

**La declaratoria d'incostituzionalità della presunzione di pericolosità del richiedente soggiorno che abbia commesso uno dei reati di cui all'art. 73 co. 5 del DPR 309/90 e all'art 474 c.p.**

Ali Abukar Hayo

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario: 1. Il perimetro della sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale 2. Gli interessi in conflitto nel caso di diniego del permesso di soggiorno 3. Il giudizio prognostico alla base del provvedimento amministrativo di diniego 4. Inadeguatezza della presunzione assoluta nella generalità dei casi di giudizio prognostico di pericolosità della persona

**ABSTRACT**

Le presunzioni legislative di pericolosità personale sono state guardate con progressivo disfavore e l'ordinamento penalistico, nel corso degli anni, se ne è disfatto quasi del tutto. In campo amministrativo, ne è venuto meno un residuo frammento con la sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2023, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 co. 3, D. l.vo 286/98, nella parte in cui, connettendo automaticamente il diniego del permesso di soggiorno alla condanna per i reati di cui agli artt. 73 co. 5, DPR 309/90 e 474 c.p., presumeva per ciò stesso che il reo fosse pericoloso. La Consulta ha valorizzato i criteri che la Corte EDU ha posto a fondamento della valutazione giudiziale e/o amministrativa sui requisiti necessari per il permesso, i quali fanno rinvio a circostanze storico-concrete ed elementi individualizzanti, sfuggenti a ogni possibile generalizzazione di legge.

\*\*\*\*\*

The legal presumptions of personal dangerousness have been increasingly disfavored, and the criminal system, over the years, has largely gotten rid of them. In the administrative field, a residual fragment has been eliminated with the judgment of the Constitutional Court no. 88 of 2023, which declared the constitutional illegitimacy of Article 4, paragraph 3, D. L.vo no. 286/98, to the extent that it automatically linked the denial of a residence permit to a conviction for offenses under Articles 73, paragraph 5, DPR 309/90, and Article 474 of the Criminal Code, presuming thereby that the offender was dangerous. The Constitutional Court has emphasized the criteria that the European Court of Human Rights has established as the basis for judicial and/or administrative evaluation of the necessary

requirements for the permit, which refer to historical-concrete circumstances and individualizing elements that escape any possible generalization of the law.

### 1. Il perimetro della sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale

La terza sezione del Consiglio di Stato sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286<sup>1</sup>, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione e all'art. 8 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU). Il Giudice amministrativo censurava la disposizione perché includeva la condanna per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del DPR 9 ottobre 1990, n. 309<sup>2</sup>, nonché per il reato di cui all'art. 474 c.p., tra i fatti automaticamente ostativi al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno<sup>3</sup>. Il Giudice rimettente si doleva che i due anzidetti reati fossero accomunati ad altri di ben maggiore gravità (come quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., oppure, a titolo esemplificativo, i reati «diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite»), in relazione alla medesima efficienza ostativa automatica. Ne risultava violato il principio di proporzionalità<sup>4</sup>, posto che, a presupposti tanto diversificati, corrispondeva la medesima inibizione al godimento di un diritto di libertà. Si aggiungeva, peraltro, che l'automatismo disposto dal menzionato comma 3, teoricamente mitigabile, ai sensi del comma 5 del medesimo art. 4 - in ragione della «natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine», nonché, per il richiedente già soggiornante, «della durata del suo soggiorno»<sup>5</sup> - non poteva in alcun modo essere mitigato nel caso di specie, poiché l'appellante non aveva legami familiari in Italia.

<sup>1</sup> Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18.08.1988, n. 139 ed entrato in vigore il 02.09.1998.

<sup>2</sup> Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 31 ottobre 1990, n. 255.

<sup>3</sup> La questione fu rimessa alla Consulta con due distinte ordinanze, iscritte ai numeri 97 e 99 del registro 2022. L'ordinanza n. 97 poneva la questione di costituzionalità, per l'inclusione, tra i fatti automaticamente ostativi al rilascio o rinnovo del permesso, della condanna per il reato di cui all'art. 73, comma 5 del DPR 309/90; l'ordinanza n. 99, per il reato di cui all'art. 474 c.p.. L'automatismo ostativo era legato a due diverse tipologie di condanna: anche non definitiva, per il reato di c.d. "piccolo spaccio" di sostanze stupefacenti; invece irrevocabile, per il reato di "introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi".

<sup>4</sup> Osserva il Giudice rimettente che non si tratta solo di un principio dottrinale o giurisprudenziale, bensì di un criterio direttamente cogente, essendo stato recepito dall'art. 5 TFUE.

<sup>5</sup> Cfr. pag. 8 della citata sentenza.

