



Corte III
C-1336/2007

{T 0/2}

Sentenza del 22 ottobre 2009

Composizione

Giudici Elena Avenati-Carpani (presidente del collegio),
Andreas Trommer, Ruth Beutler,
cancelliera Mara Vassella.

Parti

A. _____,
patrocinata dall'Aw. Yasar Ravi,
ricorrente,

contro

Ufficio federale della migrazione UFM,
Quellenweg 6, 3003 Berna,
autorità inferiore.

Oggetto

Divieto d'entrata.

Fatti:**A.**

Nel quadro di un'operazione volta a combattere l'esercizio illecito della prostituzione, denominata "Serranda e Geko", eseguita il 17 agosto 2004 a Lugano, Massagno e Paradiso, sono state fermate e controllate alcune cittadine straniere, tra le quali A._____, cittadina brasiliana nata il ..., che durante l'intervento si trovava presso l'appartamento di un suo conoscente.

L'interessata è stata messa in stato di detenzione preventiva a partire dal 23 agosto 2004.

Interrogata in data 9 settembre 2004 dalla Polizia cantonale ticinese, A._____ ha dichiarato di avere soggiornato illegalmente in Svizzera una prima volta dall'11 dicembre 2002 fino al mese di maggio 2004 ed una seconda volta dal mese di luglio 2004 al 17 agosto 2004 e di avere svolto durante tale permanenza l'attività di prostituta senza il richiesto permesso di polizia presso vari appartamenti in Ticino e a Payerne/VD.

B.

Con decisione del 7 ottobre 2004, l'Ufficio federale dell'immigrazione, dell'integrazione e dell'emigrazione (oggi: Ufficio federale della migrazione [UFM]) ha pronunciato nei confronti di A._____ un divieto d'entrata in Svizzera valido fino al 6 ottobre 2007, motivandolo come segue:

"Gravi infrazioni alle prescrizioni di polizia degli stranieri (soggiorno illegale, attività abusiva). Straniera il cui ritorno in Svizzera è indesiderato a motivo del suo comportamento (prostituzione)."

L'autorità di prime cure ha altresì tolto l'effetto sospensivo al ricorso.

C.

Con sentenza del 20 dicembre 2004, cresciuta in giudicato incontestata, la Corte delle assise correzionali di Lugano ha giudicato l'interessata coautrice colpevole di furto e di ripetuta infrazione alla LF sugli stupefacenti, autrice colpevole di ripetuta infrazione alla LStup, di infrazione alla LDDS, di contravvenzione alla LStup nonché di esercizio illecito della prostituzione e l'ha condannata alla pena di

diciotto mesi di detenzione sospesi condizionalmente per un periodo di prova di due anni e all'espulsione dal territorio svizzero per 5 anni.

L'interessata è stata scarcerata il 23 dicembre 2004 ed accompagnata all'aeroporto di Agno con destinazione finale Rio de Janeiro.

D.

Con decisione dell'8 febbraio 2005, l'UFM ha pronunciato nei confronti dell'interessata un ulteriore divieto d'entrata, giustapponendolo a quello precedente, ovvero dal 7 ottobre 2007, per una durata illimitata, motivandolo come segue:

"Straniera il cui ritorno in Svizzera è indesiderato a motivo del suo comportamento e per motivi di ordine e sicurezza pubblici (furto; ripetuta infrazione alla LF sugli stupefacenti; infrazione alla LDDS; contravvenzione alla LF sugli stupefacenti e esercizio illecito della prostituzione)."

E.

In data 19 febbraio 2007, agendo per il tramite del suo patrocinatore, A._____ è insorta avverso la decisione dell'8 febbraio 2005, postulandone l'annullamento.

Nel suo ricorso la ricorrente ha affermato di vivere in Italia e di essere sposata con un cittadino italiano, il quale lavora a Lugano. A sostegno del proprio gravame essa ha rilevato come la decisione dell'8 febbraio 2005, le è stata notificata il 25 gennaio 2007, sebbene l'autorità di prime cure fosse stata a conoscenza della sua incarcerazione presso il Penitenziario Cantonale ticinese "La Stampa" fino al dicembre 2004 nonché dell'esistenza del suo rappresentante legale. L'interessata ha poi osservato che detta decisione avendo reso effettivo il divieto d'entrata unicamente a partire dal 7 ottobre 2007 era quindi contraddittoria e palesemente arbitraria. Entrando nel merito, l'interessata ha sottolineato infine come tale provvedimento amministrativo fosse arbitrario, non proporzionato al suo scopo e violasse il principio d'uguaglianza di trattamento riferendosi in particolare a due decisioni pubblicate inerenti a divieti d'entrata.

F.

