

N. 00771/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01535/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1535 del 2010, proposto da:

- Ali Haboussi e Fathi Abd El Azziz Ali El Sayed Amr, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Cosimo Palazzo e Ivan Matteo Lombardi, ed elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Milano, Piazza Giuseppe Grandi n. 3;

contro

- il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, e domiciliato per legge presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

- l'U.T.G. – Prefettura di Como, in persona del Prefetto pro-tempore;

per l'annullamento, previa sospensione,

- del decreto prot. n. P-CO/1/N/2009/101841, emesso dalla Prefettura di Como, in data 11 maggio 2010 e notificato in data 21 maggio 2010, con il quale è stata rigettata l'istanza di emersione dal lavoro irregolare, presentata in data 17 settembre 2009 dal sig. Ali Haboussi a favore del sig. Fathi Abd El Azziz Ali El Sayed Amr;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ivi compresa la circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento per la Pubblica Sicurezza, n. prot. 0001843 del 17 marzo 2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza n. 771/2010 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il referendario Antonio De Vita;

Udito, all'udienza pubblica del 17 gennaio 2011, il procuratore delle parti ricorrenti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 28 giugno 2010 e depositato il 10 luglio successivo, è stato impugnato il decreto prot. n. P-CO/1/N/2009/101841, emesso dalla Prefettura di Como in data 11

maggio 2010 e notificato in data 21 maggio 2010, con il quale è stata rigettata l'istanza di emersione dal lavoro irregolare, presentata in data 17 settembre 2009 dal sig. Ali Haboussi a favore del sig. Fathi Abd El Azziz Ali El Sayed Amr, nonché la circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento per la Pubblica Sicurezza, n. prot. 0001843 del 17 marzo 2010.

Avverso i predetti provvedimenti vengono dedotte le censure di violazione di legge per non riconducibilità del reato di cui alla prima parte dell'art. 14, comma 5-ter, del D. Lgs. n. 286 del 1998 agli artt. 380 e 381 c.p.p.

Il reato per cui è stato condannato il ricorrente Fathi Abd El Azziz Ali El Sayed Amr, ossia l'indebito trattenimento nel territorio dello Stato, ex art. 14, comma 5-ter, del D. Lgs. n. 286 del 1998, contrariamente a quanto sostenuto nel provvedimento impugnato e nel parere della Questura di Como, non dovrebbe essere considerato ostativo ad una conclusione favorevole della procedura di emersione, visto che non sarebbe riconducibile né alla previsione dell'art. 380 c.p.p. – che riguarda i reati con una pena edittale superiore a quella prevista per il reato commesso dal ricorrente sopra richiamato, pur prevedendo l'arresto obbligatorio in flagranza – né alla previsione di cui all'art. 381 c.p.p. – che riguarda i reati con una pena edittale assimilabile a quella del reato di immigrazione clandestina, con la differenza rispetto a quest'ultimo della previsione dell'arresto facoltativo in flagranza. Del resto, una diversa interpretazione, quale

quella adottata dall'Amministrazione, si presterebbe ad una censura di costituzionalità, visto che darebbe luogo ad una palese violazione del principio di ragionevolezza.

Inoltre viene dedotta l'omissione della motivazione.

La motivazione del provvedimento impugnato, fondandosi soltanto sul parere negativo della Questura di Como, non avrebbe indicato i presupposti di fatto e le ragioni di diritto posti alla base dello stesso.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Interno, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 771/2010 è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 17 gennaio 2011, su richiesta del procuratore delle parti ricorrenti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare va evidenziato come l'impugnazione congiunta del provvedimento di diniego della procedura di emersione attivata dai ricorrenti e della circolare ministeriale n. prot. 0001843 del 17 marzo 2010, in applicazione dell'art. 13, comma 3, del cod. proc. amm., darebbe luogo ad un'ipotesi di competenza inderogabile del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, visto che ci si trova al cospetto anche di un atto di provenienza statale, avente efficacia su tutto il territorio nazionale; tuttavia, "la nuova disciplina della competenza, ivi compresi i modi di rilevabilità di cui