Il Giudice rimettente, in sintesi, censurava l'automatismo ostativo, basato su una presunzione assoluta di pericolosità, ritenendola ingiustificata - alla luce del criterio enunciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013 - tutte le volte in cui possa risultare «agevole [...] formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»<sup>6</sup>.

Con la sentenza n. 88/2023, la Corte costituzionale, ritenendo fondata la questione sollevata dal Consiglio di Stato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4, comma 3 e 5, comma 5, del D. l.vo 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno quelle menzionate (art. 73, comma 5, DPR 309/90 e art. 474 c.p.). Si fa leva sull'arresto della grande camera della Corte EDU del 18 ottobre 2006 nel caso *Üner* contro Olanda<sup>7</sup>, che individua specificamente i criteri che consentono di valutare se la misura dell'allontanamento dello straniero possa considerarsi "necessaria" e proporzionata: natura e serietà del reato commesso dallo straniero, durata del suo soggiorno sul territorio nazionale, tempo trascorso dalla commissione del reato, nazionalità delle persone coinvolte, situazione familiare del richiedente. Tali criteri - osserva la Corte - «presuppongono la conoscenza e la valutazione ad ampio raggio della situazione individuale dello straniero colpito dal provvedimento restrittivo, rifuggendo dal meccanismo automatico delle presunzioni assolute»<sup>8</sup>. La declaratoria del Giudice delle leggi è pienamente condivisibile, anche perché può idealmente inserirsi nel seno di un orientamento generale che preclude al legislatore la possibilità di disporre presunzioni assolute di pericolosità della persona, penalmente rilevanti<sup>9</sup>. Nel caso

<sup>6</sup> Cfr. pag. 4 della citata sentenza.

<sup>7</sup> Sentenza della *Grand Chamber* nel caso *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII. La successiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha confermato l'orientamento; da ultimo con la sentenza *Otite v. United Kingdom* [GC], no. 18339/19, ECHR 2022.

<sup>8</sup> Cfr. pag. 4 della citata sentenza.

<sup>9</sup> La Corte costituzionale in tempi recenti, con sentenza 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253, Pres. Lattanzi, Red. Zanon, ha eliminato una delle ultime forme di presunzione assoluta di pericolosità (dei condannati per reati ostativi non collaboranti). Sul punto cfr. S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord pen*, in *www.sistemapenale.it*, 28 gennaio 2020; A. DELLA BELLA, *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*, in *www.sistemapenale.it*, 16 aprile 2020. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 2020 (dep. 27 gennaio 2020), n. 3309, Pres. Mazzei, Rel. Minchella, ric. Spampinato; Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2020 (dep. 12 febbraio 2020), n. 5553, Pres. Siani, Rel. Magi, ric. Grasso, in C.E.D. Cass. n. 279783-01. Sulla giurisprudenza precedente della

specifico la presunzione legislativa non dava luogo a sanzioni penali, ma solamente al provvedimento amministrativo di rigetto; si può cogliere comunque una certa assonanza tra la sentenza *de qua* e quelle precedenti della Consulta riguardanti fattispecie penalistiche<sup>10</sup>.

## 2. Gli interessi in conflitto nel caso di diniego del permesso di soggiorno

Il permesso di soggiorno degli stranieri extracomunitari è condizionato alla presenza di una serie di requisiti, dei quali non ci occupiamo in questa sede, e all'assenza di un elemento inibitorio, cui limitiamo le nostre considerazioni. S'intende che, laddove concorrano tutti i requisiti positivi, il rifiuto del permesso, configurandosi come inibizione al godimento di un diritto fondamentale della persona<sup>11</sup>, deve trovare giustificazione nella sussistenza di un interesse superiore della *res publica*. Nel bilanciamento degli interessi in conflitto, lo Stato deve far valere un interesse ostativo di rango superiore, in mancanza del quale risulterebbe violato un diritto soggettivo della persona, senza alcuna ragione.

Da questa breve e, per certi versi, ovvia premessa, possiamo trarre qualche indicazione. Un primo criterio ermeneutico ci dice che solo un pericolo alla pacifica convivenza dei *cives* può giustificare l'inibizione; un secondo criterio ci permette di valutare la consistenza del pericolo e compararlo al sacrificio del diritto di libertà del privato. I due criteri sono interconnessi; concettualmente distinti, nella dinamica dell'esegesi concreta sovrapposti l'un l'altro. Nel giudizio di bilanciamento, che soppesa i beni in conflitto, posto che, sul versante della *res privata* grava un sacrificio della libertà personale particolarmente rilevante, sul versante della *res publica* deve venire in considerazione il bene giuridico della sicurezza e della pacifica convivenza dei cittadini.

