

N. 01227/2011 REG.PROV.CAU.

N. 01445/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1445 del 2011, proposto da:

Lekbir Charaf, rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Dionigi, con domicilio eletto presso Giovan Vincenzo Placco in Roma, via Nizza n. 45;

contro

il Ministero dell'Interno, la Prefettura - Ufficio Territoriale di Governo di Perugia, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per l'Umbria, Sezione I, n. 516 del 24 novembre 2010, resa tra le parti, concernente il rigetto dell'istanza di emersione lavoro irregolare presentata per l'appellante dal sig. Morini Carlo.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 98 c. p. a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza con la quale il T.A.R. per l'Umbria ha respinto il ricorso di primo grado, presentata in via incidentale dalla parte appellante;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2011 il Cons. Dante D'Alessio e udito per l'appellante l'avvocato Todaro, su delega dell'avv. Dionigi;

Informata la parte presente di una possibile definizione dell'appello ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

1.- Con sentenza, n. 516 del 24 novembre 2010, emessa in forma semplificata, il T.A.R. per l'Umbria ha respinto il ricorso proposto dal sig. Lekbir Charaf avverso il provvedimento con il quale la Prefettura - U.T.G. di Perugia ha rigettato l'istanza presentata dal suo datore di lavoro, sig. Morini Carlo, volta ad ottenere l'emersione dal lavoro irregolare, ai sensi dell'art. 1-ter della legge n. 102 del 2009.

Il sig. Lekbir Charaf ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva.

2.- Si ripropongono quindi all'esame di questa Sezione le questioni relative alla interpretazione ed alle modalità di applicazione della normativa riguardante l'emersione dal lavoro irregolare che sono state di recente sottoposte all'Adunanza Plenaria dalla Sezione VI di questo Consiglio con ordinanza n. 187 del 20 gennaio 2011.

La domanda di emersione dal lavoro irregolare presentata dal datore di lavoro del sig. Lekbir Charaf è stata infatti rigettata in ragione della condanna riportata da quest'ultimo ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 (T.U. delle disposizioni sull'immigrazione), per essersi lo stesso trattenuto illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal Questore, ai sensi del comma 5-bis dello stesso decreto.

3.- La normativa in materia di emersione dal lavoro irregolare, di cui al d.l. 1 luglio 2009 n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009 n. 102, all'art. 1-ter, comma 13, lett. c), inibisce la regolarizzazione dei lavoratori che risultino 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.

In relazione a tale disposizione si è osservato che:

- il reato d'illegittima permanenza nello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, prevede l'arresto obbligatorio ed è punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione;

- l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio in flagranza per i casi di delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, oltre che per reati nominativamente specificati (tra i quali non rientra quello in esame);

- il successivo art. 381 c.p.p. disciplina i casi di arresto facoltativo in flagranza che è prevista, tra l'altro, per i delitti non colposi per i quali la legge prevede la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

4.- Ciò precisato, parte della giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che il reato di illegittima permanenza nello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, non rientra né tra quelli di cui all'art. 380 c.p.p., in ragione del minimo edittale (che è inferiore a quello ivi indicato), né tra quelli di cui al successivo art. 381, in ragione del fatto che per esso è previsto l'arresto obbligatorio e non l'arresto facoltativo.

Altra parte della giurisprudenza amministrativa ha invece sottolineato che il reato d'illegittima permanenza nello Stato è punito con una pena edittale (fino

a quattro anni di reclusione) superiore a quella per la quale l'art. 381 c.p.p. prevede l'arresto facoltativo in flagranza, con la conseguenza che tale reato deve ritenersi fra quelli ostativi alla regolarizzazione ai sensi del citato art. 1-ter, comma 13, lettera c) della legge n. 102 del 2009.

5.- L'Adunanza Plenaria, preso atto della complessità della questione sottoposta e delle connesse difficoltà interpretative - ulteriormente accentuate in relazione al 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) - ha peraltro rilevato di essere stata investita della questione in appelli proposti su ordinanze cautelari del giudice di primo grado ed ha quindi ritenuto, con le ordinanze n. 912-917 del 21 febbraio 2011, di doversi pronunciare soltanto sulle istanze cautelari, che ha valutato in considerazione della gravità del danno dedotto dai soggetti interessati, rimettendo la questione ai rispettivi T.A.R. per la sollecita trattazione dei ricorsi nella sede di merito.

6.- Questa Sezione, considerato:

- che permangono i contrasti giurisprudenziali sulla questione: si sono infatti espressi, in senso favorevole all'appellante, la Sez. VI di questo Consiglio di Stato con la decisione n. 4066 del 2 settembre 2010 e la prevalente giurisprudenza dei TAR (fra le più recenti: Tar Liguria, Sez. II, n. 375 del 4 marzo 2011; TAR per la Puglia, sede di Bari; Sez. II, ord. n. 38 del 12 gennaio 2011; TAR per la Puglia, Sez. Lecce, ord. n. 9 del 5 gennaio 2011; TAR Toscana, Sez. II, ord. n. 89 del 21 gennaio 2011; T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. II, 29 dicembre 2010, n. 2905); in senso sfavorevole all'appellante si è espressa invece prevalentemente la Sez. VI di questo Consiglio (con le sentenze 18 agosto 2010 n. 5890 e 29 settembre 2010 n. 7209, e, sebbene in forma dubitativa, con la citata precedente ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria n. 187 del 2011), nonché in primo grado oltre al TAR per l'Umbria, il TAR per il Piemonte, con la sentenza della Sez. II n. 4616 del 18 dicembre 2010; altri TAR hanno infine adottato ordinanze cautelari favorevoli agli stranieri interessati in attesa di una decisione sulla questione da parte dell'Adunanza Plenaria;