all'art. 15 c.p.a., [è] applicabile solo ai processi instaurati sotto la sua vigenza, e cioè a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, 16 settembre 2010, dovendosi intendere "instaurati" i ricorsi per i quali a tale data sia intervenuta la prima notifica alle controparti con cui si realizza la "proposizione del ricorso" [, con la conseguenza che] in caso di processi in relazione ai quali sia ancora in corso il termine per la proposizione del regolamento di competenza secondo la previgente disciplina (tenendo conto ovviamente anche della sospensione dei termini nel periodo feriale), in ossequio al richiamato articolo 2 delle disposizioni transitorie c.p.a., si de[ve] ammettere l'esercizio del potere nei limiti temporali a suo tempo previsti" (Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 marzo 2011, n. 1). Essendo stata la predetta controversia instaurata in data anteriore all'entrata in vigore del cod. proc. amm.(il deposito del ricorso è avvenuto il 10 luglio 2010) e non essendo stata l'incompetenza oggetto di tempestiva eccezione da parte dell'Amministrazione resistente, non le si può applicare il disposto di cui all'art. 15 di quest'ultimo, con la conseguenza che la competenza di questo Tribunale deve ritenersi oramai consolidata.

2. Passando al merito del ricorso, lo stesso è fondato.

2.1. Con la prima censura si sostiene che il reato per cui è stato condannato il ricorrente Fathi Abd El Azziz Ali El Sayed Amr, ossia l'indebito trattenimento nel territorio dello Stato, ex art. 14, comma 5-ter, del D. Lgs. n. 286 del 1998, contrariamente a quanto sostenuto

nel provvedimento impugnato, nel parere della Questura di Como e nella circolare ministeriale n. prot. 0001843 del 17 marzo 2010, non dovrebbe essere considerato ostativo ad una conclusione favorevole della procedura di emersione.

2.2. La doglianza è meritevole di accoglimento.

Al fine di poter definire positivamente la procedura di emersione dal lavoro irregolare, il lavoratore extracomunitario irregolare non deve risultare condannato, "anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381 del medesimo codice" (art. 1-ter, comma 13, lett. c, della legge n. 102 del 2009).

Nel caso di specie il ricorrente Fathi Abd El Azziz Ali El Sayed Amr è stato condannato dal Tribunale di Como, in data 18 febbraio 2010, per il reato di indebito trattenimento nel territorio dello Stato, ex art. 14, comma 5-ter, del D. Lgs. n. 286 del 1998.

Il trattamento sanzionatorio di questa fattispecie di reato è rappresentato dalla pena edittale della reclusione da uno a quattro anni (art. 14, comma 5-ter) e dall'arresto obbligatorio dell'autore del fatto colto in flagranza (art. 14, comma 5-quinquies).

Prendendo in considerazione soltanto la pena edittale, la fattispecie delittuosa sarebbe sussumibile nelle categorie previste dall'art. 381 c.p.p., in quanto punita con la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni. Tuttavia il predetto art. 381, con riferimento alle

tipologie di delitti contenuti nello stesso, prevede la possibilità di ricorrere all'arresto facoltativo, diversamente da quanto stabilito dall'art. 14, comma 5-quinquies, del T.U. dell'Immigrazione che prevede l'arresto obbligatorio per il soggetto che commette il reato di indebito trattenimento nel territorio dello Stato.

Ciò determina una non perfetta sussumibilità di quest'ultima fattispecie nello spettro applicativo delineato dall'art. 381 c.p.p. Difatti, se è pur vero che, con riferimento al trattamento sanzionatorio, vi è una effettiva sovrapposibilità tra le prescrizioni contenute nell'art. 381 c.p.p. e la disciplina riservata al reato di indebito trattenimento nel territorio dello Stato, al contrario, in relazione alla fase cautelare, precedente il processo, vi è una evidente differenza di trattamento tra le stesse.