È appena il caso di sottolineare che il soggiorno della persona in un determinato luogo non coincide con una visita turistica. Tutti gli interessi duraturi e

Corte, tendente a ridurre i margini delle presunzioni di legge in materia di pericolosità della persona, cfr. successiva nota 14.

<sup>10</sup> Cfr. precedente nota 9 e successiva nota 14.

<sup>11</sup> Nella questione del permesso di soggiorno non è implicato solo il diritto di circolazione, ma tutto il complesso della vita privata della persona; sicché il diniego di permesso, nella maggior parte dei casi, riveste natura afflittiva, assimilabile in senso lato a quella "punitiva". Non per nulla Il Collegio rimettente (Consiglio di Stato) ha preso in considerazione il parametro dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 della Convenzione per i Diritti dell'Uomo (CEDU), evidenziando che la giurisprudenza della Corte europea connette il diritto di soggiornare con l'identità fisica e sociale della persona umana, insuscettibile di definizione esaustiva, in quanto vi si ricomprende il diritto ad una vita sociale, ossia il diritto a partecipare alla crescita della società. Cfr. pag. 5 citata della sentenza.

tendenzialmente permanenti della persona, da quelli affettivi, ai familiari, sociali, lavorativi, sono legati al territorio di stabile dimora; cosicché il divieto di soggiorno, incidendo pesantemente nelle scelte di vita del soggetto, riduce in maniera corposa non solo la libertà di movimento, ma anche quella più generale, ossia la possibilità stessa di realizzare la propria personalità. Ciò è vero in ogni caso, ma è vero a maggior ragione quando è in ballo il rinnovo del permesso e perciò si verte nell'ipotesi in cui il soggetto abbia già soggiornato in un determinato luogo e vi abbia già fissato la sua stabile dimora per un periodo non trascurabile. In questo caso, la rinuncia ai propri affetti personali e al proprio progetto di vita, legati alla permanenza nel territorio eletto a stabile dimora, risulta ancora più penosa rispetto alla rinuncia all'ingresso in un territorio ancora estraneo e, per certi versi, sconosciuto.

La rilevanza dell'interesse sacrificato postula altrettanta e altrettanta rilevanza dell'interesse pubblico che prevale nel giudizio di bilanciamento. Siamo convinti perciò che l'interesse della *res publica*, che possa giustificare il divieto di soggiorno in presenza dei requisiti positivi, deve consistere nella neutralizzazione di un pericolo che investe l'ordinata e pacifica convivenza dei *cives*. Tutti i reati offendono, in qualche modo, l'ordine costituito (in generale) e un interesse giuridicamente tutelato (nello specifico), ma certamente i reati c.d. bagatellari e di lieve entità destano un allarme sociale poco significativo o pressoché nullo. Dunque, il grado dell'offesa è fondamentale per giustificare il sacrificio del diritto soggettivo.

Ma, a nostro avviso, la questione non è solo di grado dell'offesa, ma anche di direzionalità offensiva. Essendo in ballo il soggiorno della persona nel territorio dello Stato, ossia la permanenza per un periodo considerevole, deve emergere che tale permanenza rappresenti un pericolo per la *res publica*. E deve trattarsi di un pericolo per l'intera collettività<sup>12</sup>, non già di un pericolo diretto a un ordine "periferico e delimitato" dei variegati interessi pubblici. Per esempio, la violazione delle norme riguardanti la sicurezza del lavoro, ancorché fosse grave al punto da essere sanzionata penalmente, non potrebbe essere considerata un'insidia alla civile convivenza. Desterebbe un allarme sociale quasi insignificante, perché in ogni caso procede da un'attività economica lecita e socialmente utile, nell'ambito della quale si costituiscono rapporti giuridici di lavoro e si perseguono regolari finalità di

<sup>12</sup> Infatti l'art. 4, comma 3, del D. l.vo 286/98 dispone che non sia «ammesso in Italia lo straniero che sia considerato *una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato* o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone». Se ne desume che il denominatore comune di tutte le fattispecie ostative al permesso di soggiorno risiede appunto nel pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

produzione e commercio. Nel caso esemplificato, l'irregolarità attiene solo alle modalità esecutive dell'attività economica lecita, la quale in sé e per sé risulta apprezzata dalla società e dal mercato. È evidente che la convivenza civile non subirebbe alcun turbamento significativo dal soggiorno di un soggetto che avesse violato le anzidette regole (attinenti alla prevenzione degli infortuni sul lavoro), giacché il soggiornante avrebbe commesso siffatto reato, già opportunamente sanzionato, solo se fosse inserito nel circuito delle attività economiche lecite e socialmente apprezzate.

