

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 29 di A.P. del 2011, proposto da: ***** , rappresentato e difeso dall'avv. Marco Favini, con domicilio eletto presso Segreteria Sezionale Cds in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE I n. 04694/2010, resa tra le parti, concernente della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA SEZIONE I n. 04694/2010, resa tra le parti, concernente RIGETTO ISTANZA DI EMERSIONE DA LAVORO IRREGOLARE

Visti il ricorso in appello 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 nella camera di consiglio del giorno 2 maggio 2011 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Barbieri.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 1270 del 2010 presentato al Tar Lombardia, sede di Brescia il signor ***** ha impugnato il diniego di emersione del lavoro irregolare del cittadino marocchino ***** su istanza ex art. 1 ter legge n.102/09, emesso dal Prefetto di Mantova in data 4.10.2010 sul presupposto che l'istante era gravato da un precedente penale ostativo, consistente in una sentenza di condanna a mesi 5 e giorni 10 di reclusione emessa dal Tribunale di Mantova in data 19.6.2007, per il reato di violazione all'ordine di espulsione previsto dall'art. 14, co. 5 ter, d.lgs. 286/98.

Il ricorso è stato respinto, e il sig. ***** ha proposto appello al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale per la riforma della sentenza previa sospensione dell'efficacia.

2. Con sentenza 18 marzo 2011 n. 1653 la Terza Sezione di questo Consiglio, postasi d'ufficio la questione della ammissibilità dell'appello, la ha risolta in senso affermativo, e, inoltre, considerato

il permanere dei contrasti giurisprudenziali riscontrati in merito all'interpretazione del citato art. 1-ter, comma 13, della legge n. 102 del 2009, di cui l'Adunanza Plenaria aveva dato atto con le ordinanze n. 912-917 del 21 febbraio 2011, ha rimesso l'appello a questo Consesso, a norma dell'art. 99, comma 1, c.p.a..

La questione è stata iscritta al ruolo della camera di consiglio dell'Adunanza Plenaria del 2 maggio 2011.

L'Avvocatura Generale dello Stato ha depositato memoria per contrastare le tesi dell'appellante.

Alla camera di consiglio del 2 maggio 2011 l'Adunanza Plenaria, avendone preventivamente avvisato i difensori presenti, e ritenendo sussisterne i presupposti, ha proceduto alla decisione dell'appello nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

3.. L'appello deve essere accolto.

Occorre ricordare preliminarmente, pur nella concisione propria della sentenza in forma semplificata, i dubbi interpretativi manifestatisi in giurisprudenza, che hanno indotto la Sezione a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria. Essi si riferiscono al disposto di cui all'art. 1-ter, comma 13, lett. c), della legge n. 102 del 2009, che inibisce la regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno dei reati previsti dagli articoli 380 (arresto obbligatorio in flagranza) e 381 (arresto facoltativo in flagranza) del medesimo codice.

L'Amministrazione dell'interno ritiene che, tra i detti reati, vada ricompreso il delitto di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio.

Secondo alcune pronunce, tale delitto, oltre a non essere espressamente menzionato nelle due disposizioni di rinvio (artt. 380 e 381 c.p.p.), non potrebbe pacificamente ascriversi tra quelli di cui all'art. 380 c.p.p., per difetto della previsione di una pena edittale non inferiore nel minimo a cinque anni, e neppure tra quelli di cui all'art. 381, in quanto comportante l'arresto obbligatorio.

Altre decisioni, invece, hanno condiviso la tesi dell'Amministrazione, nel senso che l'ipotesi delittuosa in questione può legittimamente farsi rientrare tra i delitti di cui all'art. 381 c.p.p., in ragione della previsione di una pena superiore nel massimo ai tre anni.

4.1. Ritiene tuttavia il Collegio che il rilevato contrasto interpretativo abbia perduto di attualità e di rilevanza ai fini della definizione del giudizio.

Già con le ordinanze n. 912-917 del 21 febbraio 2011 l'Adunanza Plenaria, delibando, in sede meramente cautelare, analoghe vertenze, aveva dato atto della complessità intrinseca del problema interpretativo, segnalando - fra l'altro - che sulla sua soluzione poteva incidere anche il decorso del termine (il 24 dicembre 2010) per il recepimento della Direttiva del

Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008 n. 2008/115/CE (recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare). Si era in presenza, infatti, di una sopravvenienza normativa di matrice comunitaria nella materia de qua, le cui disposizioni risultavano sufficientemente precise e incondizionate, e, come tali, suscettibili di immediata applicazione negli Stati membri, secondo i principi ormai consolidati del diritto comunitario. Poteva quindi derivarne il venir meno dell'efficacia di precetti della corrispondente disciplina dettata dalla legge nazionale italiana sull'immigrazione, in quanto non compatibili con gli artt. 15 e 16 della Direttiva, e segnatamente dell'art. 14, comma 5-ter del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, dalla cui applicazione è sorto il ricordato contrasto giurisprudenziale.

