

N. 04023/2014REG.PROV.COLL.
N. 07660/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7660 del 2012, proposto da:

-OMISSIS-,

rappresentata e difesa dall'avv. Tiziana Sangiovanni, con domicilio eletto presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

Ministero dell'Interno,

in persona del Ministro pro-tempore;

Questura di Bari,

in persona del Questore pro-tempore,

costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA – BARI - SEZIONE III, n. - OMISSIS-, resa tra le parti, concernente diniego permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della Questura di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2014, il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti,

Uditi per le parti, alla stessa udienza, l'avvocato Sangiovanni e l'avvocato dello Stato Varrone T.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - La ricorrente ha impugnato il provvedimento con il quale il Questore di Bari ha respinto l'istanza di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, ex art. 31, comma 1, del DPR n. 394/1999, poiché la stessa, in data 24 novembre 2006, con diverse generalità, era stata oggetto di provvedimento di espulsione con divieto di reingresso sul territorio nazionale e non è stata richiesta né ottenuta la “speciale autorizzazione” di cui all'art. 13, comma 13, del D. Lgs. n. 286/1998.

Difatti, la straniera è rientrata in Italia il 29.12.2011, con visto per lavoro subordinato della durata di 365 giorni, in forza di nulla osta al lavoro subordinato come badante del 25.8.2011 (erroneamente rilasciato in conseguenza delle diverse generalità con cui la ricorrente era stata

identificata al momento dell'espulsione) ed ha avanzato domanda di permesso di soggiorno per motivi di "lavoro subordinato" l'11.1.2012.

2. - La sentenza appellata ha rigettato il ricorso, ritenendo che la perdurante efficacia del pregresso provvedimento di espulsione inibisca all'Amministrazione il rilascio del permesso di soggiorno, rendendo il diniego opposto espressione di attività vincolata e, come tale, non annullabile per vizi del procedimento *ex* art. 21-octies, comma 2°, della legge n. 241/1990.

La sentenza ha anche statuito che, non avendo il provvedimento carattere discrezionale, non è consentito invocare l'art. 5, comma 5, del D. Lgs. n. 286/1998 e, vertendosi in tema di procedimento ad esito predeterminato dalla norma (art. 31, comma 1, del DPR n. 394/1999), è assente qualsivoglia comparazione di interessi suscettibile di essere censurata sotto il profilo della proporzionalità ed adeguatezza.

Neppure l'omessa traduzione del provvedimento è stata ritenuta causa di illegittimità.

3. - Con l'appello in esame la ricorrente, premesso di non essere ancora oggi a conoscenza del decreto di espulsione che sarebbe stato emesso nei suoi confronti in data 24.11.2006 dal Prefetto di Bari, di non aver fornito false generalità e di aver patteggiato la condanna per violazione dell'ordine di lasciare il territorio italiano senza ben comprendere quanto accadeva per mancanza di comprensione della lingua, censura la sentenza perché avrebbe omesso di considerare le modifiche normative apportate all'art. 13, comma 13, del T.U. 25.7.1998, n. 286, con D.L. 23.6.2011, n. 89, convertito in legge 129/2011, in forza delle quali il divieto di rientrare in Italia, dopo l'espulsione, opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a

cinque, sì che sussisterebbe la possibilità di beneficiare della norma, avendo ella fatto ingresso in Italia in data 28.12.2011, dopo cinque anni dal provvedimento prefettizio di espulsione.

Invoca la sentenza della Corte Costituzionale n. 172 del 2.7.2012, secondo cui è sempre necessaria da parte della P.A. una valutazione della pericolosità sociale dello straniero senza che vi sia spazio per automatismi sanzionatori.

Infine, invoca la direttiva comunitaria n.115/2008/CE, direttamente applicabile per scadenza del termine di adeguamento, nonché la pronuncia della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 28.4.2011, che ha accertato l'incompatibilità del diritto interno italiano in materia di immigrazione con detta Direttiva.

