

BVGer C-4350/2009 vom 25. November 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-11-25, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4350_2009

FR: TAF C-4350/2009 du 25 novembre 2010

IT: TAF C-4350/2009 del 25 novembre 2010

Regeste

Entrata

Erwägungen

E. 1.1

Riservate le eccezioni previste all'art. 32 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF, RS 173.32), giusta l'art. 31 LTAF il Tribunale amministrativo federale (di seguito: TAF o il Tribunale) giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021) prese dalle autorità menzionate all'art. 33 LTAF. In particolare, le decisioni in materia di divieto d'entrata in Svizzera rese dall'UFM - il quale costituisce un'unità dell'amministrazione federale come definita all'art. 33 let. d LTAF - possono essere impugnate dinanzi al TAF che nella presente fattispecie giudica quale autorità di grado inferiore al Tribunale federale (cfr. art. 1 cpv. 2 LTAF in relazione con l'art. 11 cpv. 1 e 3 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone [ALC, 0.142.112.681]).

E. 1.2

Salvo i casi in cui la LTAF non disponga altrimenti, la procedura davanti al Tribunale è retta dalla PA (art. 37 LTAF).

E. 1.3

A. _____ ha il diritto di ricorrere (art. 48 cpv. 1 PA) e il suo ricorso, presentato nella forma e nei termini prescritti dalla legge, è ricevibile (cfr. art. 50 e 52 PA).

E. 2

Ai sensi dell'art. 49 PA, la ricorrente può invocare la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti nonché l'inadeguatezza, nella misura in cui un'autorità cantonale non abbia giudicato come autorità di ricorso. Il Tribunale applica d'ufficio il diritto federale nella procedura ricorsuale e non è vincolato in nessun caso dai motivi del ricorso (cfr. art. 62 cpv. 4 PA). Rilevanti sono in primo luogo la situazione di fatto e di diritto al momento del giudizio (cfr. consid. 1.2 della sentenza 2A.451/2002 del 28 marzo 2003 pubblicata parzialmente in DTF 129 II 215).

E. 3

Preliminarmente il Tribunale esamina se la decisione impugnata presenta i vizi formali sollevati dalla ricorrente.

E. 3.1

L'interessata si è preclusa di una violazione dell'art. 6 CEDU. Questa disposizione non è applicabile in materia di diritto degli stranieri (cfr. sentenza del Tribunale federale 2C_717/2009 del 15 aprile 2010 consid. 1.3 e giurisprudenza ivi citata).

E. 3.2

Per quanto attiene alla notifica della decisione, si osserva che secondo una consolidata giurisprudenza, la notifica irregolare di una decisione non arreca alcun pregiudizio alle parti, l'esistenza di un vizio non conduce automaticamente alla nullità della stessa. In tal senso la protezione delle parti è sufficientemente garantita se la notifica inficiata di un vizio formale esplica ugualmente i suoi effetti (cfr. sentenza del Tribunale federale del 4 ottobre 2010 2C_347/2010 consid. 2.2 e giurisprudenza ivi citata). In concreto l'interessata ha avuto conoscenza della decisione l'8 giugno 2009 mentre si apprestava a rientrare in Svizzera. Su richiesta, detto provvedimento è stato trasmesso assieme all'incarto inerente all'interessata al suo patrocinatore legale il 22 giugno 2009. Il 6 luglio 2009 l'interessata ha inoltrato ricorso dinanzi al TAF contro la decisione in oggetto. Tale notifica non ha pertanto cagionato alcun pregiudizio all'interessata (art. 38 PA). La censura sollevata appare pertanto infondata.

