dell'Unione europea: "[...] non consente di estendere l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche anche ai cittadini extracomunitari [...]", oltre all'art. 70 co. 13 del medesimo TU nella parte in cui dispone l'attuale vigenza in materia di accesso al pubblico impiego, di quanto previsto dal d.p.r. n. 487/94 che appunto pone quale requisito per accedere agli impieghi nella PA la cittadinanza italiana.

In particolare il bando è stato emesso sulla scorta del regolamento contenuto nel d.p.r. 27.3.2001 n. 220, recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale.

L'art. 18 co. 2 del d.lgs. n. 502/92 ha infatti stabilito che la disciplina concorsuale sarebbe stata disciplinata con apposito regolamento; il regolamento in questione, emanato nel 2001 (d.p.r. n. 220/2001), ha previsto all'art. 2 co. 1 lett. a) che tra i requisiti generali di ammissione ai concorsi vi fosse quello della cittadinanza italiana, "salve le equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti", o della cittadinanza di uno dei paesi dell'Unione europea. In tal modo il regolamento non ha fatto altro che recepire, allargandolo ai soli cittadini dell'Unione, quanto già previsto dall'art. 10 del d.p.r. n. 761/1979 il quale a sua volta richiamava per l'ammissione agli impieghi il TU n. 3 del 1957 sugli impiegati civili dello Stato che all'art. 2 prevede appunto, tra i requisiti generali richiesti per l'ammissione agli impieghi, la cittadinanza italiana. Appare dunque evidente che la specifica disciplina prevista per l'accesso alle procedure concorsuali del personale non dirigenziale del servizio sanitario nazionale non prevede la possibilità per i cittadini extracomunitari di parteciparvi. A queste disposizioni se ne contrappongono peraltro altre di rango anche sopranazionale che consentono di ritenere preminente laddove i posti di lavoro nella PA non implicano l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero non attengano alla tutela dell'interesse nazionale, il diritto alla parità di trattamento ed il diritto quindi anche per i cittadini extracomunitari di accedere ai posti di lavoro nella pubblica amministrazione.

Si tratta in particolare delle seguenti:

1) la l. 10.4.1981 n. 158 di ratifica della convenzione OIL 24.6.1975 n. 143; in forza dell'art. 10 della Convenzione: "Ogni Membro per il quale la convenzione sia in vigore s'impegna a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza

Rassegna di giurisprudenza

sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio”. L’art. 14 prevede inoltre che ogni Stato membro può “respingere l’accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni” ma solo “qualora tale restrizione sia necessaria nell’interesse dello Stato”.

2) il d.p.r. 25.7.1998 n. 286 testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero il quale all’art. 2 prevede che: “1. Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. / 2. Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l’Italia e il presente testo unico dispongano diversamente.[...]”. Mentre all’art. 27 co. 1 lett. r) *bis* prevede, tra gli altri, come caso particolare di ingresso al lavoro, proprio la categoria degli “infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private” per la cui disciplina rimanda al regolamento di attuazione; si noti che la lett. r) *bis* è stata introdotta dall’art. 22 co. 1 lett. a) l. 30.7.2002 n. 189.

3) il d.p.r. 31.8.1999 n. 394 regolamento recante norme di attuazione del TU dei cittadini extracomunitari il quale, nel disciplinare ai sensi e per gli effetti del precitato art. 27 l’ingresso al lavoro degli infermieri professionali, all’art. 40 co. 21 prevede che gli infermieri dotati di specifico titolo riconosciuto dal Ministero della salute possono essere assunti presso “le strutture sanitarie, sia pubbliche che private [...] anche a tempo indeterminato, tramite specifica procedura”.

Inoltre l’Italia, in quanto facente parte dell’Unione europea, ha aderito ad un nucleo di valori fondamentali, previsti dall’art. 2 del Trattato di Maastricht, secondo cui “l’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”. Detti valori, essendo riferibili alla persona umana in quanto tale, trovano evidentemente applicazione anche nei rapporti tra lo Stato membro e i cittadini extracomunitari. A ciò si aggiunga che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, entrata in vigore l’1.12.2009, all’art. 15 co. 3 prevede espressamente che “I cittadini dei Paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell’Unione”.

Come detto poi in relazione alla figura dell’infermiere professionale, vi è l’art. 27 co. 1 della lett. r) *bis*, introdotto dall’art. 22 co. 1 lett. a) della l. 30.7.2002 n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), entrata in vigore il

10.9.2002, il quale costituisce una legge speciale che ha comportato senza dubbio una deroga alle norme che richiedono il requisito della cittadinanza.

Pertanto per la categoria degli infermieri professionali, deve ritenersi che il cittadino extracomunitario sia titolare di un vero e proprio diritto soggettivo ad essere ammesso all'impiego in questione, a parità di tutti gli altri requisiti, con il cittadino italiano o comunitario, trattandosi peraltro di lavoro che non implica esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri e che non attiene alla tutela dell'interesse nazionale, secondo i criteri limitativi introdotti nell'art. 38 d.lgs. n. 165 del 2001, recante la disciplina del lavoro nelle PA, con il quale sono stati recepiti gli orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea in relazione ai cittadini degli Stati membri. Ad analoghe conclusioni si deve comunque pervenire anche nel caso in cui si ravvisi che nella fattispecie in esame non ricorra un'ipotesi di abrogazione implicita, ovvero di deroga alle norme, dal momento che l'art. 2 del regolamento 27.3.2001 n. 220, nel fare "salve le equiparazioni stabilite dalle leggi vigenti", ha inteso comunque introdurre una clausola di apertura. Essa infatti consente di considerare operative a tutti gli effetti le norme previste dal TU sui cittadini extracomunitari o almeno quella relativa agli infermieri professionali nell'accesso alle procedure di selezione, atteso che nel concetto di equiparazione si possono e si devono fare rientrare tutte le norme sopra menzionate attuative della piena parità nell'ingresso al lavoro tra i cittadini e gli stranieri migranti.

Va altresì ricordato che l'art. 22 lett. r) *bis* d.lgs. n. 286/98 come mod. da l. n. 189/2002, prevede la possibilità di ingresso nel territorio nazionale, fuori dall'annuale piano flussi, per gli infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche o private senza operare alcuna distinzione tra le forme di contratto (a tempo indeterminato o a termine); ed anche l'art. 27 d.lgs. 286/98 che autorizza l'ingresso in Italia dei lettori (ovvero collaboratori esperti linguistici), professori universitari o ricercatori per attività da espletare presso università o istituti di istruzione o ricerca senza alcuna specificazione in ordine alla natura pubblica o privata delle strutture interessate alla loro attività.