Dalla superiore esemplificazione emerge che la cornice edittale della sanzione, indicativa della gravità astratta del fatto di reato, non è tuttavia sufficiente di per sé a indicare l'entità e l'effettività del pericolo corso dal consesso sociale, in caso di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno in favore del reo. Si può enunciare un criterio di massima, in ragione del quale si può ritenere ragionevole e proporzionato inibire il soggiorno solo a quei soggetti che abbiano commesso reati contro i beni primari della convivenza civile, da cui sia possibile dedurre un giudizio prognostico di pericolosità del soggiorno. Enunciata in questi termini, la nostra questione richiama, in qualche modo, quella di fondo: se e fino a che punto il giudizio prognostico di pericolosità possa essere fondato su presunzioni di legge<sup>13</sup>. Alla fine, la domanda che riassume il nocciolo della questione potrebbe essere la seguente: i parametri astratti del legislatore sono adeguati a supportare un giudizio prognostico di pericolosità della persona? Tale giudizio non postula l'esame di molteplici variabili storico-concrete, le quali per loro natura sfuggono alla tipizzazione della norma legislativa, necessariamente astratta?

<sup>13</sup> A. CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro*, in *Arch. pen.*, 2/2022, p. 3, in proposito osserva che è molto diffuso un certo scetticismo circa la verificabilità dei presupposti della declaratoria di pericolosità (in senso proprio); «ci si chiede in sostanza se sia davvero realistica l'operazione di riconoscere la 'probabilità' che un soggetto 'commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati', come prevede l'art. 203 c.p.. In effetti, un significativo ostacolo all'attendibilità di questa valutazione dipende dalla natura di prognosi, che la differenzia dall'accertamento fattuale». A prescindere dalle conseguenze sanzionatorie, tutti i giudizi prognostici, per loro stessa natura, sono pregni di una certa dose di "incertezza", la quale mal si concilia con le presunzioni legislative. Sul punto F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in *Pericolosità e giudizio penale*, a cura di Pavarini-Stortoni, Bologna, 2013, 23 ss.; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University press, 2014; ID, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di Pavarini - Stortoni, Bologna, 2013, p. 117 ss.; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personale*, Milano, 1977, 52 ss.; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, 1983, 29.

### 3. Il giudizio prognostico alla base del provvedimento amministrativo di diniego

È chiaro che la nostra questione non verte sulla “pericolosità sociale” in senso stretto (ex art. 203 c.p.); il divieto del permesso di soggiorno non è legato a una dichiarazione formale di *persona socialmente pericolosa*; è chiaro altresì che non sono qui in ballo le sanzioni penali delle misure di sicurezza, né le sanzioni amministrative delle misure di prevenzione di cui al D. l.vo 159/2011, legate all’istituto giuridico della pericolosità sociale, tipica e nominata<sup>14</sup>; ma è chiaro tuttavia che si verte in un ambito molto prossimo, caratterizzato da un *fumus* di “pericolosità” incombente, e comunque in un ambito, nel quale è necessario operare una sorta di giudizio prognostico. Infatti, il rifiuto del permesso non può essere giustificato in veste di sanzione (impropria) del fatto commesso, dunque con riferimento al passato, bensì tutt’al più come strumento di prevenzione del pericolo di reiterazione di reati dello stesso tenore, dunque con riferimento al futuro, prevedibile ovviamente sulla base del passato. Il fatto del passato è assunto come sintomo di una personalità non tranquillante, sicché il soggiorno viene visto come insidia alla pacifica convivenza dei *cives*.

Delle due l’una: o si ammette la natura sanzionatoria del rifiuto del permesso di soggiorno, o se ne riconosce la natura cauzionale e preventiva. Nel primo caso, la previsione legislativa astratta di tutti i casi di rifiuto sarebbe pienamente giustificata, giacché compete al legislatore prevedere la sanzione corrispondente ai tipi astratti di reato. Ma questa strada risulta particolarmente impervia dal punto di vista logico-giuridico, in ossequio ai principi generali, perché, in base all’ipotesi di partenza, la sanzione per il reato commesso è stata già irrogata dal Giudice nella sua interezza; pertanto dovremmo supporre che un frammento di risposta sanzionatoria dello Stato, relativa al reato commesso, sia rimasto “sospeso” in un limbo senza nome e senza confini, sottratto alla cognizione del Giudice; ma supporre l’esistenza di una sanzione suppletiva, non prevista come tale nell’ordinamento giuridico, andrebbe a impingere col principio di tassatività del fatto e della sanzione.

<sup>14</sup> Alla declaratoria giudiziale di pericolosità sociale (tipica e nominata ex art. 203 c.p.) consegue la comminazione della sanzione penale denominata “misura di sicurezza”. Sul punto R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere, (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 717; A. CALABRIA, *Pericolosità sociale, Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 451 ss.; V. ONIDA, *Le misure di sicurezza detentive: un tema trascurato*, in *Misure di sicurezza e vulnerabilità: la detenzione in casa di lavoro*, a cura di De Vanna, Modena, 2020, p. 33; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 107 ss.; Cfr. anche bibliografia citata in nota precedente. Sulle misure amministrative di prevenzione cfr. successive note 18 e 19.