E. 3.3

La ricorrente ha osservato inoltre che in sede penale non era ancora stato deciso nulla. A tale proposito si constata che a norma di una consolidata giurisprudenza, l'autorità amministrativa non è vincolata dalle considerazioni emesse in ambito penale, in quanto non persegue il medesimo scopo dell'autorità penale e gli interessi che è chiamata a salvaguardare possono differire. Essa valuta dunque sulla base di criteri autonomi del diritto amministrativo qualora l'allontanamento dalla Svizzera di uno straniero resosi colpevole di un reato sia necessaria e opportuna. Infatti, se da un lato il giudice penale è tenuto a decidere in funzione della migliore prognosi di risocializzazione, dall'altro l'autorità amministrativa si prefigge di proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico (cfr. DTF 131 II 352 consid. 4.3.2; 130 II 488 consid. 4.2; 129 II 215 consid. 3.2. e giurisprudenza ivi citata).

E. 3.4

La ricorrente ha sostenuto che la decisione impugnata è stata emanata senza che le venisse concessa la possibilità di esprimersi al riguardo. Il diritto di essere sentito comprende il diritto per la persona interessata di prendere conoscenza dell'incarto (DTF 132 II 485 consid. 3, 126 I 7 consid. 2b), di esprimersi in merito agli elementi pertinenti prima che una decisione sia emessa nei suoi confronti, di produrre delle prove pertinenti, di ottenere che sia dato seguito alle sue offerte di prove pertinenti, di partecipare all'amministrazione delle prove essenziali o almeno di poter esprimersi sul suo risultato, allorquando questo è proprio ad influenzare la decisione da emanare (cfr. DTF 124 II 132 consid. 2b e giurisprudenza ivi citata). Nel quadro della procedura amministrativa il diritto di essere sentito è consacrato dagli art. 26 a 28 (diritto di esaminare gli atti), dagli art. 29 a 33 (diritto di essere sentito strictu sensu) e dall'art. 35 PA (diritto di ottenere una decisione motivata). L'art. 30 cpv. 1 PA prevede in particolare che l'autorità sente le parti prima di prendere una decisione. Si tratta per la persona interessata in particolare di esporre le proprie argomentazioni giuridiche, di fatto o d'opportunità, di rispondere alle obiezioni dell'autorità e di determinarsi in merito agli altri elementi dell'incarto (cfr. DTF 132 II 485 consid. 3; 126 I 7 consid. 2b; Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione [GAAC] 63.66 consid. 2; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I, p.

380 segg. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berna 1983, pag. 69). Il diritto di essere sentito non conferisce un diritto ad esprimersi oralmente di fronte all'autorità giudicante (cfr. DTF 130 II 425 consid. 2.1; 125 I 209 consid. 9b e riferimenti ivi citati). Nella fattispecie, l'interessata è stata informata durante il verbale d'interrogatorio del 19 maggio 2008 che l'autorità competente avrebbe esaminato la possibilità di emettere una decisione di divieto d'entrata e, in tale occasione, le è stata concessa la possibilità di formulare eventuali osservazioni in merito. L'argomentazione della ricorrente relativa alla violazione del suo diritto di essere sentita non può pertanto essere presa in considerazione.

E. 4

Dal 1° giugno 2009 è entrato in vigore il Protocollo del 27 maggio 2008 all'Accordo tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, relativo alla partecipazione, in qualità di parti contraenti, della Repubblica di Bulgaria e della Romania, successivamente alla loro adesione all'Unione europea (RS 0.142.112.681.1). La ricorrente possiede la nazionalità rumena: sino al 1° giugno la LStr si applica dunque senza restrizioni (art. 2 cpv. 1 LStr). Dopo tale data, le disposizioni della LStr si applicano alla ricorrente solo se l'accordo non contiene disposizioni derogatorie o se la presente legge prevede disposizioni più favorevoli (art. 2 cpv. 2 LStr). In un primo tempo occorre perciò valutare se la decisione impugnata è stata emessa in conformità alla LStr e, dal 1° giugno 2009, se essa è conforme alle disposizioni dell'ALC.