Come detto sopra vie più il d.lgs. n. 215/2003 dando attuazione alla direttiva CE n. 43/00, afferma l'applicazione del principio di parità di trattamento a tutte le persone sia nel settore pubblico che in quello privato ed ha chiarito che tale principio deve regolare anche l'accesso all'occupazione ed al lavoro sia autonomo che dipendente compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione (art. 3 co. 1 lett. a). In proposito è interessante osservare che lo stesso articolo al co. 4 stabilisce che "non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento che pur risultando apparentemente discriminatorie siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari".

Ne consegue, a parere di chi scrive, che un requisito quale quello della cittadinanza italiana può essere richiesto senza assumere una valenza discriminatoria, come detto sopra, solo in quanto sia giustificato da specifiche finalità che possono essere solo quelle determinate dallo svolgimento di poteri pubblici o di funzioni di inte-

Rassegna di giurisprudenza

resse nazionale che per il loro contenuto ed i loro effetti possono essere svolti solo da chi ha con il Paese un legame particolarmente forte in quanto ne è cittadino.

Di particolare rilievo è infine la direttiva CE n. 109/2003 relativa ai soggiornanti extracomunitari di lungo periodo che ha previsto che questi godano dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri.

La stessa ha avuto attuazione con la l. n.3/2007 la quale prevede che gli stranieri titolari di carta di soggiorno (parificata al permesso di soggiorno CE) possono svolgere nello Stato ogni attività lavorativa subordinata o autonoma salvo quelle che la legge espressamente riserva al cittadino o vieta allo straniero. Disposizione questa che va letta ed interpretata in correlazione con quanto affermato dalla stessa direttiva la quale al co. 3 dell'art. 11 afferma che gli Stati membri possano fissare delle limitazioni di accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o comunitaria riservi delle attività ai cittadini dello Stato o della UE. Anche in questo caso pertanto viene ribadito il riferimento al fatto che limitazioni possono esserci solo in quanto attribuite a specifiche "attività" e solo in quanto ciò sia determinato da esigenze oggettive e definite.

A sostegno di quanto esposto la scrivente richiama integralmente la giurisprudenza di merito formatasi in materia ed in particolare la giurisprudenza di merito (cfr. Corte appello Firenze 2.7.2002; trib. Firenze 14.1.2006; trib. Imperia 12.9.2006; trib. Perugia 6.12.2006; trib. Bologna 7.9.2007; nonché giurisprudenza del trib. Milano 31.3.2011, ordinanza collegiale), nonché la recente ordinanza emessa dalla Corte cost. n. 139/11 proprio sulla norma contenuta nell'art. 38 TU pubblico impiego, che nel rigettare la questione per manifesta inammissibilità sollevata dal tribunale di Rimini con ordinanza di data 22.06.2010, ha invitato il giudicante ad effettuare della norma una interpretazione costituzionalmente orientata ed in particolare compatibile con la normativa contenuta nella Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di trattamento ed opportunità dei lavoratori migranti e con l'art. 15 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il carattere discriminatorio della condotta è desumibile anche dalla circostanza che personale extracomunitario da anni è usato dalle aziende sanitarie come personale infermieristico a tempo determinato (cfr. giurisprudenza citata con riferimento alla problematica della stabilizzazione cui erano stati esclusi, cfr. Cass. 7186/11 cit.) ed anche dal parere emesso dalla autorità nazionale antidiscriminazioni che rispetto al bando in oggetto avrebbe espresso parere di discriminazione diretta (cfr. articolo dimesso da parte attrice in sede di discussione e confermato dalla parte resistente).

Ne consegue pertanto il carattere discriminatorio del comportamento della azienda sanitaria convenuta e consistito nell'aver previsto, per partecipare al bando di concorso per collaboratore professionale sanitario - infermiere pubblicato sul Bur della

Regione FVG n. 14 del 2011, il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria interpretando la disposizione nel senso di escludere i cittadini extracomunitari.

Viene quindi ordinato alla Azienda convenuta di cessare il comportamento discriminatorio indicato consentendo anche agli stranieri privi di cittadinanza italiana o comunitaria, ma regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, di partecipare al bando di concorso per assunzioni a tempo indeterminato.

Come da richiesta attorea le spese sono integralmente compensate.

P.Q.M.

dichiara il carattere discriminatorio del comportamento dall'Azienda sanitaria convenuta e consistito nell'aver previsto, per partecipare al bando di concorso per collaboratore professionale sanitario- infermiere pubblicato sul Bur della Regione FVG n. 14 del 2011, il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria; ordina alla stessa di cessare tale comportamento discriminatorio consentendo agli stranieri privi di cittadinanza italiana o comunitaria ma regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale di partecipare al bando di concorso per assunzioni a tempo indeterminato; spese compensate. [...].

Famiglia

8.

**Consiglio di Stato - sez. III
ordinanza 23.3.2012 n. 1188 - rel. Palanza**

diniego rinnovo permesso di soggiorno - presenza di figli nati in Italia - situazione assimilabile al ricongiungimento familiare, ai fini dell'applicazione dell'art. 5, co. 5, TU n. 286/1998 - comparazione tra interesse pubblico e considerazione del danno ai figli - prevalenza dell'interesse dei minori

art. 5, co. 5, TU n. 286/98

Sul ricorso numero di registro generale 1621 del 2012, proposto da [...] contro il Ministero dell'interno, la questura di Genova, [...] per la riforma della sentenza breve del Tar Liguria - Genova, sez. II n. 1382/2011, resa tra le parti, concernente rinnovo del permesso di soggiorno; [...].

Ritenuto che:

- il provvedimento debba essere valutato in sede di merito sotto il profilo della adeguatezza della motivazione in presenza di tre figli minori tutti nati in Italia, una situazione, che nella giurisprudenza di questa sezione è considerata, in determinate circostanze, assimilabile al ricongiungimento familiare ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 5, co. 5, secondo periodo, del d.lgs. n. 286/1998;

Rassegna di giurisprudenza

- nella comparazione degli interessi nella presente fase cautelare, sia prevalente la considerazione del danno dei figli minori sull'interesse pubblico sottostante al provvedimento impugnato in primo grado;

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III) accoglie l'istanza cautelare (ricorso numero 1621/2012) e, per l'effetto, sospende l'esecutività della sentenza impugnata. [...].

Penale

3.

Corte di cassazione - sez. I
sentenza 11.11/2.12.2011 n. 44904 - rel. Cassano

delitto di illecito reingresso - straniero rimpatriato prima dell'inasprimento sanzionatorio ad opera della l. 271/2004 - applicabilità del trattamento più severo introdotto dopo il rimpatrio - non estensibilità al delitto di illecito reingresso dei principi in materia di successione di norme relativi al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento

artt. 13 co. 13 e 14 co. 5 ter TU imm.; artt. 2, 3, 5 c.p.

Sul ricorso proposto da [...] avverso la sentenza n. 1137/2008 della Corte d'appello di Palermo, dell'1.3.2010; [...].

