

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 1475 del 2010, proposto da:\*\*\*\*\*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Giovanni Marchi e Marco Parducci, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Firenze, via Por Santa Maria 8;

**contro**

Ministero dell'Interno, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso la cui sede sono domiciliati per legge in Firenze, via degli Arazzieri 4;

**per l'annullamento,**

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento 7.6.10, Prot. n. \*\*\*, notificato il giorno 18.7.2010 (doc. 2), lo Sportello Unico per l'Immigrazione di XXXX, asseritamente in persona del Dirigente, respingeva la predetta dichiarazione di emersione dal lavoro irregolare ritenendo ostativa la condanna riportata dal medesimo \*\*\*\*\* con sentenza definitiva alla pena di mesi 5 e giorni 10 di reclusione per il reato p. e p. dall'art. 14 comma 5 ter D.Lgs. n. 286/98, "così come ribadito dal Ministero dell'Interno con propria circolare 000183 del 17/03/2010".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

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 alla stregua dell'interpretazione costantemente seguita dall'Amministrazione degli Interni - ha, con un orientamento

consolidato, accolto le istanze medesime sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 14 co. 5-ter;

- che il Collegio, dovendosi definitivamente pronunciare sul merito, non ravvisa ragioni per mutare il proprio orientamento, ancorché la questione sia 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;

- che, pertanto, deve innanzitutto ribadirsi come la condanna irrogata per il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del D.Lgs. n. 286/1998 non possa ab origine 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: la disposizione da ultimo citata, infatti, 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; tuttavia, il delitto di cui all'art. 14 co. 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. Il rilievo evidenzia la specialità della fattispecie di arresto obbligatorio in esame, che, trovando una sua autonoma copertura 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);

- 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);

- che altresì, sempre sul piano sistematico, 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: ne 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. Se, in altri termini, 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 D.Lgs. n. 286/98, 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;

- 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. Per completezza, non può peraltro farsi a meno di dare rilievo all'intervenuta pronuncia della Corte di Giustizia UE, la quale, con sentenza 28 aprile 2011 in causa C-61/11 PPU, ha affermato l'immediata applicabilità nell'ordinamento nazionale - una volta inutilmente decorso il termine per il recepimento - della Direttiva 2008/115, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Per quel che rileva ai fini della presente controversia, la Corte, chiamata ad esprimersi in via pregiudiziale sulla compatibilità con la Direttiva predetta della previsione sanzionatoria dettata proprio dall'art. 14 co. 5-ter, ha infatti concluso 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";

- che al pronunciamento del giudice europeo ha ritenuto di adeguarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale a proprie volta, con la nota decisione 10 maggio 2011 n. 8, ha affermato come la riconosciuta incompatibilità comunitaria della fattispecie penale in questione imponga 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 co. 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). L'Adunanza Plenaria ha quindi concluso doversi 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;

- 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;

- che in ultimo, per inciso, 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;

- che, in conclusione, il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato, disponendosi, tuttavia, la compensazione delle spese data la complessità delle questioni interpretative emerse, e fatto salvo il diritto dei ricorrenti al rimborso dell'importo versato a titolo di contributo unificato, secondo quanto disposto dall'art. 13 co. 6-bis.1 del D.P.R. n. 115/2002;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, **accoglie** il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Dichiara compensate le spese del giudizio, condannando le amministrazioni resistenti alla rifusione dell'importo corrisposto dai ricorrenti a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 co. 6-bis.1 D.P.R. n. 115/2002.

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 18/10/2011

IL SEGRETARIO

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