Tale ipotesi, infatti, è stata portata all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in sede di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato istitutivo, con ordinanza della Corte d'appello di Trento del 2 febbraio 2011.

La Corte del Lussemburgo, accolta la domanda di procedura di urgenza, si è pronunciata con sentenza 28 aprile 2011 in causa C-61/11 PPU.

Premesso che - afferma la sentenza - sussistono le condizioni per ritenere l'immediata applicabilità della Direttiva 2008/115, posto che è inutilmente decorso il termine fissato per il recepimento da parte dello Stato Italiano, e che le disposizioni di cui agli artt. 15 e 16 si presentano sufficientemente precise ed incondizionate (parag. 45-46), la decisione così conclude: " ... 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."

4.2. L'Adunanza Plenaria è dell'avviso il detto pronunciamento abbia rilievo decisivo ai fini della definizione del presente appello.

La vicenda in esame trae origine dalla circostanza che il legislatore italiano, nell'esercizio di una facoltà espressamente stabilita dalla Direttiva n. 115 del 2008 (art. 4, comma 3, in tema di disposizioni più favorevoli), ha previsto il beneficio della emersione del lavoro irregolare, con effetto estintivo di ogni illecito penale e amministrativo (art. 1-ter, comma 11, l. n. 102 del 2009), a favore di una limitata cerchia di lavoratori, ma anche dei rispettivi datori di lavoro, che li impiegano per esigenze di assistenza propria o di familiari non pienamente autosufficienti o per lavoro domestico.

Tale misura, tuttavia, non può essere concretamente accordata dall'Amministrazione ove sia stata emessa condanna dello straniero interessato per il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, più volte citato, che, come si è visto, punisce lo straniero che non abbia osservato l'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato.

Ma la previsione di tale fattispecie penale, e le conseguenti condanne, non sono più compatibili con la disciplina comunitaria delle procedure di

rimpatrio.

In conformità, infatti, all'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), anche la recentissima sentenza comunitaria afferma che è compito del giudice nazionale 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.

"L'effetto di tale diretta applicazione- ha puntualizzato la Corte - non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario." (Corte Cost. n. 168 del 1991).

Deve concludersi che l'entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l'abolizione del reato previsto dalla disposizione sopra citata, e ciò, a norma dell'art. 2 del codice penale, ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali.

Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato.

4.3. La conclusione cui il Collegio perviene non è ostacolata in modo persuasivo dalla tesi, prospettata dall'ordinanza di rimessione, secondo cui, per il principio *tempus regit actum*, sarebbero da ritenere comunque legittimi gli atti amministrativi adottati antecedentemente al mutamento della normativa.

Il principio *tempus regit actum* esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irretrattabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento. Tale la circostanza, evidentemente, non si verifica ove, come nella specie, siano stati esperiti gli idonei rimedi giudiziari volti a contestare l'assetto prodotto dall'atto impugnato.

Non diversamente da quanto accade a seguito dell'accoglimento della questione incidentale di legittimità costituzionale, benché sulla base di una differente ricostruzione dei rapporti tra le diverse fonti coinvolte, 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*.

5. E' il caso di sottolineare che gli effetti della pronuncia, non conformi all'originario disegno del legislatore italiano, ben avrebbero potuto essere evitati ove, nel non breve lasso di tempo disponibile, si fosse provveduto al recepimento della direttiva, adottando misure compatibili con i relativi dettami.

5. Le spese dei due gradi di giudizio vanno poste a carico dell'Amministrazione soccombente, come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo **accoglie** e, per l'effetto annulla il provvedimento impugnato in primo grado;

condanna la parte resistente alla rifusione delle spese dei due gradi del giudizio in favore dell'appellante e ne liquida l'importo in euro 3.000,00, oltre gli accessori di legge;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato
Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione
Gaetano Trotta, Presidente di Sezione
Stefano Baccharini, Presidente
Pier Luigi Lodi, Presidente
Rosanna De Nictolis, Consigliere
Marco Lipari, Consigliere
Marzio Branca, Consigliere, Estensore
Francesco Caringella, Consigliere
Anna Leoni, Consigliere
Maurizio Meschino, Consigliere
Sergio De Felice, Consigliere
Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2011

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

Il Dirigente della Sezione