

N. 00912/2011 REG.ORD.CAU.

N. 00004/2011 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 4 di A.P. del 2011, proposto da:

XXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXX, rappresentati e difesi dagli avv. Andrea Maestri, Arturo Salerni, con domicilio eletto presso Arturo Salerni in Roma, viale Carso, 23;

***contro***

Ministero dell'Interno, Sportello Unico Immigrazione Presso Prefettura Utg Ravenna, rappresentati e difesi dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:  
Associazione Progetto Diritti Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Rosaria Damizia, con domicilio eletto presso Maria Rosaria Damizia in Roma, viale Carso N. 23; Salman Mukul, A Buon Diritto Onlus, rappresentati e difesi dagli avv. Laura Barberio, Ernesto Maria Ruffini, con domicilio eletto presso Laura Barberio in

Roma, via Torino, 7; Ancadic Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Nucara, con domicilio eletto presso Laura Barberio in Roma, via Torino, 7;

*per la riforma*

dell' ordinanza cautelare del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE I n. 00712/2010, resa tra le parti, concernente dell' ordinanza sospensiva del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE I n. 00712/2010, resa tra le parti, concernente DINIEGO DICHIARAZIONE DI EMERSIONE DAL LAVORO IRREGOLARE

Visto l'art. 62 cod. proc. amm;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di Sportello Unico Immigrazione Presso Prefettura Utg Ravenna;

Vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di reiezione della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Viste le memorie difensive;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2011 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Marstri, Salerni, dello Stato Urbani Neri, e Salerni per dela di Damizia, di Nucara, di Ruffini, e di Barberio.;

Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, ha respinto la domanda di sospensione del provvedimento in data 7 giugno 2010 con il quale lo Sportello Unico per l'Immigrazione di Trieste ha dichiarato inammissibile l'istanza di emersione dal lavoro irregolare presentata in favore del sig. XXXXXXXXXXXXXXXX ai sensi dell'art. 1-ter, comma 2, del d.l. 1 luglio 1979 n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009 n. 102.

I signori Matteo Accarino e XXXXXXXXXXXXX hanno proposto appello per la riforma dell'ordinanza.

Il Ministero dell'interno e l'Ufficio Territoriale del Governo di Trieste si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame.

La Sezione Sesta del Consiglio di Stato, investita dell'appello cautelare, ravvisata la possibilità di contrasti di giurisprudenza circa la fondatezza dei motivi dedotti nell'appello, con ordinanza 19 gennaio 2011 n. 376, ha rimesso la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, del c.p.a., accogliendo nelle more l'appello cautelare.

L'esame della questione dinanzi all'Adunanza Plenaria è stato fissato per la camera di consiglio del 21 febbraio 2011 e in tale data la causa è stata trattenuta in decisione.

La domanda di emersione dal lavoro irregolare presentata in favore dell'appellante è stata dichiarata inammissibile in ragione della condanna riportata da quest'ultimo ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 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, reato punito con la reclusione da uno a quattro anni.

Per tale reato, a norma dell'art. 14, comma 5-quinquies dello stesso d.lgs. n. 286, è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto.

La normativa in materia di emersione dal lavoro irregolare, di cui al d.l. 1 luglio 1979 n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009 n. 102, a sua volta, 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 cod. proc. pen., per uno dei reati previsti dagli artt. 380 (arresto obbligatorio in flagranza) e 381 (arresto facoltativo in flagranza) del medesimo codice.

In relazione a tale quadro normativo, la Sezione remittente fa osservare:

- l'art. 380 cod. proc. pen. 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 cod. proc. pen. disciplina i casi di arresto facoltativo in flagranza, prevedendolo, tra l'altro, per i delitti non colposi per i quali la legge prevede la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

Potrebbe allora ritenersi, come sostengono gli appellanti, che il reato previsto dall'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 non rientri né tra quelli di cui all'art. 380 cod. proc. pen., 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 facoltativo.

Né potrebbe trascurarsi la circostanza, richiamata dall'Amministrazione, che, tuttavia, il reato previsto dall'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 è punito con una pena superiore a quella per la quale l'art. 381 cod. proc. pen. prevede l'arresto facoltativo in flagranza di reato.

Di qui il manifestarsi nella giurisprudenza amministrativa di un orientamento non omogeneo, potendosi registrare decisioni favorevoli alle tesi dell'appellante (per tutte, Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2010 n. 4066, ord.; Tar Lombardia – Milano, 20 luglio 2010 n. 771, ord.), ed altre di segno contrario (TAR Umbria, sent. 4 maggio 2010 n. 277; Cons. St., sez. VI: 18 agosto 2010 n. 5890; 29 settembre 2010 n. 7209; 15 settembre 2010 n. 4262, ord.; 27 ottobre 2010 n. 4928, ord.).

In tale situazione, l'Adunanza Plenaria non può che prendere atto della complessità della questione sottoposta e della connesse difficoltà interpretative, ulteriormente accentuate dal rilievo che va assumendo nella giurisprudenza penale il decorso, il 24 dicembre 2010, del termine 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 (tra le altre, Tribunale di Torino – Sezione IV penale – 5 gennaio 2011 n. 52), cui si è accompagnata l'adozione della Circolare 17 dicembre 2010 da parte del Ministero dell'interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza.

Ritiene pertanto il Collegio che, quanto *al fumus*, tenuto anche conto della natura cautelare del provvedimento appellato, sia necessario attendere che l'esame dei profili di diritto sia affrontato nella rituale sede di merito dinanzi al giudice di primo grado, cui la questione viene rimessa per la sollecita fissazione della relativa udienza, ai sensi e per gli effetti cui all'art. 55, comma 10, del c.p.a..

Quanto al danno lamentato dall'appellante, può essere confermato il favorevole apprezzamento dei motivi adottati come già ritenuto dalla Sezione remittente.

Sussistono valide ragioni per compensare le spese della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) accoglie l'appello cautelare e, per l'effetto, sospende l'efficacia del provvedimento impugnato;

manda alla Segreteria di trasmettere la presente sentenza al Tribunale Amministrativo Regionale Emilia Romagna – Bologna Sezione I per la sollecita fissazione dell'udienza di merito;

spese compensate;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2011

IL SEGRETARIO

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