Col secondo motivo di appello ribadisce che poiché dal 5.1.2011 ha sottoscritto regolare contratto di soggiorno, nelle more del rilascio del permesso di soggiorno ha regolarmente lavorato come badante e convive con la madre titolare di permesso di soggiorno, il Questore di Bari avrebbe dovuto, *ex art. 5, comma 5, del D.lgs. n. 286/1998*, verificare la sopravvenienza di "nuovi elementi", che consentono il rilascio" del titolo, considerando la sua intera situazione personale, pena la compromissione di diritti inviolabili dell'individuo.

L'appellante lamenta, inoltre, l'omessa comunicazione dell'avviso di rigetto della sua istanza, *ex art. 10-bis della legge n. 241/1990*, che le avrebbe consentito di acquisire una più concreta cognizione della realtà di fatto e di presentare memorie a sua difesa.

Da ultimo, rileva che la sentenza gravata ha omesso qualsivoglia considerazione del principio di proporzionalità.

4. – Resistono in giudizio le Amministrazioni appellate.

5. – All'udienza del 18 maggio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è infondato.

Il provvedimento impugnato è stato adottato dal Questore di Bari sul presupposto dell'esistenza di un precedente provvedimento di espulsione, adottato il 24.11.2006, della cui esistenza non può ragionevolmente dubitarsi, così come non può dubitarsi della sua mancata esecuzione, che è stata causa dell'arresto della ricorrente da parte dei Carabinieri di Modugno e della condanna da parte del Tribunale di Bari - Sezione staccata di Modugno - con sentenza in data 11.8.2007, per mancata ottemperanza all'ordine di abbandonare l'Italia entro 5 giorni.

Né peraltro sono conoscibili in questa sede, neppure in via incidentale, gli eventuali vizi del provvedimento di espulsione presupposto (la cui cognizione non rientra nemmeno nella giurisdizione del giudice amministrativo), tenuto anche conto che non risulta che la straniera abbia prodotto, una volta rientrata in patria ed intendendo effettuare un nuovo ingresso per motivi di lavoro nel territorio italiano, istanza di revoca di detto decreto.

Correttamente il TAR ha ritenuto che il diniego del permesso di soggiorno è atto dovuto in presenza di un atto di espulsione ancora valido ed efficace, ostativo ai sensi dell'art. 31, comma 1, del D.P.R. 394/1999 (Consiglio di Stato, sez. III , 24/11/2012, n. 5955; CdS, sez. VI, 27.6.2008, n. 3271).

Difatti, l'art. 4, comma 6, del D.lgs. n. 286/1998 vieta l'ingresso agli stranieri espulsi, salvo che abbiano ottenuto la speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno, ai sensi dell'art. 13, comma 13, del medesimo T.U.

Immigrazione, ovvero sia trascorso il periodo di divieto di ingresso previsto dalla norma ed applicato nel decreto espulsivo.

2. - L'appellante sostiene che l'art. 13, comma 13, cit. come modificato dal D.L. 23.6.2011, n. 89 convertito in legge 129/2011 e la direttiva 2008/115/CE direttamente applicabile nel nostro ordinamento perché scaduto il termine per il relativo recepimento, comporterebbero il suo diritto a rientrare in Italia, essendo stato ampiamente superato il termine di tre anni dall'espulsione.

Di conseguenza, non le si potrebbe negare il richiesto permesso di soggiorno.

2.1. - Il motivo non è fondato.

In effetti, l'art. 13, comma 14, del D.lgs. n. 286/1998, come sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. c), numero 9) del D.L. 23.6.2011, n. 89, convertito con modificazioni dalla l. 2.8.2011, n. 129, che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria 2008/115/CE, ha stabilito che il divieto di rientrare in Italia opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata discrezionalmente dall'autorità amministrativa tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso.

Nel testo della norma vigente all'epoca, la preclusione all'ingresso era tassativamente di cinque anni, decorrente dalla data di effettivo allontanamento dal territorio dello Stato e tale limite massimo, previsto anche dalla sopravvenuta normativa, non risulta comunque nella fattispecie rispettato.