Fatto

1. Il 16.1.2008 il tribunale di Palermo assolveva, perché il fatto non costituisce reato, [...] dal reato previsto dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, co. 13, accertato in [...]. L'addebito trovava il suo fondamento nel fatto che il ricorrente era rientrato in Italia, senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno, con le false generalità di [...], dopo essere stato espulso con provvedimento del prefetto di Caltanissetta emesso nei confronti di [...] (vere generalità dell'imputato) l'1.12.1999 (notificato in pari data), effettivamente eseguito il 27.2.2004 mediante accompagnamento alla frontiera.

Il tribunale argomentava che l'imputato, espulso dal territorio dello Stato, era sicuramente rientrato in Italia in un periodo di tempo compreso tra il 27.2.2004 e il 17.10.2005, data quest'ultima in cui aveva presentato alla questura di Palermo, usando le sue vere generalità, il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari, essendo coniugato con una cittadina italiana.

Sottolineava, altresì, che, ai fini del rientro in Italia, [...] non aveva chiesto alcuna autorizzazione al Ministero dell'interno, la cui esistenza, peraltro, non era stata neppure prospettata dalla difesa.

Sulla base di queste premesse fattuali, il giudice di primo grado osservava che non si poteva escludere che [...], approfittando del fatto che il provvedimento di espulsione recava le sue false generalità, fosse riuscito ad ottenere un visto d'ingresso per motivi familiari, facendo valere il diritto all'unità familiare ex d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 28, co. 2, e che, quindi, sussistesse una situazione analoga a quella disciplinata dal d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 2, co. 1, lett. c), che, nell'aggiungere l'art. 13, co. 2, stabilisce che la norma non trovi applicazione nei confronti dello straniero già espulso ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. a), per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento familiare ai sensi del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 29.

2. L'1.3.2010 la Corte d'appello di Palermo, in riforma della decisione di primo grado, impugnata dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Palermo, dichiarava l'imputato colpevole del reato ascrittogli e, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche, lo condannava alla pena di dieci mesi di reclusione.

La Corte fondava la sua decisione sulle seguenti argomentazioni.

Il provvedimento prefettizio di espulsione, a differenza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore, non deve contenere la specifica indicazione di ogni singola conseguenza penale derivante dalla sua inosservanza. Pertanto devono trovare applicazione le regole generali circa l'obbligatorietà della legge penale vigente al momento del fatto, tra cui, in particolare, quella della inescusabilità dell'ignoranza della legge penale.

Lo straniero che, espulso dal territorio dello Stato e accompagnato alla frontiera pure in epoca antecedente all'introduzione della l. n. 271 del 2004, rientri in Italia dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina è assoggettato al più severo trattamento sanzionatorio della legge sopravvenuta e non può invocare l'ignoranza della legge penale, così come pure non può richiedere l'applicazione della norma più favorevole vigente al momento della sua espulsione.

La violazione dell'ordine di espulsione mediante intimazione ad allontanarsi nel termine di quindici giorni, come previsto dall'art. 13, co. 5, non può ritenersi sanzionata esclusivamente ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, co. 5 *ter*, ma anche ai sensi della norma tipica.

Alla diversità delle conseguenze derivanti dall'inosservanza dell'intimazione non si è mai accompagnata alcuna differenza con riguardo al divieto di rientro, una volta ottemperato l'ordine di allontanamento, né alla sanzione, in caso di violazione dello stesso. La nuova condotta risultava interamente commessa in costanza della normativa che aveva trasformata detta violazione in delitto.

3. Avverso la suddetta sentenza ha proposto ricorso per Cassazione personalmente l'imputato, il quale formula le seguenti censure.

Lamenta inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, dovendosi assimilare la posizione dell'imputato all'ipotesi disciplinata dal d.lgs. 8.1.2007, n. 5, art. 2, co. 1, lett. c).

Deduce, inoltre, inosservanza della legge penale e vizio della motivazione con riferimento al diniego della sospensione condizionale della pena.

Diritto

Il ricorso non è fondato.

1. Il d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 13, co. 13, prevedeva, in origine, come contravvenzione la condotta dello straniero già espulso ed effettivamente uscito dal territorio nazionale che, in assenza di specifica autorizzazione del Ministro dell'interno, vi rientrasse durante il periodo di interdizione di cui al successivo co. 14.

Con le modifiche apportate dalla l. 30.7.2002, n. 189 la pena - ferma restando la configurazione come reato contravvenzionale - è stata inasprita e il periodo di interdizione portato da cinque a dieci anni.

Infine, la l. 12.11.2004, n. 271, di conversione del D.L. 14.9.2004, n. 271, ha trasformato l'illecito in delitto punito con la reclusione da uno a quattro anni. Di conseguenza, il cittadino extracomunitario che, allontanato dallo Stato prima dell'entrata in vigore della l. n. 271 del 2004, vi rientri sotto la vigenza della nuova disciplina, risponde della fattispecie delittuosa, anche se in ipotesi non al corrente dell'innovazione legislativa, salvo che un'erronea, ma autorevole ed univoca "informazione" o un'altra causa analoga abbiano determinato un'inevitabile ignoranza della illiceità penale della condotta (e non già dell'entità della sanzione irrogabile).

Tale approdo ermeneutico è coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 364 del 1998) che ha chiarito che, sebbene non sia configurabile un autonomo dovere di conoscenza delle singole leggi penali, gravano (*ex art. 2 Cost.*) sui destinatari dei precetti gravano doveri di attenzione, informazione, diligenza, strumentali all'osservanza dei medesimi. La Consulta ha, inoltre, osservato che dall'adempimento o meno di tali doveri dipende la qualificazione dell'ignoranza della legge come inevitabile (e, dunque, scusabile) ovvero come evitabile (e, pertanto, inescusabile).

Ha, infine, precisato che deve di regola ritenersi inevitabile l'ignoranza allorchè l'assenza di dubbi sulla liceità del fatto dipenda dalla personale e non colpevole carenza di socializzazione del soggetto.

2. La sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione di questi principi, mettendo in luce la circostanza che la condotta illecita è stata interamente commessa in costanza della normativa, che ha trasformato la violazione in delitto, e che non poteva applicarsi in via analogica l'eccezionale disciplina derogatoria che la giurisprudenza ha individuato riguardo alla diversa figura criminosa prevista dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, co. 5 *ter*, concernente la differente ipotesi dello straniero espulso e non accompagnato alla frontiera il quale, in assenza di giustificato motivo, si intrattenga nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del co. 5 *bis*; ordine che, per quanto da quest'ultima disposizione espressamente stabilito, deve essere dato con provvedimento scritto recante l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione.