Sempre con riferimento alla vita anteatta del richiedente, si potrebbe astrattamente pensare che il permesso sia una sorta di “premio”, che postula un particolare “merito”. A questa stregua, il richiedente non meriterebbe il premio, in ragione della commissione del reato commesso. Anche in questa logica, la previsione legislativa di tutte le fattispecie di reato, la cui commissione giudizialmente accertata facesse venir meno la meritevolezza, avrebbe pienamente senso. Il rifiuto del permesso-premio sarebbe radicato nel vissuto del richiedente; lo sguardo al passato, e non già la previsione del futuro, giustificerebbe il “premio”; ne deriva che il legislatore sarebbe pienamente titolato a prevedere in astratto tutti i presupposti in positivo e in negativo del permesso di soggiorno. Si tratterebbe pur sempre di una sanzione, sia pure in senso molto lato, la quale condividerebbe con la sanzione in senso stretto la natura di conseguenza del passato. Non si sanzionerebbe il fatto (passato) *apertis verbis*; tuttavia, il fatto o i fatti passati sarebbero rilevanti come condizione (presente-assente) del “premio”.

Alla configurazione premiale del permesso di soggiorno corrisponderebbe la valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione sui requisiti di merito, la quale sconfinerebbe nel mero arbitrio. Il richiedente non avrebbe diritto al permesso/premio, bensì alla mera aspettativa di un “premio”, subordinato a un atto concessorio della pubblica amministrazione, col quale si riconosce una particolare condizione di meritevolezza del richiedente. Il possesso dei requisiti sarebbe una condizione necessaria ma non sufficiente per conseguire il permesso di soggiorno, proprio perché il “premio”, per sua stessa natura, non è destinato a tutti, ma ai soli “meritevoli” e dunque la condizione del “premiato” risulta, in ultima analisi, differenziata rispetto a quella degli altri richiedenti. Con tutta evidenza sarebbe violata la *par condicio civium* e lo stesso principio di legalità dell’attività amministrativa. In questa logica, la condizione soggettiva del richiedente non sarebbe qualificabile come “diritto”, sia pure affievolito, e nemmeno come interesse legittimo, essendo esposta alla discrezionalità dell’autorità pubblica; il che contraddice l’unanime orientamento giurisprudenziale<sup>15</sup>. Ne deriva che giammai il

<sup>15</sup> La Corte costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 244 del 1974, ha evidenziato che lo straniero non ha un diritto pieno e incondizionato di ingresso e soggiorno nel territorio dello stato, equivalente a quello del cittadino italiano, ma ne può godere “solo conseguendo determinate autorizzazioni”. Ne deriva, secondo la giurisprudenza di legittimità, che la condizione soggettiva del richiedente soggiorno può qualificarsi come diritto affievolito o interesse legittimo (Cass. pen., Sez. I, del 01 aprile 2004, n. 6370, in *Foro It.*, 2005, 1, 506). La Consulta ha successivamente precisato, con la sentenza n. 62 del 1994, che la regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali la sicurezza e la sanità

permesso di soggiorno può essere considerato un premio elargito. Peraltro, la legislazione italiana conosce alcune tipologie specifiche di permesso "premiale", nei casi in cui non ricorrano le condizioni del permesso ordinario, ma ne ricorrano altre che rendono onore e lustro, particolari e specifici, al richiedente<sup>16</sup>. Se dunque ha natura premiale il permesso speciale, non può essere contestualmente premiale quello generale.

Avendo escluso la natura premiale del permesso e quella sanzionatoria del rifiuto di permesso, non rimane che prendere atto della natura cauzionale e preventiva di siffatto rifiuto. Lo sguardo dell'Autorità che emette un provvedimento di diniego è inevitabilmente volto al futuro e dunque il diniego può essere giustificato solo dall'implicita "declaratoria" che la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato venga a turbare l'ordine della pacifica convivenza, in ragione del pericolo di futuri reati. L'assunto implicito, sul quale si basa il diniego, si configura dunque come una declaratoria di pericolosità personale, sia pure atipica e impropria. Il che ci pone innanzi alla domanda se e fino a che punto sia giustificata la presunzione legislativa di pericolosità.