Risulta invero che la ricorrente si trovava ancora in Italia in data 11.8.2007 (giorno in cui veniva scarcerata dalla Casa circondariale di Modugno);

pertanto, non poteva rientrare prima del decorso di 5 anni da quando ha lasciato il territorio italiano, mentre il suo ingresso successivo è avvenuto in data 29.12.2011 e dunque prima del limite massimo di interdizione previsto dalla stessa novella.

Peraltro la ricorrente, come già sottolineato, non ha chiesto né ottenuto la speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno, di cui all'art.13, comma 13, T.U. cit., che è appunto la sede in cui l'autorità amministrativa valuta la possibilità di applicazione alla singola fattispecie del periodo minimo di interdizione (tre anni), tenendo conto della situazione personale e familiare dello straniero.

Correttamente, dunque, è stato qui applicato l'art. 4, comma 6, del T.U. Immigrazione, che vieta, senza spazio a valutazioni discrezionali, il rilascio del permesso di soggiorno in favore di chi non ha titolo a permanere in Italia.

3. - Non è pertinente, alla luce del veduto dato normativo e della descritta situazione in cui versa la ricorrente, il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 172 del 6 luglio 2012, che, con riguardo alla particolare materia dell'emersione dei rapporti di lavoro svolti in modo irregolare, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 ter, comma 13, lettera c), del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi), introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., senza prevedere che la p.a. provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

4. - Neppure può fondatamente invocarsi la diretta applicazione della direttiva comunitaria 115/2011/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.

La questione è malposta, in quanto la direttiva invocata è stata recepita con il Decreto Legge 23/06/2011, n.89, convertito con l. 2.8.2011, n. 129, il cui art. 3 ha sostituito il comma 14 dell'art. 13 del T.U. Immigrazione, nei termini di cui si è detto al precedente punto 2.1.

La ricorrente, come già detto, era stata espulsa con provvedimento adottato in data anteriore al 24 dicembre 2010 (data fissata dalla direttiva per il recepimento) e comunque al 24 giugno 2011 (data di entrata in vigore del D.L. 89/2011), allorché il divieto di ingresso era fissato dalla legge nazionale tassativamente per la durata di 5 anni (art. 13, comma 13, del D.Lvo n. 286/1998), decorrente dalla data di effettivo allontanamento dal territorio nazionale, rispetto alla quale comunque il nuovo termine massimo previsto non è stato rispettato.

Il Questore, nell'adottare il provvedimento di diniego impugnato, era vincolato al rispetto del "fatto storico" costituito dal provvedimento espulsivo preesistente ed alla durata del divieto di ingresso ivi previsto, in ogni caso conforme anche alla sopravvenuta normativa comunitaria e nazionale.

Non può pertanto porsi questione alcuna di disapplicazione delle disposizioni del d.lg. n. 286 del 1998 eventualmente contrarie al risultato della direttiva 2008/115/CE, in quanto nessun contrasto è ravvisabile.

5. - Infine, non può trovare applicazione l'art. 5, comma 5, del D.lgs. n.

286/1998, che, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, valorizza i “nuovi elementi” sopraggiunti, essendo automaticamente preclusivo al conseguimento del titolo, ai sensi dell’art. 4, comma 6, del D.lg. n. 286/1998, il preesistente decreto di espulsione (salvo, come si è detto, la speciale autorizzazione di cui all’art. 13, comma 13, o che sia trascorso il periodo di divieto di ingresso: elementi però non ricorrenti nella fattispecie).

Conseguentemente, l’Amministrazione non era tenuta a valutare la situazione personale e familiare della ricorrente, né a motivare la sua pericolosità sociale.

6. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte non appare applicabile neppure la norma di cui all’art. 21 octies della l. 241/1990, né il principio di proporzionalità invocato dall’appellante, vista l’assenza di discrezionalità che caratterizza il provvedimento impugnato, risultando la norma di legge applicata frutto di un concreto e ragionevole bilanciamento dei valori in gioco, di cui deve farsi carico il legislatore con regole a difesa della collettività nazionale, stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di una adeguata accoglienza..

7. In conclusione, l’appello va respinto.

8. Le spese possono essere integralmente compensate tra le parti, in considerazione delle peculiarità della vicenda trattata.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma, nei senso di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2014
con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2014

IL SEGRETARIO

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