Un analogo sistema informativo non è invece previsto dal d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 13, quanto alle conseguenze del rientro dell'espulso in Italia dopo il suo defini-

tivo allontanamento, e ciò in coerenza con il suo onere di informarsi delle condizioni per il legittimo ingresso nello Stato al momento in cui questo avviene.

In tale ipotesi, quindi, riprendono pieno vigore i principi generali del codice penale (art. 3 c.p., co. 1, e art. 5 c.p.), alla stregua dei quali, così come letti e interpretati dalla Corte costituzionale, la condotta trasgressiva non è scusata nè attenuata dall'eventuale errore sulla sanzione irrogabile (sez. I, 17.6.2008, n. 25713).

3. Sotto altro profilo, criteri di interpretazione letterale e logico sistematica della disciplina in tema di immigrazione e il divieto di applicazione in via analogica di una previsione (d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 13, co. 13, così come modificato dal d.lgs. n. 5 del 2007) riservata ad una diversa situazione, di cui nella specie mancano i presupposti costitutivi, impediscono di ritenere estensibili al caso in esame le regole poste dal d.lgs. n. 5 del 2007, art. 2, co. 1, lett. c), come invece prospettato dal ricorrente.

4. Non merita accoglimento neppure l'ultima censura, atteso che la sentenza impugnata, ai fini del diniego della sospensione condizionale della pena, ha correttamente valorizzato, come desumibile dal complessivo contesto motivazionale, la qualità del reato commesso e la negativa personalità del ricorrente che ha fatto ricorso a false generalità per eludere le disposizioni in tema di immigrazione.

5. Al rigetto del ricorso consegue di diritto la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

4.

Corte di cassazione - sez. I sentenza 14.12.2011/11.1.2012 n. 265 - rel. Zampetti

delitto di illecito reingresso - reingresso in Italia per ricongiungimento con coniuge italiana in stato di gravidanza - mancanza di autorizzazione all'ingresso - non configurabilità di uno stato di necessità - rilevanza del giustificato motivo solo per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento - conferma della sentenza di condanna

art. 13 TU imm.

Sul ricorso proposto da [...] avverso la sentenza n. 357/2010 della Corte d'appello di Brescia, del 2.7.2010; [...].

Fatto

1. Con sentenza in data 2.7.2010 la Corte d'appello di Brescia, in parziale riforma della pronuncia di primo grado resa in esito a rito abbreviato, riduceva la pena a [...] a mesi 5 e giorni 10 di reclusione, per il reato di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 13, co. 13, a lui concedendo il beneficio di cui all'art. 163 c.p.

Rassegna di giurisprudenza

Rilevava invero detta Corte come fosse pacifico in fatto che l'anzidetto imputato, espulso in data 30.5.2008 con effettivo imbarco per il Paese d'origine, fosse poi rientrato senza la prescritta autorizzazione, come accertato in [...].

2. Avverso tale sentenza proponeva ricorso per Cassazione l'anzidetto imputato che motivava l'impugnazione deducendo: a) illegittimità del provvedimento di espulsione, errato nella parte relativa alle modalità di originario ingresso in Italia di esso [...]; b) giustificazione del reingresso in relazione alla necessità di ricongiunzione con la moglie italiana, all'epoca in stato di gravidanza.

3. Il ricorso, infondato, deve essere rigettato con ogni dovuta conseguenza di legge. Va dapprima rilevato come il fatto storico, così come accertato nelle sedi di merito (il regresso nei termini sopra ricordati), non sia controverso tra le parti, nè oggetto di contestazione da parte dell'odierno ricorrente.

Entrambe le deduzioni proposte in questa sede quali motivi del ricorso riproducono le tesi già proposte nei precedenti gradi del giudizio e già correttamente risolte dai giudici del merito. In ordine al primo profilo (cfr. sopra sub 2.a) va ribadito - come rilevato nelle precedenti sentenze - che il decreto di espulsione non presenta vizi evidenti rilevabili in questa sede, nè l'imputato ha potuto dimostrare una sua presenza legittima nel territorio dello Stato (nè ingresso alla frontiera, né tempestiva domanda di permesso di soggiorno) al momento (30.5.2008) dell'emanazione del decreto di espulsione e della sua esecuzione.

Va poi rilevato, comunque, che l'imputato era ben consapevole dell'esistenza del decreto di espulsione e della necessità di una specifica autorizzazione per il rientro in Italia, autorizzazione che non ha chiesto, in vigenza di un decreto di espulsione non dichiarato illegittimo. Peraltro, all'epoca, egli non aveva ancora contratto matrimonio con la cittadina italiana (come risulta dallo stesso atto di ricorso) di tal che neppure sussistevano i presupposti per l'applicazione in suo favore della condizione ostativa all'espulsione di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286, art. 19, co. 2.

Risulta infondato anche il secondo motivo di ricorso (cfr. sopra sub 2.b) posto che la condizione della moglie (in attesa di un figlio) non costituiva certo ipotesi scriminante (né specifica, né in generale). La ricongiunzione con la moglie, ovvero anche la condizione di gravidanza della stessa, avrebbero potuto formare oggetto - eventualmente - di richiesta di autorizzazione (che non è stata avanzata), ma non di consapevole violazione della normativa.

Sul punto varrà anche rilevare come l'imputato non abbia neppure prospettato tale sua posizione in termini di assoluto stato di necessità, ma solo di giustificato motivo in un quadro normativo che ragionevolmente lo riconosce per il mancato allontanamento, non per il reingresso abusivo.

In definitiva il ricorso, infondato in ogni sua deduzione, deve essere rigettato.

Alla completa reiezione dell'impugnazione consegue *ex lege*, in forza del disposto dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente [...] al pagamento delle spese processuali.

Soggiorno

2.

**Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento - sez. unica
sentenza 9.5.2012 n. 140 - rel. Pozzi**

regolarizzazione 2009 (art. 1 *ter* DL 78/2009) - diniego per ostatività conseguente a condanna per reati *ex* artt. 648 e 474 c.p. (detenzione e vendita prodotti contraffatti) - preclusione automatica - necessità di interpretazione costituzionalmente orientata della norma, in ossequio ai principi affermati dalla Corte costituzionale - illegittimità del provvedimento di diniego

regolarizzazione 2009 - diniego per condanna ostativa - necessità di analizzare il tipo di reato e il sotteso allarme sociale - reato di vendita di prodotti contraffatti - marchio come elemento di identificazione del prodotto e afferente la buona fede del commercio, entrambi rientranti nella sfera dell'ordine pubblico economico - necessaria comparazione con la disciplina dell'immigrazione - ostatività delle condanne ai fini dell'ingresso - diversa valutazione ai fini del soggiorno - rilevanza degli elementi nuovi sopravvenuti (nello specifico: attività lavorativa) - prevalenza sull'automatismo ostativo

art. 1-ter D.L. 78/2009, conv. in l. 102/2009; artt. 380 e 381 c.p.p.; artt. 648 e 474 c.p.; artt. 4, co. 3 e 5, co. 5 TU n. 286/98

Sul ricorso numero di RG. 90 del 2011, proposto da [...] contro la Provincia di Trento - Servizio lavoro, [...], il Ministero dell'interno [...] per l'annullamento del provvedimento prot. n. S021/2011/65971/24.2 della Provincia autonoma di Trento - Servizio lavoro ufficio mercato del lavoro, notificato il 15.2.2011 avente ad oggetto il diniego dell'istanza di emersione dal lavoro irregolare *ex* art. 1 *ter* l. n. 102/2009, nonché di ogni altro atto comunque connesso a quello impugnato. [...].