Pertanto è necessario stabilire se il legislatore abbia ritenuto di rinviare alle fattispecie, complessivamente intese, tratteggiate negli artt. 380 e 381 c.p.p., senza voler riconoscere rilevanza decisiva all'elemento sanzionatorio, ossia alla pena edittale, ma richiamando tutta la disciplina giuridica ivi contenuta, comprese le misure dell'arresto obbligatorio o facoltativo per i soggetti colti in flagranza di reato, oppure abbia deciso di fare riferimento al solo trattamento sanzionatorio prescindendo dagli altri aspetti, pure disciplinati negli stessi articoli citati (cfr. Consiglio di Stato, VI, ordinanza 21 gennaio 2011, n. 422).

Il dato letterale, contenuto nell'art. 1-ter, comma 13, lett. c, della

legge n. 102 del 2009, laddove si rinvia ad “uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381”, sembra abbastanza evidente che si riferisca al complessivo regime giuridico contenuto nelle predette disposizioni, ivi compresa la disciplina delle misure cautelari. Tra l’altro, la rilevanza delle misure cautelari nella disciplina delle fattispecie di cui alle sopraindicate disposizioni emerge in maniera evidente dalle stesse rubriche, che richiamano esplicitamente l’arresto obbligatorio, o facoltativo, in flagranza (si veda tuttavia, in senso contrario, Consiglio di Stato, VI, 29 settembre 2010, n. 7209).

Nemmeno sembra consentito all’interprete procedere alla scomposizione delle varie fattispecie previste, valorizzando, volta per volta, soltanto l’elemento della pena edittale o soltanto la previsione dell’arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. Infatti, non appare possibile per l’interprete procedere alla creazione di un peculiare e arbitrario regime giuridico risultante dalla combinazione parziale di due norme, utilizzando alcuni elementi delle stesse e dando vita ad un *tertium genus* non espressamente contemplato dalla normativa.

Del resto, pur non vertendosi in un ambito sanzionatorio in senso stretto – trattandosi pur sempre di un procedimento amministrativo non finalizzato all’emanazione di sanzioni – ci si trova in ogni caso al cospetto di una normativa di matrice penalistica, da interpretare comunque in senso restrittivo e tassativo, oltretutto incidente sul godimento di diritti fondamentali delle persone (diritto al lavoro, alla conservazione dei rapporti familiari, alla libera esplicazione della

propria personalità, ecc.).

2.3. In conclusione non essendovi perfetta simmetria tra il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, del D. Lgs. n. 286 del 1998 – che in relazione alla pena edittale sarebbe assimilabile alle fattispecie regolate dall'art. 381 c.p.p., mentre in relazione all'arresto in flagranza, obbligatorio, rientrerebbe nello spettro applicativo dell'art. 380 c.p.p. – e la disciplina di una delle due disposizioni, singolarmente richiamate, non può annoverarsi il primo tra i reati automaticamente ostativi alla procedura di emersione.

3. Siffatta interpretazione – più aderente al dato letterale e meno gravosa per i soggetti possibili beneficiari dei procedimenti di emersione – risulta anche conforme al principio costituzionale di ragionevolezza.

3.1. La procedura di emersione e di regolarizzazione si indirizza esclusivamente ai lavoratori stranieri che risultano non in regola con la normativa sul permesso di soggiorno e quindi sono in una condizione di irregolarità sul territorio nazionale. Ne deriva che, in via di fatto, tutti i soggetti che hanno richiesto di regolarizzare la propria posizione sarebbero assoggettabili nella sostanza alla fattispecie regolata dall'art. 14, comma 5-ter, del D. Lgs. n. 286 del 1998: il discrimine formale tra tutti i potenziali beneficiari del procedimento di emersione è rappresentato dalla circostanza, fattuale e puramente accidentale, che alcuni siano stati destinatari dell'ordine del Questore di allontanarsi dal territorio nazionale (ex art. 14,

comma 5-bis, del D. Lgs. n. 286 del 1998) e non vi abbiano ottemperato.