Chiamato ad esprimersi in merito al suddetto ricorso, con preavviso del 4 maggio 2007, l'UFM ha postulato la reiezione del gravame. L'autorità inferiore ha in primo luogo rilevato come la ricorrente abbia ammesso di avere soggiornato illegalmente in Svizzera ed ha inoltre

precisato che il comportamento dell'interessata, in particolare per quanto riguarda il traffico di sostanze stupefacenti e l'esercizio della prostituzione, viola un fondamentale interesse pubblico, a favore del quale le autorità devono intervenire con misure di controllo adeguate. L'UFM ha inoltre osservato che ad un primo divieto d'entrata pronunciato il 7 ottobre 2004 è pertanto stato giustapposto, dopo la sentenza penale, un secondo divieto d'entrata di durata illimitata. Infine l'UFM ha sottolineato che i casi menzionati in sede di ricorso inerenti la parità di trattamento non possono essere comparati alla presente fattispecie e non può di conseguenza essere ritenuta una disparità di trattamento.

G.

Controllata alla frontiera di Pizzamiglio il 24 maggio 2007, l'interessata ha affermato di non essere a conoscenza dell'esistenza della decisione di divieto d'entrata del 7 ottobre 2004 e che il suo avvocato le aveva riferito che il provvedimento emanato nei suoi confronti avrebbe prodotto i suoi effetti a partire dal 7 ottobre 2007.

H.

Invitata a prendere posizione in merito al preavviso dell'autorità intimata, con replica dell'8 giugno 2007, A._____ ha ripreso parzialmente le considerazioni sviluppate nel suo gravame del 19 febbraio 2007, sottolineando poi che la decisione del 7 ottobre 2004, della quale il suo patrocinatore era giunto a conoscenza unicamente in data 24 maggio 2007, non era mai stata notificata al suo recapito in Brasile. L'interessata ha infine contestato la valenza di tale decisione siccome non si poteva dedurre, in mancanza di un processo nei suoi confronti, sulla base di quale documentazione fosse stata pronunciata, avvalendosi dunque del principio "in dubio pro reo".

I.

Chiamato ad esprimersi in merito alla suddetta replica, con duplice del 22 giugno 2007, l'UFM ha rilevato che la decisione di divieto d'entrata del 7 ottobre 2004 era stata inviata alla ricorrente per intimazione in Brasile, per il tramite della rappresentanza svizzera in Brasilia, al recapito indicato durante il verbale d'interrogatorio del 9 settembre 2004, la stessa non aveva tuttavia potuto essere intimata al detto recapito, in assenza del codice postale. L'autorità inferiore ha aggiunto che la nuova decisione dell'8 febbraio 2005 era stata anch'essa intimata per via consolare al secondo recapito brasiliano indicato dall'interessata

tuttavia anche quest'ultima era stata ritornata con le stesse considerazioni. L'UFM ha poi sottolineato di aver intimato il secondo provvedimento amministrativo dell'8 febbraio 2005 al rappresentante legale della ricorrente, informandolo nel contempo dell'esistenza di un altro divieto d'entrata pronunciato in data 7 ottobre 2004. Infine l'UFM ha affermato che secondo prassi il provvedimento amministrativo in questione era stato validamente notificato.

J.

Con scritto del 28 agosto 2007, considerate le incertezze relative alla sua notifica, l'autorità di prime cure ha revocato con effetto immediato la decisione del 7 ottobre 2004 conformemente all'art. 58 PA, emanando nel contempo una nuova decisione valevole da subito e di durata illimitata:

"Straniera il cui ritorno in Svizzera è indesiderato a motivo del suo comportamento e per motivi di ordine e di sicurezza pubblici (furto; ripetuta infrazione alla LF sugli stupefacenti; infrazione alla LDDS; contravvenzione alla LF sugli stupefacenti e esercizio illecito della prostituzione)."

Con scritto del 3 settembre 2007, l'interessata ha affermato che la suddetta decisione era stata pronunciata violando l'art. 58 PA, che tale decisione aggravava notevolmente la sua situazione e che pertanto, essa non rendeva privo d'oggetto il ricorso del 19 febbraio 2007.

K.

In data 1° ottobre 2007, agendo per il tramite del suo patrocinatore, l'interessata ha interposto ricorso contra la decisione del 28 agosto 2007, dichiarandola nulla. A sostegno del proprio gravame la ricorrente ha rilevato come l'UFM, pronunciando la nuova decisione, non si fosse basato su fatti nuovi bensì su fatti giudicati in precedenza e che l'UFM aveva già emanato due decisioni in merito, violando pertanto con l'emissione della terza il principio della res iudicata. Entrando nel merito, la ricorrente ha ripreso le stesse considerazioni di diritto sollevate nell'ambito del precedente gravame.

L.

Chiamato ad esprimersi in merito al suddetto ricorso, con preavviso del 19 ottobre 2007, l'UFM ha postulato la reiezione del gravame. Esso ha in primo luogo rilevato come la revoca della decisione del 7 ottobre 2004 fosse stata dettata unicamente da motivi formali legati alla

mancata notifica e considerato che la durata della decisione di divieto d'entrata fosse proporzionale al comportamento tenuto dall'interessata e alle infrazioni da essa commesse.