E. 5.1

Il divieto d'entrata emesso nei confronti di una persona straniera è disciplinato all'art. 67 LStr il quale corrisponde essenzialmente al previgente art. 13 LDDS. Come in precedenza, il divieto d'entrata non ha carattere penale bensì mira a lottare contro le perturbazioni della sicurezza e dell'ordine pubblici; si tratta dunque di una misura a carattere preventivo e non repressivo (cfr. Messaggio relativo alla legge sugli stranieri dell'8 marzo 2002, FF 2002 pag. 3428). Ai sensi dell'art. 67 LStr, l'UFM può vietare l'entrata in Svizzera allo straniero che ha violato o espone a pericolo l'ordine e la sicurezza pubblici in Svizzera o all'estero (let. a), ha causato spese d'aiuto sociale (let. b), è stato allontanato o espulso (let. c) o ha dovuto essere oggetto di carcerazione preliminare, in vista di un rinvio coatto o cautelativo (let. d). Il divieto d'entrata è pronunciato per una durata determinata o, in casi gravi, indeterminata (art. 67 cpv. 3 LStr). Durante la durata del divieto d'entrata, la persona interessata non può varcare la frontiera svizzera. L'Ufficio federale di polizia può, per motivi gravi, sospendere temporaneamente il divieto (art. 67 cpv. 4 LStr).

E. 5.2

Ai sensi della precitata disposizione, la sicurezza e l'ordine pubblici costituiscono il concetto generale dei beni da proteggere nel contesto della polizia: l'ordine pubblico comprende l'insieme della nozione di ordine, la cui osservanza dal punto di vista sociale ed etico costituisce una condizione indispensabile della coabitazione ordinata delle persone. La sicurezza pubblica significa l'inviolabilità dell'ordine giuridico obiettivo, dei beni giuridici individuali (vita, salute, libertà, proprietà, ecc.), nonché delle istituzioni dello Stato. Vi è violazione della sicurezza e dell'ordine pubblici segnatamente se sono commesse infrazioni gravi o ripetute di prescrizioni di legge o di decisioni delle autorità nonché in caso di mancato adempimento di doveri di diritto pubblico o privato. Ciò può anche essere il caso in presenza di atti che di per sé non giustificano una revoca ma la cui ripetizione lascia

presupporre che l'interessato non è disposto ad osservare l'ordine vigente (cfr. Messaggio precitato FF 2002 pag. 3424; cfr. anche sentenze del TAF C-6199/2008 del 24 agosto 2009 consid. 5.2 e C-6528/2008 del 14 maggio 2009 consid. 4). In questo senso l'art. 80 cpv. 1 let. a dell'ordinanza del 24 ottobre 2007 sull'ammissione, il soggiorno e l'attività lucrativa (OASA, RS 142.201) statuisce che vi è violazione della sicurezza e dell'ordine pubblici in caso di mancato rispetto di prescrizioni di legge e di decisione dell'autorità. I reati perpetrati contro le norme del diritto degli stranieri, rappresentano delle violazioni di legge e possono dunque in quanto tali condurre all'emissione di un divieto d'entrata (cfr. Messaggio precitato FF 2002 pag. 3429).

E. 6

In concreto, si rileva che la ricorrente ha riconosciuto di aver soggiornato e lavorato in Svizzera quale prostituta senza essere al beneficio di alcuna autorizzazione e questo a più riprese dal mese di giugno 2007 fino al mese di maggio 2008. Essa ha contravvenuto più volte alle prescrizioni legali che regolano il soggiorno e l'attività lucrativa degli stranieri in Svizzera (cfr. art. 11 cpv. 1 LStr). Sebbene in merito all'esercizio illegale della prostituzione, il Tribunale in una recente sentenza si sia distanziato dalle considerazioni in merito alla minaccia dell'ordine e della sicurezza pubblica in relazione all'esercizio illegale della prostituzione (cfr. precitate sentenze del Tribunale amministrativo federale C-7549/2008 e C-7550/2008 consid. 6.3), vi sono sufficienti motivi per l'emissione di un divieto d'entrata sulla base dell'art. 67 cpv. 1 let. a LStr. Considerato che l'interessata non ha specifici interessi privati ad entrare e soggiornare in Svizzera, la decisione di divieto d'entrata emessa nei suoi confronti per una durata di tre anni, prima dell'entrata in vigore dell'ALC, appare giustificata.

