

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1508 del 2010, proposto da:*****,
rappresentato e difeso dall'avv. Brunella Crecchi, con domicilio eletto
presso Segreteria T.A.R. in Firenze, via Ricasoli n. 40;

contro

Ministero dell'interno, in persona del Ministro in carica, rappresentato
e difeso dall'Avvocatura distr.le dello Stato di Firenze, domiciliataria
per legge;

per l'annullamento, previa sospensione,

del decreto di archiviazione del procedimento per rilascio del permesso
di soggiorno emesso dal Questore della Provincia di Pisa il 28/05/10 e
notificato in data 18/06/10.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2011 il dott.
Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che il ricorrente impugna il decreto in epigrafe con cui si è
disposta l'archiviazione del procedimento per rilascio del permesso di
soggiorno a conclusione del procedimento di emersione dal lavoro
irregolare di cui all'art. 1 ter, l. n. 102/2009;

Rilevato che il provvedimento è motivato con riferimento all'esistenza,
in capo allo straniero beneficiario della regolarizzazione, di una
sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Pisa per il reato previsto e
punito dall'art. 14, co. 5 ter, del d.lgs. n. 26/1998;

Considerato che questa Sezione, nell'esame delle istanze cautelari
incidentali ai ricorsi proposti avverso i provvedimenti che hanno
determinato l'arresto del procedimento di emersione per la presenza di

una condanna per il reato ex art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286/1998 ritenuta ostativa alla regolarizzazione in base all'interpretazione costantemente seguita dall'Amministrazione degli Interni, ha - con un orientamento consolidato - accolto le istanze medesime sulla base di un'interpretazione del medesimo art. 14 costituzionalmente orientata;

Considerato che il Collegio, dovendosi definitivamente pronunciare sul merito non ravvisa ragioni per mutare il proprio orientamento, ancorché la questione è stata successivamente favorevolmente decisa sotto diverso profilo, nell'ambito dei contenziosi pendenti innanzi alla giurisdizione amministrativa, dall'intervento della sentenza dell'Adunanza Plenaria 10 maggio 2011 n. 8;

Considerato, pertanto, di dovere ribadire che la condanna irrogata per il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286/1998 non può ritenersi rientrante tra quelle ostative all'emersione del lavoro irregolare, ai sensi dell'art. 1-ter, comma 13, lett. c), del d.l. n. 78/2009, convertito con l. n. 102/2009;

Considerato, infatti, che la disposizione da ultimo citata fa rinvio alle condanne "per uno dei reati previsti dagli artt. 380 e 381" del codice di procedura penale, reati in presenza dei quali si procede, com'è noto, all'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza, e che sono individuati mediante il criterio alternativo del riferimento alla pena edittale, ovvero dell'indicazione nominativa;

Considerato che il delitto di cui al citato art. 14 comma 5-ter, pacificamente non ricadente nell'art. 380 c.p.p., ma astrattamente riconducibile all'art. 381 c.p.p. quanto alla pena edittale, è stato sottratto all'ambito operativo della previsione codicistica sull'arresto facoltativo per espressa iniziativa del legislatore, il quale, per i casi di ingiustificato trattenimento nel territorio dello Stato, ha inteso prevedere l'arresto obbligatorio, all'uopo modificando il comma 5-quinquies del medesimo art. 14 mediante l'art. 1 del D.L. n. 241/04, donde dal rilievo emerge la specialità della fattispecie di arresto obbligatorio in esame, che, trovando una sua autonoma previsione normativa, non si dimostra sic et simpliciter assimilabile a quelle che tale copertura trovano negli artt. 380 e 381 c.p.p., con la conseguenza che ad essa neppure sembra potersi estendere il rinvio - di stretta interpretazione - contenuto nel sopra menzionato art. 1-ter comma 13 lett. c);

Considerato che, d'altro canto, a tale conclusione non ostano ragioni di fondo attinenti ad una presunta comunanza di ratio fra le diverse ipotesi nelle quali l'ordinamento prevede l'arresto obbligatorio o facoltativo, stante la conclamata peculiarità dei fini perseguiti attraverso l'inasprimento delle sanzioni penali sancite dall'art. 14 comma 5-ter e comma 5-quinquies, che, come autorevolmente osservato, vanno individuati nel controllo dei flussi migratori e nella disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale, a prescindere dalla intrinseca pericolosità dei soggetti e delle condotte regolamentate (cfr. Corte Cost. 15 luglio 2004, n. 223);