Fatto

Avverso il provvedimento di diniego dell'istanza *ex* art. 1 *ter* l. 102/2009 presentata, in qualità di datore di lavoro, dal sig. [...] di emersione dal lavoro irregolare avente quale beneficiario il sig. [...], quest'ultimo ricorre a questo tribunale proponendo i seguenti motivi di ricorso [...].

L'Amministrazione ha motivato il rigetto dell'istanza in base alla sussistenza di un precedente penale ostativo del sig. [...]. Al riguardo, lo stesso fa rilevare che l'unico precedente a suo carico è costituito da una sentenza del tribunale di Lamezia Terme d.d. 14.7.2010, che ha condannato lo stesso a quattro mesi di reclusione per i reati *ex* artt. 648 e 474 c.p., per aver detenuto e venduto oggetti contraffatti (orologi, occhiali, borsette, cinte). Ebbene, tale condanna, la prima ed unica a carico del sig. [...] (cfr. certificato del casellario giudiziale rilasciato in data 7.8.2010 versato in atti) è intervenuta successivamente alla presentazione della domanda di

Rassegna di giurisprudenza

emersione del settembre 2009. Pertanto, alla predetta data l'istante era in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla normativa per la conclusione del procedimento amministrativo.

Nella fattispecie, peraltro, risulta ampiamente scaduto il termine generale di novanta giorni previsto per la conclusione del procedimento dall'art. 2 della legge 7.8.1990, n. 241.

3. [...]. Il provvedimento dell'amministrazione è assolutamente carente di motivazione e ha operato un evidente travisamento del fatto. [...].

Al riguardo, parte ricorrente richiama l'ordinanza del Tar Friuli n. 100 del 24.2.2011 la quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 *ter*, co. 13, della l. 3.8.2009 n. 102, nella parte in cui dispone che non possono essere ammessi alla procedura di emersione tutti coloro che hanno subito qualsiasi condanna che rientri negli artt. 380 e 381 c.p.c., per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità e del principio di parità di cui all'art. 3 Cost.

Pur essendo pacifico, infatti, che la disciplina della permanenza degli stranieri è affidata alla discrezionalità del legislatore è altresì vero che tale discrezionalità incontra il limite della ragionevolezza, come riconosciuto dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 104 del 1969, n. 144 del 1970 e n. 62 del 1994.

Il ricorrente richiama, altresì, il precedente del Consiglio di Stato (sez. VI, n. 1031 del 2008) secondo cui la norma di cui all'art. 5, co. 5 del d.lgs. n. 286/1998, non esclude la possibilità di una deroga, in via eccezionale, ove si ravvisi la sopravvenienza di nuovi elementi, evidentemente da valutare caso per caso in rapporto ai dati emergenti dagli atti.

Sul punto si richiama anche la sentenza n. 20/2008; depositata l'8 febbraio di questo tribunale. Con particolare riguardo al suo precedente giudiziario il ricorrente osserva, poi, che nonostante i reati contestati siano due quello p. e p. dall'art. 648 c.p. e quello p. e p. dall'art. 474 c.p., trattasi tuttavia di un unico fatto materiale di non grave allarme sociale. A ciò si deve aggiungere che l'attività di vendita di prodotti contraffatti è stata del tutto abbandonata dal [...], stante la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato presso il sig. [...] in qualità di colf.

4. In subordine parte ricorrente propone istanza di remissione alla Corte costituzionale, *ex art.* 23 della legge n. 87 del 1953, sulla legittimità costituzionale dell'art. 1 *ter* co. 13 lett. "C" d.lgs. 286 del 1998 per violazione dell'art. 3 Cost. chiosando, al riguardo, la già ricordata ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del Tar Friuli n. 100 del 24.2.2011.

Le Amministrazioni resistenti si sono costituite in giudizio per contestare con ampie memorie la fondatezza del gravame. La PAT ha anche eccepito la mancata notifica del ricorso al datore di lavoro nonché il difetto di legittimazione del ricorrente, essa spettando solo al datore di lavoro richiedente la regolarizzazione del rapporto di lavoro con lo straniero.

Con ordinanza n. 28 del 2011 - confermata in sede di appello cautelare - il tribunale ha accolto l'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza del 19.4.2012 la causa, sentiti i difensori delle parti come da relativo verbale d'udienza, è stata trattenuta in decisione.

Diritto

1. L'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione dello straniero da regolarizzare è destituita, evidentemente, di fondamento.

L'interesse inciso negativamente dal diniego di formalizzazione del rapporto di lavoro sommerso è, anzitutto e principalmente, quello del lavoratore, che con il diniego si vedrà costretto a lasciare l'Italia e, comunque, a perdere l'unica (al momento) occasione di lavoro garantita e tutelata, costituente l'unica fonte di sostentamento senza possibilità di alternative immediate.

Per converso, il datore di lavoro potrà agevolmente ed immediatamente ricorrere ad un mercato del lavoro che, soprattutto in un momento di forte crisi economica, si caratterizza per un'ampia offerta.

Quanto, poi, alla mancata notifica al datore di lavoro assertivamente controinteressato, l'eccezione appare viepiù pretestuosa, essendo evidente la coincidenza di interessi di datore e lavoratore, seppure per motivi diversi, a mantenere un rapporto di lavoro regolare.

2. Il ricorso è fondato, in relazione alle particolari circostanze di fatto ed i correlati motivi con esso dedotte.

Al fine del decidere mette conto osservare che il ricorrente ha subito una condanna a quattro mesi di reclusione per i reati di cui agli artt. 648 (ricettazione) e 474, co. 2 c.p. (detenzione per la vendita, messa in vendita o altrimenti in circolazione, al fine di trarne profitto, di prodotti di cui al co. 1: prodotti industriali con marchi o altri segni distintivi, nazionali o esteri, contraffatti o alterati, per cui è prevista la reclusione fino a due anni e la multa fino a euro 20.000), per essere stato sorpreso nell'agosto 2009 nelle circostanze di aver detenuto e venduto oggetti appunto contraffatti, quali orologi, occhiali, borsette, cinte.