E. 7

L'ALC conferisce ai cittadini degli Stati membri il diritto alla libera circolazione. Giusta l'art. 1 par. 1 dell'Allegato I dell'ALC in relazione con l'art. 3 ALC, i cittadini comunitari hanno il diritto di entrare in Svizzera previa semplice presentazione di una carta d'identità o di un passaporto validi e non può essere loro imposto alcun visto d'entrata od obbligo analogo. Come l'insieme delle prerogative conferite dall'Accordo, questo diritto può essere limitato soltanto da misure giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e pubblica sanità, ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 dell'Allegato I ALC. Al fine di poter applicare uniformemente tali nozioni, esse vanno definite ed interpretate alla luce delle direttive 64/221/CEE, 72/94/CEE e 75/35/CEE secondo il loro testo in vigore al momento della firma dell'Accordo e della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) anteriore alla firma dell'ALC (art. 5 cpv. 2 allegato I ALC in relazione con l'art. 16 cpv. 2 ALC).

E. 7.1

Conformemente alla giurisprudenza della CGCE, le limitazioni al principio della libera circolazione delle persone devono essere interpretate in maniera restrittiva. Ne consegue che possono essere adottati provvedimenti per la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza unicamente nel caso in cui si deve ammettere che l'interessato costituisce per lo Stato d'accoglienza una minaccia reale e di gravità tale da incidere su un interesse fondamentale della società (cfr. DTF 131 II 352 consid. 3.2, 130 II 493 consid. 3.2, 130 II 176 consid. 3.4.1, 129 II 215 consid. 7.3; sentenze del Tribunale federale 2A.39/2006 del 31 maggio 2006, 2A.626/2004 del 6 maggio 2005 e le sentenze della CGCE del 27 ottobre

1977, Bouchereau, 30/77, Rac. 1977, pag. 1999, punti 33-35 del 19 gennaio 1999, Calfa, C-348/96, Rac. 1999, pag. 1-11, punti 23 e 25).

E. 7.2

I provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono inoltre essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati (art. 3 par. 1 della direttiva 64/221/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica [GU L 56 del 4 aprile 1964, pagg. 850 a 857]). Ciò esclude delle valutazioni sommarie fondate unicamente su dei motivi generali di natura preventiva. La sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti (art. 3 par. 2 della direttiva 64/221/CEE). Una tale condanna sarà quindi determinante unicamente se dalle circostanze che l'hanno determinata emerge un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico (cfr. DTF 130 II 176 consid. 3.4.1 e sentenza del Tribunale federale 2C_378/2007 del 14 gennaio 2008). Le autorità nazionali devono procedere ad un apprezzamento specifico, effettuato sulla base degli interessi inerenti alla salvaguardia dell'ordine pubblico, i quali non coincidono necessariamente con gli apprezzamenti all'origine delle condanne penali. In altre parole, queste ultime possono essere prese in considerazione unicamente se le circostanze in cui si sono verificate lascino trasparire l'esistenza di una minaccia attuale per l'ordine pubblico. Secondo le circostanze, non è comunque escluso che la sola condotta tenuta in passato costituisca una siffatta minaccia per l'ordine pubblico (DTF 130 II citato consid. 3.4.1; 129 II citato consid. 7.1. e 7.4.; sentenza del Tribunale federale 2A.626/2004 del 6 maggio 2005 consid. 5.2.1; sentenza della CGCE del 26 febbraio 1975, Bonsignore, 67/74, Rac. 1975, punti 6-7 e le sentenze citate Bouchereau, punti 27-28; Calfa, punto 24).