Rispondiamo subito che il problema non si pone per i reati particolarmente gravi, i quali destano un rilevante allarme sociale, automatico e inevitabile. Il legislatore ne ha ben donde, per esempio, nel presumere che la commissione di un omicidio, destando un allarme sociale molto rilevante, induca nei consociati un sentimento generalizzato di pericolo per la pacifica convivenza. Questo sentimento costituisce già di per sé un significativo turbamento dell'ordine pubblico, sicché la presunzione legislativa che impone il rifiuto del permesso di soggiorno, da parte dell'Autorità amministrativa, nel caso esemplificato, ha una *ratio* giustificativa ineccepibile. Il vero problema si pone per i reati di minor gravità, i quali destano un allarme sociale minimo o del tutto irrilevante. È questo il caso dei reati previsti

pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale. Le Sezioni Unite, pur escludendo che lo straniero vanti un diritto soggettivo all'ottenimento del visto d'ingresso (preliminare al permesso di soggiorno), riconoscono in ogni caso la titolarità di un interesse legittimo (S. U., 25 marzo 2005, n. 6426, in C.E.D. Cass. n. 579987). In relazione al respingimento o all'espulsione dello straniero, la giurisprudenza di legittimità sottolinea che l'autorità amministrativa competente (Prefetto) non ha alcun potere discrezionale, ma deve adottare il provvedimento solo nel caso di ingresso nel territorio dello Stato in violazione dei controlli di frontiera (Cass. Sez. I, 06 febbraio 2004, n. 2256, in C.E.D. Cass. n. 575392).

<sup>16</sup> Gli artt. 18, 18 *bis* e 19 del Testo Unico (sull'immigrazione e la condizione degli stranieri) disciplinano il permesso di soggiorno per "casi speciali", fra i quali si ricomprende il permesso rilasciato per "atti di particolare valore civile", avente natura "premiale" per eccellenza.

dall'art. 73, comma 5, del DPR 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo Unico in materia di stupefacenti) e dall'art. 474 c.p.. Il primo, denominato anche "piccolo spaccio", indubbiamente appartiene a un ambito in sé e per sé non rassicurante; tuttavia si connota per la sua lieve entità offensiva. Tra tutti i reati in materia di stupefacenti, è quello meno grave e meno allarmante, non connettendosi a fenomeni di delinquenza associata e, a maggior ragione, organizzata. Il secondo è ancora meno gravido di pericolosità, dal momento che il "corpo del reato" è una cosa di comune utilità, il cui marchio risulta contraffatto. Il reo ha venduto una cosa, delle cui caratteristiche, il più delle volte, il compratore è pienamente consapevole. Tale piccolo commercio, per certi versi, può dirsi perfino socialmente tollerato, dal momento che il consenso negoziale del compratore non viene estorto con violenza o raggirio. In ogni caso l'allarme sociale è pressoché irrilevante, perché il commercio di questo tipo ha per oggetto vere utilità, ossia cose di uso comune (ancorché contraffatte), non già cose intrinsecamente dannose-pericolose per la salute del compratore e per l'ordine pubblico.

La commissione di tali reati, per una ragione e per l'altra, non può essere assunta a sintomo, necessario e sufficiente, di pericolosità; tutt'al più può essere presa in considerazione, insieme ad altri elementi, ai fini del giudizio prognostico *de quo*. In altri termini, sui reati menzionati non può fondarsi una presunzione assoluta, che attribuisca alla persona un connotato inevitabile di pericolosità. Solo l'esame di altri concorrenti parametri ci può dire se il soggiorno del reo possa ritenersi a tal punto pericoloso, che il suo diritto al soggiorno, sussistente in virtù dei presupposti e requisiti di legge, possa soccombere di fronte all'interesse della *res publica* all'ordinata convivenza civile.

#### **4. Inadeguatezza della presunzione assoluta nella generalità dei casi di giudizio prognostico di pericolosità della persona**

In verità, è pensabile che in tutti i giudizi prognostici, non solo in quello che ci occupa, il legislatore debba intervenire *cum grano salis*, affidandosi, in misura preponderante, alla valutazione dell'Autorità giudiziaria o amministrativa. Nel valutare il passato, il legislatore ha innanzi a sé tutti gli elementi del giudizio di bilanciamento, che gli consentono di modulare la sanzione in relazione al fatto accaduto. Il fatto già accaduto è immobilizzato e l'oggetto osservato non può mutare; sicché se ne possono trarre tutte le conseguenze del caso; quel fatto si presta dunque alla sussunzione sotto un tipo astratto, descritto dal legislatore. Laddove invece il fuoco dell'osservazione è diretto sui fatti che potrebbero accadere, risulta evidente che il fatto accaduto offre solo un punto di osservazione, non lo spettro intero dei "dati sensibili".