Vale ricordare che per i predetti reati il codice prevede la pena edittale massima, rispettivamente, di sei e due anni, mentre nella specie la condanna irrogata è stata di appena quattro mesi "in considerazione dello stato di incensuratezza e al fine di adeguare la pena al caso concreto" (così testualmente la sentenza del tribunale di Lamezia).

3. Appare altresì necessario osservare che subito dopo i fatti contestati, avvenuti come detto, nell'agosto 2009 il ricorrente aveva chiesto, tramite istanza del settembre 2009 del suo datore di lavoro, di regolarizzare la propria posizione di permanenza in Italia tramite un regolare e lecito rapporto lavorativo, indice evidente, questo, di non dimestichezza e non propensione ad attività penalmente illecite del genere di quelle contestate ed addebitate dalla sentenza di condanna dell'agosto 2010, intervenuta a distanza di quasi un anno dalla presentazione della domanda di regolarizzazione.

4. Ciò precisato ed evidenziato in via di fatto, occorre altresì ricordare che l'art. 1-ter del D.L. 1.7.2009 n. 78 (recante "Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini"), aggiunto in sede di conversione dalla l. n. 102/2009, ha previsto una speciale sanatoria (anche) dei lavoratori immigrati extracomunitari irregolari, attraver-

so un'apposita "Dichiarazione di attività di assistenza e di sostegno alle famiglie" (così la rubrica dell'articolo).

La complessa disposizione prevede infatti (co. 1 e 2) che per i lavoratori addetti ad attività di assistenza personale o familiare per patologie o handicap limitative dell'autosufficienza, ovvero a lavori domestici presenti nel territorio nazionale e qui occupati al 30.6.2012 i rispettivi datori di lavoro potevano dichiarare, dal 1° al 30.9.2009, la sussistenza del rapporto di lavoro, purché i propri dipendenti fossero già occupati anche alla data di presentazione della dichiarazione stessa.

Il co. 13 del medesimo art. 1 *ter* contiene una disposizione preclusiva alla sanatoria, stabilendo che "Non possono essere ammessi alla procedura di emersione prevista dal presente articolo i lavoratori extracomunitari: [...] c) che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per uno dei reati previsti dagli artt. 380 e 381 del medesimo codice".

Occorre subito dire che su tale disposizione si è innestato un incidente di costituzionalità sollevato dal Tar per il Friuli Venezia-Giulia, con ordinanza collegiale n. 100 del 24.2.2011. Incidente conclusosi con ordinanza della Corte 11.11.2011, n. 307, di declaratoria di inammissibilità della questione, motivata sulla circostanza che "la fattispecie normativa rilevante nel processo principale ed oggetto di censura da parte del giudice *a quo* non risulta puntualmente individuata".

In particolare, la Corte ha ritenuto che il giudice remittente non avesse specificato con la dovuta precisione le aggravanti contestate al ricorrente, riportando con la necessaria esattezza l'ipotesi di reato oggetto della sentenza di applicazione della pena, indicazione questa imprescindibile al fine di stabilire la riconducibilità del reato ad una delle due norme del codice penale di rito richiamate dal citato co. 13 dell'art. 1 *ter*. Invero - si osserva incidentalmente - la fattispecie giudicata dal Tar Friuli era assai simile ma più grave rispetto alla presente, lì trattandosi di condanna per reato di furto di merce per 25 euro di valore esposta in un grande magazzino, di cui agli artt. 624 e 625 c.p., che lo stesso tribunale aveva qualificato come episodio isolato indotto da una condizione di particolare difficoltà e necessità per mancanza di lavoro, peraltro subito superata con la ricerca e la conclusione di un rapporto di collaborazione domestica.

5. Alla luce di quanti riportato, non essendovi, pertanto, allo stato preclusioni di ordine ermeneutico, ritiene il Collegio di proporre una lettura costituzionalmente orientata della norma di sanatoria del 2009, secondo una opzione che la stessa Avvocatura Generale dello stato aveva suggerito, nel corso del giudizio di costituzionalità sollevato dal Tar di Trieste, alla stessa Corte; la quale, tuttavia, aveva respinto l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura perché il giudice *a quo* non avrebbe verificato la «possibilità di pervenire a un'interpretazione delle norme impugnate conforme a Costituzione».

La stessa Amministrazione ha, dunque, ipotizzato, seppure a fini di eccezione di rito, una possibile lettura alternativa alla teoria dell'esclusione automatica di rego-

larizzazione in connessione con tutti i reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. ed a prescindere da qualsivoglia valutazione delle complessive circostanze e situazioni che correlano la commissione di taluni fatti illeciti di non particolare gravità.

6. Vale precisare, ancora, che le ipotesi ostative alla regolarizzazione recate dall'art. 381 c.p.p., che qui rileva, sono quelle connesse alla commissione di un "delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni".

Uno dei due reati per cui il ricorrente è stato condannato - ripetesì, a quattro mesi per due (necessariamente) concorrenti reati di ricettazione e commercio di oggetti contraffatti - è quello di ricettazione, per il quale il co. 1 dell'art. 648 prevede la pena della reclusione da due ad otto anni, ma con la riduzione del massimo sino a sei anni, senza alcun minimo, ove il fatto sia di particolare tenuità: è appunto questa attenuante specifica che il tribunale penale ha applicato al ricorrente assieme alle attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p., che sono ulteriori rispetto a quelle comuni, tra le quali l'art. 62 annovera le ipotesi di "lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità".

L'ulteriore ragione ostativa sta nella previsione dell'art. 4, co. 3, del testo unico sull'immigrazione n. 286/1998, secondo cui è ostativo all'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22.4.1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli artt. 473 e 474 c.p.

7. Ciò precisato, ritiene il Collegio che a fronte della particolare fattispecie concreta portata al suo esame - ripetesì, caratterizzata dalla irrogazione di una condanna penale a pochissimi mesi per un fatto di reato del tutto isolato e che, pur nella sua gravità come ritenuta dal legislatore, nella consuetudine sociale e nella coscienza collettiva non viene avvertito di natura eccessivamente allarmante e pericolosa per l'ordine pubblico generale, se non pure per quello economico - si possa addivenire ad una lettura della riportata norma sulla sanatoria di badanti e colf extracomunitari coerente con i criteri e principi costituzionali di ragionevolezza, solidarietà e coerenza insiti nella Costituzione.

8. Punto di partenza per un tale processo ermeneutico è costituito dal disposto del co. 7 del più volte citato art. 1 *ter* del D.L. n. 78/2009, come aggiunto dalla legge di conversione n. 102, a tenore del quale "Lo sportello unico per l'immigrazione, verificata l'ammissibilità della dichiarazione e acquisito il parere della questura sull'insussistenza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno, convoca le parti per la stipulazione del contratto di soggiorno e per la presentazione della richiesta del permesso di soggiorno per lavoro subordinato".