E. 7.3

L'adozione di un provvedimento di ordine pubblico non è subordinata alla condizione che sia stabilito con certezza che la persona soggetta ad una misura di divieto d'entrata commetta nuove infrazioni penali. Al contrario, sarebbe sproporzionato esigere che il rischio di recidiva sia nullo per rinunciare all'adozione di tale provvedimento. Tenuto conto dell'importanza che riveste il principio della libera circolazione delle persone questo rischio non deve in realtà essere ammesso troppo facilmente. È necessario procedere ad un apprezzamento che tenga in considerazione le circostanze della fattispecie e, in particolare, della natura e dell'importanza del bene giuridico minacciato, così come della gravità della violazione che potrebbe esservi arrecata; più la potenziale infrazione rischia di compromettere un interesse della collettività particolarmente importante, meno rilevanti sono le esigenze quanto alla plausibilità di un'eventuale recidiva (cfr. DTF 131 II 493 consid. 3.3; 130 II citato consid. 4.3.1; sentenza del Tribunale federale 2C_375/2007 dell'8 novembre 2007 consid. 3).

E. 7.4

Inoltre, come nel caso di qualsiasi altro cittadino straniero, l'esame deve essere effettuato in considerazione delle garanzie derivanti dalla CEDU così come del principio della proporzionalità (DTF 131 II 352 consid. 3.3; 130 II 493 consid. 3.3; 130 II 176 consid. 3.4.2; sentenze della CGCE del 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, Rac. 1995, pag. I-4165, punto 37; del 18 maggio 1989, Commissione delle Comunità europee contro

Repubblica federale di Germania, 249/86, Rac. 1989, pag. 1263, punto 20). Detto principio esige che le misure adottate dallo Stato siano idonee a raggiungere lo scopo desiderato e che, di fronte a soluzioni diverse, si scelgano quelle meno pregiudizievoli per i diritti dei privati. In altre parole deve sussistere un rapporto ragionevole tra lo scopo perseguito e i mezzi utilizzati (DTF 131 I 91 consid. 3.3).

E. 7.5

Ai sensi dell'art. 2 ALC i cittadini di una parte contraente che soggiornano legalmente sul territorio di un'altra parte contraente non devono essere oggetto di alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità. Un comportamento non può essere considerato grave se nei confronti dello stesso comportamento manifestato dai propri cittadini non vengono adottate misure coercitive o altre misure concrete ed effettive al fine di contrastarlo (sentenze della CGCE del 18 maggio 1989, precitata, punto 19, del 18 maggio 1982, Adoui e Cornuaille, 115/81 e 116/81, Rac. 1982, 1665, punto 8). Inoltre la CGCE ha riconosciuto che all'interno dell'Unione europea la violazione di disposizioni nazionali inerenti all'entrata, al soggiorno e all'attività lucrativa non giustificano di per sé misure limitanti la libera circolazione delle persone (cfr. MARCEL DIETRICH, *Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union*, Zürich 1995, pag. 480 e riferimenti ivi citati). La CGCE ha ritenuto che il diritto di lavorare in uno Stato membro è un diritto che deriva direttamente dall'Accordo. Disposizioni nazionali inerenti alla regolamentazione dell'entrata e il soggiorno nonché l'attività lavorativa degli stranieri rappresentano delle mere formalità e la loro non osservanza non può compromettere la sicurezza e l'ordine pubblico (sentenza della CGCE dell'8 aprile 1976, Royer, 48/75, Rac. 1976 497, punto 41 a 44; cfr. in merito a tale problematica le sentenze riunite del Tribunale amministrativo federale C-7549/2008 e C-7550/2008 del 23 agosto 2010).