In primo luogo, si deve tener conto che la prognosi potrebbe mutare in considerazione di elementi nuovi; in questo senso, si potrebbe dire che il giudizio prognostico viene sempre emesso con la clausola, implicita o esplicita, *rebus sic stantibus*. A prescindere da ciò, si sottolinea che il giudizio prognostico, per sua natura, verte sull'uomo, piuttosto che sui fatti. Gli eventi futuri, proprio perché non ancora accaduti, possono essere considerati possibili o probabili, solo in quanto sia possibile o probabile un determinato comportamento dell'uomo, che cagiona quegli eventi. Insomma, la possibilità-probabilità-prevedibilità, che verte sui fatti umani, è una categoria concettuale al cui centro si situa l'osservazione della personalità dell'uomo, il cui comportamento potrebbe essere causa di quei fatti. Orbene la complessità della personalità umana fa sì che lo spettro di osservazione debba essere il più largo possibile, ai fini dell'emissione del giudizio prognostico. Quanto più grande potrà essere il campo di osservazione e quanto più numerosi saranno gli elementi di valutazione, tanto più il giudizio potrà dirsi fondato e verosimile. Ne deriva che il reato commesso (fatto accaduto) può senz'altro offrire uno spunto di giudizio, ma è bene che siano presi in considerazione altri elementi, i quali sfuggono alla generalizzazione e alla tipizzazione *ex ante* del legislatore. Tali elementi compongono un mosaico unico e irripetibile, legato alle vicende concrete della vita della persona sottoposta al giudizio prognostico. Ovviamente tali elementi concreti, molteplici e variegati, mal si prestano alla generalizzazione astratta della norma legislativa, cosicché è opportuno che il legislatore si limiti a enunciare dei criteri di giudizio, ma non abbia la pretesa di indicare presuntivamente i presupposti necessari e sufficienti della prognosi di pericolosità.

L'osservazione è valida, in linea di massima, per tutti i casi nei quali è necessario formulare un giudizio di tal fatta. Non per nulla il discernimento giudiziale è stato ritenuto essenziale e imprescindibile per dichiarare la pericolosità sociale del reo, ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza. Il castello delle presunzioni assolute di pericolosità della persona si è sgretolato progressivamente; inizialmente sotto i colpi della Corte costituzionale e successivamente per intervento diretto del legislatore. Oggi è sempre rimessa al prudente apprezzamento del

Giudice l'irrogazione della misura di sicurezza<sup>17</sup>. Al contempo le misure amministrative di prevenzione, aventi natura afflittiva e "similpenale", possono essere comminate dal Giudice, ovviamente sulla base dei criteri indicati dal legislatore, ma giammai per effetto di presunzioni legislative<sup>18</sup>. Infatti, solo dall'esame delle circostanze concrete dei fatti di reato, dalle frequentazioni personali e dalle abitudini di vita del soggetto si può dedurre se le fonti della sua sussistenza siano in tutto in parte derivate da traffici illeciti<sup>19</sup>. La commissione di una certa tipologia di reati è la condizione necessaria, ma non sufficiente, perché il soggetto sia considerato pericoloso. In buona sostanza, sempre e comunque i giudizi prognostici di pericolosità sono stati affidati al discernimento giudiziale di molteplici elementi storico-concreti, di per sé sfuggenti alla generalizzazione astratta del legislatore. Nell'ordinamento penitenziario, residuava una presunzione legislativa di pericolosità per il soggetto sottoposto alla sanzione dell'ergastolo

<sup>17</sup> In una prima fase la Corte costituzionale ritenne legittime le presunzioni legislative, fondate sul principio dell'*id quod plerumque accidit*. Con la sentenza n. 1 del 1971, in *Giur. cost.*, 1971, 10 ss., fu dichiarata, per la prima volta, l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità operante nei confronti del minore di anni 14. Con la sentenza n. 139 del 1982, in *Giur. Cost.*, 1982, 1220, la Consulta ritenne illegittima la presunzione relativa al perdurare del vizio di mente; con la sentenza n. 249 del 1983, in *Giur. Cost.*, 1983, 1, 1498 ss., dichiarò l'incostituzionalità della presunzione, relativa all'applicazione della misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia, per l'infermo e il semi-infermo di mente. Sulla scorta delle indicazioni della Corte, il meccanismo presuntivo fu eliminato del tutto con la legge Gozzini, n. 663 del 1986. Fu stabilito che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa»; sul punto A. CALABRIA, *op. Cit.*, p. 456. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e del quadro normativo, cfr. G. MELANI, *La funzione dell'OPG. Aspetti normativi e sociologici*, in *L'altro diritto*, 2014.

<sup>18</sup> Sui caratteri generali delle misure amministrative, per tutti E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra l'accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Milano, 2021. Sulla natura afflittiva e l'efficacia interdittiva, incapacitativa e inabilitativa cfr. V. N. D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in *Archivio penale*, 2020/3.