Il richiamo ai motivi circa l'inesistenza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno pone un'evidente correlazione della disciplina della sanatoria del 2009 con quella di cui al testo unico sull'immigrazione di cui al d.lgs. n. 286/1998.

In particolare, il già citato art. 4 co. 3 del TUIM dispone che "Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti (cioè la disponibilità di adeguati

Rassegna di giurisprudenza

mezzi di sussistenza e gli altri indicati nello stesso comma) o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato [...] o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati previsti dall'articolo 380, co. 1 e 2, c.p.p. ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina [...] o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite [...] la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22.4.1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli artt. 473 e 474 c.p.”.

Questo, per quanto concerne la “ammissione” in Italia, cioè il primo ingresso dello straniero nel nostro Paese.

Quanto, invece, al “soggiorno”, l'art. 5 co. 5 dello stesso testo unico prevede che il rilascio del relativo permesso, o il suo rinnovo o la revoca di quello già rilasciato non è consentito in mancanza dei requisiti per l'ingresso e il soggiorno “e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili”.

Il successivo co. 5 *bis* - aggiunto dal co. 1, lett. b), dell'art. 2 d.lgs. 8.1.2007, n. 5 e poi modificato dalla lett. d) del co. 22 dell'art. 1 l. 15.7.2009, n. 94 - a sua volta, prevede, seppur soltanto per il permesso di soggiorno per motivi familiari, che “Nel valutare la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato [...] per l'adozione del provvedimento di revoca o di diniego di rinnovo, si tiene conto anche di eventuali condanne per i reati previsti dagli artt. 380, co. 1 e 2, e 407, co. 2, lett. a), c.p.p.: [...]”.

9. Vale anzitutto rilevare che anche su tale normativa si registrano interventi della Corte, tra cui:

- una serie di declaratorie di inammissibilità, tra le quali spicca quella disposta con sentenza 14.12.2006, n. 414, poiché il remittente Tar Lombardia aveva censurato le disposizioni in scrutinio anche per l'efficacia attribuita ad una sola condanna per reati di lieve entità, senza però fornire motivazione sulla ritenuta lieve entità dei reati che, nelle fattispecie, avrebbero precluso il rinnovo del permesso di soggiorno;

- la assai più nota sentenza 16.5.2008, n. 148, con la quale la Corte ha ritenuto sostanzialmente legittimo, sul piano costituzionale, il cosiddetto “automatismo espulsivo” insito nelle sopra citate disposizioni, non apparendo manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di “reati di non scarso rilievo” ed apparendo esso un riflesso del principio di stretta legalità costitutiva, anche per gli stranieri, garanzia contro possibili abusi od arbitrii da parte dell'autorità amministrativa.

Mette conto rilevare come il caso da cui era scaturito il giudizio incidentale di costituzionalità sopra ricordato riguardava uno dei reati previsti dalla disciplina sugli stupefacenti, per la quale la giurisprudenza anche di questo tribunale ha sempre

mostrato un atteggiamento di doveroso, assoluto ed incondizionato rigore nel valutare i provvedimenti di diniego emanati dalle questure.

10. La stessa Corte, quindi, sembra poter ammettere interpretazioni ragionevoli e coerenti con i canoni costituzionali di solidarietà e razionalità di cui agli artt. 2 e 3 Cost., in ipotesi, come quella in esame, di isolati e lievi precedenti penali, per reati che, ripetesi, a differenza del gravissimo ed allarmante fenomeno del consumo di stupefacenti ovvero di commercializzazione di oggetti contraffatti dolosamente spacciati per originali (come, ad es., i pezzi di ricambio di autoveicoli), appaiono di “scarso rilievo” (per usare la terminologia della stessa Corte) e non suscitano alcun particolare allarme sociale, come già rilevato, seppur sinteticamente, nell’ordinanza n. 28/2011 di questo TRGA concessivo della richiesta misura cautelare.

11. Non è certo questa la sede per affrontare la complessa tematica penalistica sui delitti contro la fede pubblica, con particolare riguardo a quelli di cui al Capo II, Titolo VII, Libro II c.p.

Tuttavia, il Collegio non può non rilevare - con l’insegnamento della Suprema Corte - come gli artt. 473 e 474 c.p. tutelano il marchio anzitutto come elemento di identificazione della provenienza del prodotto, consistendo la funzione naturale ed essenziale del marchio nell’individuazione dell’origine del prodotto contrassegnato, per distinguerlo senza confusione possibile da quelli di provenienza diversa. Il marchio, quindi, costituisce anzitutto garanzia di provenienza di un oggetto da un determinato produttore e, quindi, che tutti i prodotti che ne sono contrassegnati sono stati fabbricati o forniti sotto il controllo di un’unica impresa alla quale possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità: cfr. il codice della proprietà industriale, di cui al d.lgs. 10.2.2005, n. 30, che ha abrogato il R.D. 21.6.1942, n. 929; Cass. civ. sez. I, n. 4034 del 6.12.1974; Corte giustizia CE 23.5.1978, n. 102/77, Hoffmann - La Roche, 18.6.2002, n. C299/99, Philips, 17.3.2005, n. 228, The Gillette Company e Gillette Group Finland Oy contro LA-Laboratories Ltd Oy; decimo considerando della direttiva del Consiglio 21.12.1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d’impresa; Corte giustizia CE sez. III, 17.3.2005, n. 228.

Tuttavia, sebbene la funzione principale del marchio sia, come si è detto, quella di individuare la provenienza del bene e, quindi, una sua qualità intrinseca, di carattere complessivo (qualità dei materiali, resistenza, funzionalità, originalità del design, ecc.), esso in determinate circostanze e per certe modalità di commercializzazione può assumere anche diversi ruoli, laddove rappresenti non la “firma” del produttore e la conseguente bontà intrinseca, bensì una caratteristica meramente estetica o descrittiva del prodotto (cfr. Cass. pen. sez. V, 20.12.2011, n. 47081, *sub* punti 4, 5 e 6 della motivazione).

In effetti, chi vende per poche decine di euro falsi orologi o borse da donna marchiati con il logo di notissime case produttrici su una bancarella improvvisata, assemblata con qualche cassetta di frutta sul ciglio di una strada non pone in essere una “condotta idonea ad ingenerare, nel consumatore medio, confusione in ordine all’origine

ed alla provenienza del prodotto” (Cass. pen. sez. II, 3.6.2010, n. 25073). Infatti, il popolo numeroso degli acquirenti di quella merce “taroccata” ha la piena consapevolezza che non si tratta di originali e tuttavia li acquista per ostentarli narcisisticamente come originali: la fede carpita non è quella dell’acquirente, ma quella dei suoi frequentatori.