E. 7.6

Va infine sottolineato che la Bulgaria e la Romania sottostanno a tutt'oggi a delle restrizioni ai sensi dell'art. 10 ALC (cfr. art. 10 cpv. 1b, 2b, 3b e 4c ALC in relazione con l'art. 38 cpv. 4 dell'ordinanza concernente l'introduzione graduale della libera circolazione delle persone tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea e i suoi Stati membri nonché gli Stati membri dell'Associazione europea di libero scambio (OLCP, RS 142.203]). Ciò nonostante, vista l'importanza della libera circolazione delle persone (cfr. preambolo dall'ALC) una misura limitante tale libertà fondamentale dev'essere emessa unicamente in presenza di gravi reati (cfr. in merito a tale problematica le sentenze riunite del Tribunale amministrativo federale C-7549/2008 e C-7550/2008 del 23 agosto 2010 consid. 7.4 e riferimenti ivi citati).

E. 7.7

Nella specie l'interessata ha soggiornato tre volte in Svizzera ed ha svolto l'attività di prostituta senza il necessario permesso dal 27 giugno 2007 al 14 agosto 2007, dal 1° settembre 2007 al 1° febbraio 2008 e dall'8 maggio 2008 al 19 maggio 2008, per un periodo complessivo di circa sei mesi. Il suo comportamento non può tuttavia essere giudicato grave sotto il profilo della minaccia alla sicurezza e all'ordine pubblici. In primo luogo va sottolineato che gli effetti negativi derivanti da questa attività (tratta di esseri umani per esempio) non possono essere imputati all'atteggiamento personale dell'interessata. Perciò una decisione di divieto d'entrata emessa sulla base dell'attività di prostituta senza permesso non è compatibile con l'art. 3 cpv. 1 della direttiva 64/221/CEE. In secondo luogo la

prostituzione in quanto tale, esercitata da cittadine o cittadini svizzeri, non è né perseguita legalmente né contrastata da altre misure di prevenzione. Sulla base della vincolante giurisprudenza europea la Svizzera non è dunque legittimata a considerare questa attività una minaccia della sicurezza e dell'ordine pubblici a causa degli effetti negativi che può propagare nella società. Parimenti non può essere ritenuta grave una contravvenzione perpetrata contro la LStr per soggiorno illegale al fine di esercitarvi la prostituzione, ma non un'altra attività. Come già rilevato, secondo la CGCE (cfr. consid. 7.5) la richiesta di un permesso di soggiorno con attività lucrativa rappresenta una formalità e la sua inosservanza non può pregiudicare alcun bene giuridico. Pertanto il Tribunale giunge alla conclusione che il comportamento della ricorrente non costituisce una minaccia attuale, effettiva e concreta all'ordine pubblico, tale da giustificare una misura per motivi di ordine pubblico ai sensi dell'art. 5 Allegato I ALC.

E. 8

Ne discende che la decisione impugnata non è più conforme al diritto federale a decorrere dal 1° giugno 2009 (cfr. art. 49 let. a PA). Il ricorso deve quindi essere parzialmente accolto nel senso che la misura di allontanamento è tolta con effetto a partire da tale data.

E. 9

Visto l'esito della procedura vengono poste a carico della ricorrente spese processuali ridotte dell'ammontare di fr. 350.- (art. 63 cpv. 1 PA). Giusta l'art. 64 cpv. 1 PA in relazione con l'art. 7 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale (TS-TAF, RS 173.320.2), l'autorità di ricorso, se ammette il gravame in tutto o in parte, può d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente un'indennità per le spese processuali indispensabili e relativamente rilevante che ha sopportato. Visto che l'interessata è patrocinata da un mandatario professionale, ha diritto ad un'indennità. In ragione dell'insieme delle circostanze della fattispecie della sua difficoltà, nonché della mole di lavoro svolto, il Tribunale ritiene, ai sensi degli art. 8 segg. TS-TAF, che il versamento alla ricorrente di un'indennità ridotta di fr. 700.- a titolo di spese ripetibili appaia equa. (Dispositivo alla pagina seguente)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.