Considerato, altresì, sempre sul piano sistematico, che le espulsioni disposte ai sensi dell'art. 13 comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 286/98 rappresentano autonoma causa ostativa all'emersione, oltre a costituire uno dei possibili presupposti del reato di cui si discute, dal che

discende che annettere efficacia ostativa anche a quest'ultimo significa recuperare la preclusività di fattispecie di espulsione non comprese nella previsione dell'art. 1-ter comma 13 lett. a) del D.L. n. 78/09, in contraddizione con una selezione già effettuata a monte dalla legge;

Considerato, su tale punto, che se i casi di espulsione disciplinati dall'art. 13 comma 2 lett. c) d.lgs. n. 286/98, pur contemplati dall'art. 14 comma 5-ter dello stesso decreto, sono di per sé preclusivi alla regolarizzazione dello straniero - al pari delle ipotesi di cui al comma 1 del medesimo art. 13 - a prescindere dal successivo intervento di una condanna penale per violazione dell'ordine di allontanamento dal territorio nazionale, deve reputarsi che il legislatore abbia consapevolmente inteso escludere l'efficacia ostativa delle rimanenti ipotesi di espulsione, intento che verrebbe invece vanificato dalla (indebita, per le ragioni sopra esposte) inclusione del reato ex art. 14 comma 5-ter fra quelli impeditivi dell'emersione;

Considerato che in ragione di quanto sopra rilevato, il ricorso è comunque da accogliere per l'erronea interpretazione degli artt. 380 e 381 in riferimento all'art. 1-ter, comma 13, lett. c), del d.l. n. 78/2009, convertito con l. n. 102/2009;

Considerato, tuttavia, che per completezza occorre dare anche rilievo all'intervento della sentenza 28 aprile 2011 in causa C-61/11 PPU della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in sede di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato istitutivo, nella quale la Corte ha affermato l'immediata applicabilità della Direttiva 2008/115, una volta inutilmente decorso il termine fissato per il recepimento da parte dello Stato Italiano, essendo le disposizioni di cui agli artt. 15 e 16 sufficientemente precise ed incondizionate, concludendo la Corte che: " ... la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.";

Considerato che in tal senso è il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria emesso con la sentenza 10 maggio 2011 n. 8 nella quale l'alto Consesso giurisdizionale amministrativo ha sostenuto che la previsione della fattispecie penale di cui all'art 14, comma 5 ter e le conseguenti condanne, non essendo più compatibile con la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio, impone al giudice nazionale, in conformità con l'orientamento costantemente seguito dalla Corte di Lussemburgo (a partire dalla sentenza Simmenthal in causa 106/77), e dalla stessa Corte costituzionale italiana (con la sent. n. 170 del 1984 e successive), di assicurare la "piena efficacia" del diritto dell'Unione, negando l'applicazione, nella specie, dell'art. 14, comma 5-ter, in quanto contrario alla normativa dettata dalla Direttiva n. 115 del 2008, suscettibile di diretta applicazione, la qual cosa si traduce nella disapplicazione della legge interna incompatibile con l'ordinamento comunitario (Corte Cost. n. 168 del 1991), concludendo l'Adunanza di dovere ritenere, a seguito dell'entrata in vigore della normativa comunitaria, che il reato previsto dalla disposizione sopra citata, concreti la fattispecie disciplinata dall'art. 2, comma 2, del codice

penale, la quale ha effetto retroattivo ai fini dell'esecuzione della condanna e dei relativi effetti penali i quali non possono non riverberarsi sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato;

Considerato che l'estensione retroattiva di tali effetti è consentita dal fatto che la posizione giuridica di parte ricorrente in ordine al procedimento di emersione è ancora sub iudice e quindi non è ancora definita, donde appare inapplicabile il principio del tempus regit actum a sostegno della legittimità del provvedimento impugnato, per cui, non diversamente da quanto accade a seguito dell'accoglimento della questione incidentale di legittimità costituzionale, è da ritenere che le disposizioni espunte dall'ordinamento per effetto della diretta applicabilità di norme comunitarie non possano più essere oggetto di applicazione, anche indiretta, nella definizione di rapporti ancora sub iudice;

Considerato, in ultimo, che la regolamentazione dello straniero non regolarmente soggiornante è stata recentemente modificata, in attuazione della richiamata direttiva europea, con l'art. 3 del d.l. 23.6.2011 n. 89, convertito con modifiche dall'art. 1 della legge 2.8.2011 n. 129, che non prevede più per la violazione dell'ordine di allontanamento dal territorio nazionale l'irrogazione di una sanzione detentiva;

Considerato, in conclusione, che il ricorso deve essere accolto con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato, disponendosi, tuttavia, la compensazione delle spese attesa la complessità delle questioni interpretative emerse, fatto salvo il contributo unificato, come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo **accoglie** e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Spese compensate fatto salvo il contributo unificato, come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2011

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)