- che il TAR per il Friuli Venezia Giulia, con ordinanza della Sezione I n. 100 del 24 febbraio 2011, ha rimesso alla Corte Costituzionale l'esame della legittimità dell'art 1-ter, comma 13, della legge n. 102 del 2009, per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità e del principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui dispone che non possono essere ammessi alla procedura di emersione tutti coloro che hanno subito qualsiasi condanna che rientri negli artt. 380 e 381 c.p.p., senza che sia consentito all'Amministrazione di valutarne la rilevanza, in termini di pericolosità sociale;

- che la questione ha particolare delicatezza per la sua rilevanza sociale e perché si riflette sulla vita delle numerose persone interessate;

tutto ciò premesso, ritiene che, per superare i dubbi conseguenti alle discordi pronunce che si registrano sulla questione, sia necessaria una pronuncia

dell'Adunanza Plenaria, non limitata ai profili cautelari del danno grave, che sia suscettibile di costituire, sui punti controversi, un preciso ed autorevole punto di riferimento per l'amministrazione, per ogni altra parte interessata e per le decisioni che devono essere assunte dagli organi della giustizia amministrativa.

7.- Considerato che gli altri aspetti della questione sono già oramai noti all'Adunanza Plenaria, questa Sezione ritiene di dover aggiungere alcune ulteriori considerazioni sul profilo, indicato nelle citate ordinanze dell'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2011, relativo al (mancato) recepimento della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, n. 2008/115/CE intesa ad uniformare la legislazione degli Stati membri in materia di rimpatrio degli extracomunitari in posizione non regolare. Essendo scaduto il 24 dicembre 2010 il termine per l'adeguamento delle legislazioni nazionali è opinione comune che a partire da quella data, poiché in Italia non sono state emanate le relative disposizioni, si abbia l'autoapplicazione della direttiva.

Risulta, inoltre, che qualche giudice penale di primo grado ha ritenuto che in questa situazione non siano più applicabili le sanzioni penali previste per il reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento, di cui all'art. 14, comma 5-ter, del t.u. n. 286/1998.

Ci si chiede dunque se questa vicenda normativa influisca anche su controversie come quella in esame.

Questa Sezione – pur ritenendo opportuno deferire (come si è detto) la questione alla Plenaria, che vi ha già fatto cenno con le ordinanze del 25 febbraio 2011 – ritiene che a tale quesito si debba dare risposta negativa, per le seguenti ragioni:

(a) la direttiva n. 115/2008, anche per la parte che ha diretta applicazione, non elimina dal nostro ordinamento l'istituto dell'espulsione (da essa denominato "rimpatrio con divieto di reingresso") anzi ne conferma, in linea di massima, la legittimità, in particolare anche nel caso in cui essa venga disposta a motivo (solo) della posizione irregolare dello straniero dal punto di vista amministrativo;

(b) la direttiva incide, semmai, su alcuni aspetti di dettaglio della disciplina dell'espulsione: ad esempio, sul termine (non inferiore a sette giorni anziché cinque) che deve essere concesso allo straniero per lasciare il territorio nazionale; ovvero sulla durata del divieto di reingresso (cinque anni anziché dieci);

(c) il contrasto fra la disciplina comunitaria e quella nazionale produce l'inapplicabilità di quest'ultima solo relativamente alle singole fattispecie nelle quali la difformità delle due discipline assuma concreta rilevanza (ad esempio nel caso dell'espulso che abbia fatto reingresso nello Stato prima che siano passati dieci anni dall'espulsione, ma dopo che ne erano passati cinque);

(d) in ogni caso, restano validi ed efficaci i provvedimenti adottati prima del 24 dicembre 2010 sulla base della disciplina nazionale non ancora incisa dall'autoapplicazione della direttiva, in forza del principio *tempus regit actum*;

(e) la direttiva non esclude il potere dello Stato membro di stabilire sanzioni penali a carico dello straniero che non osservi gli obblighi e i divieti derivanti da un legittimo provvedimento di espulsione;

(f) la direttiva non esclude neppure il potere dello Stato membro di assumere l'inottemperanza ad un pregresso ordine di espulsione, e/o l'intervenuta condanna penale per tale fatto, quale causa ostativa di una regolarizzazione;

(g) a maggior ragione – e di nuovo per il principio tempus regit actum - la sopravvenuta autoapplicazione della direttiva non incide sulla legittimità dei dinieghi di regolarizzazione pronunciati prima del 24 dicembre 2010 in applicazione dell'art. 1-ter, comma 13, lettera (c), del decreto legge n. 78/2009.

8.- In conclusione e per tutti gli esposti motivi, questo Collegio ritiene opportuno deferire la controversia all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, del c.p.a., affinché si pronunci sulla domanda cautelare dell'odierno appellante, ovvero, qualora lo ritenga, proceda alla definizione della controversia ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

9.- Attesa la rilevanza del danno, si ritiene equo sospendere interinalmente – sino alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria – gli effetti del provvedimento impugnato in primo grado dall'interessato, e della sentenza appellata.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) rimette il ricorso (n. 1445/2011) all'esame dell'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.;

accoglie, interinalmente e sino alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, l'istanza cautelare;

rinvia la pronuncia sulle spese alla conclusione della fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2011

IL SEGRETARIO

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