<sup>19</sup> A ben vedere, il sospetto di fondo che il soggetto sia abitualmente dedito a traffici illeciti costituisce il denominatore comune di tutti i presupposti di legge delle misure di prevenzione (propriamente dette), dal quale trae giustificazione, almeno implicitamente, anche il diniego di permesso del quale ci occupiamo in questa sede. Non per nulla, tra i requisiti del permesso è ricompreso un reddito minimo di sussistenza, che possa affrancare lo straniero dalla "necessità" di trarre i suoi mezzi di sostentamento dai traffici illeciti. Sui fondamenti giustificativi delle misure di prevenzione, rinviamo ai nostri precedenti lavori e alla bibliografia ivi citata; A. ABUKAR HAYO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discriminare tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro*, in *Arch. pen.*, 3/2017; ID., *L'ambigua natura della sorveglianza speciale tra prevenzione e sanzione*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 317 ss.

ostativo (al godimento dei permessi premiali). Oggi la portata della presunzione è stata ridimensionata con sentenza della Corte costituzionale<sup>20</sup>.

Faceva eccezione, fino all'emissione della sentenza *de qua*, e fa tuttora parzialmente eccezione<sup>21</sup> solo quella prognosi di pericolosità, impropria e innominata, insita nel rifiuto del permesso. Orbene la sentenza *de qua* ha opportunamente ridimensionato la gamma di presunzioni legislative a fondamento del rifiuto. L'orientamento della Corte è senz'altro ragionevole, per i motivi già espressi, sintetizzabili nell'opportunità di "immaginare" il futuro, sulla scorta di elementi variegati e concreti; ma anche per un motivo ulteriore: che il rifiuto del permesso ha una carica "afflittiva" troppo diversificata in relazione alle circostanze concrete di vita del richiedente. Non tutti i rifiuti, alla stessa maniera e con pari intensità, riducono lo spazio di libertà, ostacolano la realizzazione personale e frustrano le aspettative esistenziali del richiedente. Laddove l'impossibilità di soggiornare comporta la recisione di legami familiari, saldi e cementati nel tempo, l'afflizione che subisce il richiedente è senz'altro superiore rispetto a quella che subisce il soggetto privo dei medesimi legami; così pure si differenzia la condizione di chi ha un rapporto di lavoro legato al territorio rispetto alla condizione di chi non ha alcun rapporto. Si può passare da un'afflizione pari a zero a uno sconvolgimento gravissimo e irreversibile della vita di relazione, familiare, affettiva, lavorativa, amicale, del richiedente, il quale, pur rimanendo formalmente libero, patisce l'annullamento del suo progetto di vita e perde gli strumenti per realizzare la sua

<sup>20</sup> Cfr. nota 9.

<sup>21</sup> Con il ridimensionamento dovuto alla sentenza in parola, sussiste ancora la presunzione di pericolosità a carico del richiedente che abbia commesso i reati previsti dall'art. 4 comma 3 DPR 286/98: "Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che *risulti condannato*, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, *per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati 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*. Impedisce l'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 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale, nonché dall'articolo 1 del decreto legislativo 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'articolo 24 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773".

personalità. Le diversificate condizioni di vita del richiedente non possono essere schematicamente catalogate dal legislatore, solo l'Autorità amministrativa può prendere in considerazione tutte le variabili del caso. Ne deriva che l'esigenza di proporzionalità può essere rispettata solo da un provvedimento amministrativo, fondato su presupposti concreti e individualizzati.

A nostro avviso, la declaratoria della Corte costituzionale, nella stessa misura in cui allarga il campo di valutazione dell'Autorità amministrativa, chiamata a provvedere sulla richiesta di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, restringe al contempo la cognizione del Giudice amministrativo, perché le questioni che afferiscono alla durata del soggiorno nel territorio nazionale, alla situazione familiare, alla vita di relazione del richiedente, al suo inserimento (eventuale) nei circuiti dell'illegalità etc., implicano in qualche modo una valutazione di merito dell'autorità amministrativa, sfuggente al sindacato di legittimità, se non manifestamente illogica e contraddittoria. In questo quadro, i vizi di legittimità, da proporsi con ricorso al TAR, potranno consistere in gravi e palesi violazioni dei canoni di ragionevolezza e proporzione. Ne consegue che l'Autorità amministrativa potrà comunque valutare l'*opportunità* di negare il permesso al richiedente che abbia commesso il reato di cui all'art. 73 co. 5 del DPR 309/90 o all'art. 474 c.p., il quale, per esempio, tragga i suoi proventi da traffici illeciti e non sia inserito stabilmente nel contesto territoriale e sociale; il *quid novi* risiede nel fatto che non sarà vincolata a emanare un provvedimento di rigetto per una presunzione assoluta di pericolosità (sia pure in senso lato), dichiarata incostituzionale con la sentenza menzionata.