12. Certo, non ignora il Collegio l’ulteriore indirizzo del giudice penale, secondo il quale l’art. 474 c.p. prevede una fattispecie di reato plurioffensivo, il quale tende non soltanto a scongiurare l’inganno dei consumatori, ma anche ad evitare l’usurpazione del segno distintivo, dalla cui diffusione deriva la compromissione dell’affidabilità dei prodotti autentici.

In base alla predetta osservazione la stessa giurisprudenza evidenzia come la possibilità di confusione sulla bontà e genuinità del prodotto vada vista con riferimento non al momento dell’acquisto, concluso, come già osservato innanzi, in particolari condizioni (per lo più mercatini rionali, ambulanti e a prezzo nettamente inferiore a quello dei prodotti originali), ma alla visione degli oggetti nel loro successivo utilizzo, rispetto al quale la grossolanità dovrebbe essere valutata in rapporto ad un numero indistinto di soggetti e perciò, come tale, in concreto non apprezzabile (Cass. pen. sez. II, n. 22343 dell’11.6.2010; sez. V, n. 33324 dell’11.8.2008; n. 31451/2006; n. 22543/2006; n. 34652/2005; n. 49835/2004; n. 39863/2001; n. 13031/2000; n. 3028/99).

Quindi, il reato in parola atterrebbe principalmente alla lesione al patrimonio e al credito industriale, la quale avviene mediante l’offesa arrecata alla fede del commercio; e questa lesione giuridica sarebbe più importante della tutela della buona fede individuale sulla bontà del prodotto (quasi sempre assente nelle ipotesi qui in rilievo), dando il carattere speciale al reato (cfr. Cass. pen. sez. V, 22.11.2005, n. 41756). Non v’è dubbio, quindi, che la tutela approntata dalle norme penali attenga soprattutto alla sfera dell’ordine pubblico economico, il quale notoriamente trascende quella meramente patrimoniale dell’individuo (Cass. pen. sez. II, 8.4.2011, n. 15834).

13. Tuttavia, pur nella consapevolezza e nell’assoluto e doveroso rispetto delle predette acquisizioni del giudice penale, ritiene il Collegio che esse - ripetesì, in casi assolutamente eccezionali e di specie, come quello all’esame - possa adeguatamente raccordarsi con la speciale disciplina sull’immigrazione.

A tale riguardo non va dimenticato che l’automatismo espulsivo previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 del TUIM n. 286/1998, come via via novellati, può subire, in ipotesi assolutamente specifiche ed eccezionali, una limitata attenuazione attraverso l’inciso finale del co. 5 del citato art. 5 “sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili”.

Ritiene il Collegio che il “fatto nuovo” successivo alla lievissima sentenza di condanna a 4 mesi di reclusione del ricorrente ben possa essere costituito dall’immediato abbandono dell’attività illecita e la contestuale ricerca e instaurazione di un rapporto di lavoro, per la cui emersione e regolarizzazione è stata ap-

punto emanata la speciale norma della legge n. 102 del 2009, la cui finalità di sanatoria a fini di sostegno delle economie familiari attraverso la formalizzazione di rapporti di lavoro, rischierebbe di essere vanificata a fronte di casi come quello di specie. 14. Ritiene pertanto il Collegio di mantenere ferma, in punto di diritto, la posizione della giurisprudenza necessariamente e giustamente severa del giudice amministrativo circa la ostatività alla permanenza del territorio nazionale dei reati previsti dalle disposizioni relative alla tutela del diritto di autore, di cui alla legge n. 633 del 1941 e agli artt. 473 e 474 c.p.; giurisprudenza peraltro attinente a fattispecie diverse, per gravità, a quella in oggetto (Cons. giust. amm. sic., 15.9.2011, n. 560; Tar Lazio Roma sez. II *quater*, 31.7.2009, n. 7752; Cons. Stato sez. VI, 24.4.2009, n. 2560; Tar Lazio Roma sez. II *quater*, 31.7.2009, n. 7752; Tar Toscana Firenze sez. I, 19.12.2006, n. 7695).

Al contempo, però, non può non registrare la previsione normativa di una possibile deroga, in via eccezionale, ove si ravvisi la “sopravvenienza di nuovi elementi” da ritenere idonei ad elidere il fatto ostativo alla permanenza in Italia, evidentemente da valutare caso per caso, in rapporto alle circostanze concrete caratterizzanti la posizione dello straniero ed ai dati emergenti dagli atti (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 20.4.2006, n. 2199; 17.5.2006, n. 2866, 27.6.2006, n. 4108; 17.5.2006, n. 2866).

D'altra parte, in una vicenda analoga alla presente lo stesso Consiglio di Stato ha rilevato che le norme sull'immigrazione appaiono frutto di bilanciamento fra una “politica dell'accoglienza” fondata anche sulla possibilità di recupero sociale di chi sia incorso, per necessità e del tutto occasionalmente, in vicende penalmente rilevanti ed una “politica del rigore”, che punti ad inserire nel tessuto sociale solo i numerosissimi lavoratori stranieri, che offrano le migliori garanzie di positivo apporto e migliore inserimento nella collettività; bilanciamento che è stato assicurato dallo stesso legislatore attraverso il rilievo - si sottolinea ancora una volta eccezionale e a fronte di casi specifici di particolare meritevolezza - di nuove circostanze sopravvenute alle condotte illecite che, come quelle ravvisabili nel caso di specie, siano tali da attenuare od annullare il giudizio di disvalore riconducibile a singole condotte devianti, ovvero tali da giustificare, in via eccezionale, quell'inserimento dello straniero nel territorio nazionale, perseguito dalla normativa e che appaia già positivamente in atto (cfr. Cons. St., sez. VI, 11.3.2008, n. 1031).

15. Anche di recente e sempre in via di assoluta straordinarietà, lo stesso giudice d'appello ha ammesso la rilevanza, a fini di rilascio del permesso di soggiorno, di fatti sopravvenuti a circostanze ostative al predetto rilascio, costituite dall'intervenuta instaurazione di un regolare rapporto di lavoro in assenza di elementi di pericolosità o allarme sociale a carico dello straniero (Cons. Stato sez. VI, 11.5.2011, n. 2791).

Si tratta di riferimenti pienamente calzanti al caso di specie, nel quale il ricorrente è stato colpito da una condanna di lievissima entità e per un solo isolato atto di vendita di oggetti contraffatti, risalente all'agosto 2009, seguito a pochissima distanza

Rassegna di giurisprudenza

dal chiaro, certo e documentato intento di voler intraprendere un'attività lavorativa del tutto regolare.

In conclusione, meritano accoglimento le censure dedotte con il terzo motivo, con assorbimento delle restanti censure e, per l'effetto, il ricorso va accolto con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese possono compensarsi in relazione alla specificità e parziale novità delle questioni.

P.Q.M.

il tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento (sez. unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento in epigrafe indicato. Spese compensate. [...].