A ciò consegue che la posizione di soggiornante irregolare, pur essendo presupposto necessario per poter accedere alla procedura di emersione, acquisirebbe una connotazione ostativa se accertata prima della presentazione della domanda. Emerge evidente, a tal punto, l'irragionevolezza di una tale soluzione che riserverebbe un trattamento diametralmente opposto a soggetti che si trovano nelle stesse condizioni di fatto, differenziati soltanto dall'avvenuto rintracciamento e dalla già intervenuta condanna.

Difatti, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, "al legislatore (...) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria" (Corte costituzionale, sentenza 2 dicembre 2005, n. 432).

A supporto di quanto evidenziato in precedenza può richiamarsi la circostanza che il comma 8 dell'art. 1-ter della legge n. 102 del 2009, stabilisce che, nelle more del completamento della procedura di emersione, "sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore che svolge le attività di cui al comma 1 per le violazioni delle norme (...) relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale, con esclusione di quelle di cui all'articolo 12 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio

1998, n. 286, e successive modificazioni". Per quanto interessa nell'ambito di cui ci si occupa, i procedimenti finalizzati all'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 14, comma 5-ter, devono essere sospesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto e fino alla conclusione del procedimento di emersione, rendendo evidente che l'eventuale accertamento del reato sopra indicato non viene ritenuto ostativo alla positiva conclusione della procedura di emersione, a differenza degli altri tipi di reati (quelli comuni o quelli previsti dall'art. 12 del D. Lgs. n. 286 del 1998) per i quali, non essendo prevista una identica sospensione automatica del procedimento per il loro riscontro, l'eventuale positivo accertamento, prima della conclusione dell'iter di regolarizzazione, rappresenterebbe comunque un elemento ostativo ad una conclusione positiva dello stesso.

3.2. La predetta interpretazione sembra in linea con quanto previsto dal par. 5 dell'art. 6 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 "recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", allorquando prevede che "qualora un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare abbia iniziato una procedura per il rinnovo del permesso di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisce il diritto di soggiornare, lo Stato membro in questione valuta l'opportunità di astenersi dall'emettere

una decisione di rimpatrio fino al completamento della procedura" (si veda il richiamo in Consiglio di Stato, Ad. plen., ordinanza 25 febbraio 2011, n. 916).

Più in generale, va evidenziato come sembra porre in dubbio la stessa conformità comunitaria del reato di immigrazione clandestina il sesto Considerando della Direttiva con cui si evidenzia l'opportunità che "gli Stati membri provvedano a porre fine al soggiorno irregolare dei cittadini di paesi terzi secondo una procedura equa e trasparente. In conformità dei principi generali del diritto dell'Unione europea, le decisioni ai sensi della presente direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare".

Dal punto di vista dell'efficacia del diritto comunitario va evidenziato come – pur essendo maturato il termine per la trasposizione nell'ordinamento interno della sopra indicata direttiva in data 24 dicembre 2010, ossia in un momento successivo alla conclusione del procedimento amministrativo di cui alla presente controversia – la Direttiva è entrata in vigore il 13 gennaio 2009 (art. 22) e quindi da quel momento l'ordinamento interno degli Stati membri, pur non essendo formalmente tenuto ad adeguarsi alle misure previste nella direttiva, nemmeno avrebbe potuto procedere in senso opposto visto "che, in pendenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri devono astenersi dall'adottare disposizioni

che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa" (Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa C-144/04, punto 67; altresì, Corte di Giustizia CE, sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, punto 45).

Di conseguenza, anche l'ordinamento comunitario sembra suggerire una soluzione che presupponga la non ostatività del reato di immigrazione clandestina ai fini della procedura di emersione dal lavoro irregolare dei cittadini extracomunitari.

4. In conclusione il ricorso deve essere accolto, con l'assorbimento della seconda censura, e, per l'effetto, devono essere annullati gli atti impugnati con lo stesso ricorso.

5. In ragione della complessità della controversia e della non univocità degli orientamenti giurisprudenziali, le spese possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con lo stesso ricorso impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 17 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Primo Referendario

Antonio De Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2011

IL SEGRETARIO

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