In data 22 novembre 2007, a complemento del precedente preavviso del 19 ottobre 2007, l'UFM ha precisato di avere revocato con effetto immediato, le decisioni di divieto d'entrata del 7 ottobre 2004 rispettivamente dell'8 febbraio 2005, pronunciando una nuova decisione di divieto d'entrata di durata illimitata in data 28 agosto 2007. L'autorità inferiore ha inoltre ritenuto valida la nuova decisione, in quanto le gravi infrazioni commesse dalla ricorrente sull'arco di parecchi anni costituiscono una reale minaccia.

M.

Invitata e prendere posizione in merito al preavviso dell'autorità intimata e al relativo complemento, con replica del 2 gennaio 2008, la ricorrente ha ripreso sostanzialmente le argomentazioni addotte nel suo gravame, rilevando inoltre una violazione di essere sentita.

N.

Chiamato ad esprimersi in merito alla suddetta replica, con duplice del 29 gennaio 2008, l'UFM ha ripreso le proprie allegazioni di fatto e di diritto.

O.

Invitata a produrre agli atti la documentazione attestante la situazione personale dei coniugi, con scritto del 14 maggio 2009, la ricorrente ha inoltrato una copia del suo permesso di soggiorno italiano, una copia del contratto di lavoro del marito, una copia della corrispondente busta paga nonché una copia del suo permesso C.

Con scritto del 25 giugno 2009, l'interessata ha prodotto l'estratto del suo casellario giudiziale italiano, dalla quale essa risulta essere incensurata.

Diritto:**1.**

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 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 Tribunale amministrativo federale (di seguito: TAF o il Tribunale), 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 ALC).

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

1.3 A._____ ha 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).

1.4 L'entrata in vigore, il 1° gennaio 2008, della legge federale sugli stranieri del 16 dicembre 2005 (LStr, RS 142.20) ha comportato l'abrogazione della LDDS conformemente all'art. 125 LStr in relazione con l'allegato 2 LStr, cifra I. Giusta l'art. 126 cpv. 1 LStr, alle procedure introdotte prima del 1° gennaio 2008 rimangono tuttavia applicabili le precedenti disposizioni di legge (cfr. DTAF 2008/1 consid. 2). Nel caso di specie la procedura questione ha preso inizio prima dell'entrata in vigore della LStr, il diritto materiale previgente è pertanto applicabile. Ai sensi dell'art. 126 cpv. 2 LStr, la procedura inerente alle domande presentate prima dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 2008, della LStr è retta dal nuovo diritto.

2.

In applicazione dell'art. 49 PA, il ricorrente può invocare la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti nonché l'inadeguatezza; quest'ultima censura è tuttavia

inammissibile se un'autorità cantonale ha giudicato quale autorità di ricorso. Il Tribunale applica d'ufficio il diritto federale 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. sentenza 2A.451/2002 del 28 marzo 2003 consid. 1.2 pubblicata parzialmente in: DTF 129 II 215 nonché sentenza del Tribunale amministrativo federale C-135/2006 del 20 dicembre 2007 consid. 2 e riferimenti ivi citati).

3.

3.1 La ricorrente ha rimproverato all'autorità inferiore di aver emanato la decisione del 28 agosto 2007 violando l'art. 58 PA e il principio della res iudicata. Essa ha poi affermato che la decisione impugnata aggravava notevolmente la sua situazione. Dal canto suo l'autorità di prime cure ha asserito di aver emanato tale decisione revocando i precedenti provvedimenti amministrativi del 7 ottobre 2004 rispettivamente dell'8 febbraio 2005 per motivi formali legati alla notificazione di tali decisioni.

In deroga al principio devolutivo del ricorso, l'autorità inferiore è legittimata a riconsiderare le proprie decisioni ai sensi dell'art. 58 PA. Il riesame è pertanto possibile fino a quando lo scambio globale degli scritti non sia terminato (DTF 130 V 138 consid. 4.2; 112 V 333 consid. 5d, 109 V 234, decisione del Tribunale federale 4A.5/2003 del 22 dicembre 2003 consid. 2.2). Per quanto attiene al contenuto, la decisione emessa pendente lite non deve aggravare la situazione del ricorrente rispetto alla precedente decisione, un'eventuale reformatio in peius comporta dunque la nullità della decisione (DTF 122 V 228 consid. 2b/bb; GAAC 63.79 consid. 2). Mediante il nuovo provvedimento amministrativo le decisioni anteriori sono revocate e l'autorità amministrativa è tenuta a notificare immediatamente la nuova decisione alle parti nonché a comunicarne l'emanazione all'autorità di ricorso (art. 58 cpv. 2 PA), la quale continua la trattazione della causa nella misura in cui quest'ultima non sia divenuta priva d'oggetto per effetto della nuova decisione (cfr. art. 58 cpv. 3 1^a frase PA), ovvero nel caso in cui l'interesse giuridicamente protetto non si sia estinto (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2a edizione, Berna 1983, pag. 326). Se ciò non avviene la lite permane sulle domande insoddisfatte e in tal caso l'autorità di ricorso deve entrare nel merito di quanto è rimasto indeciso a prescindere dal fatto che il ricorrente abbia o meno

impugnato la nuova decisione (DTF 113 V 237 consid. 1a; 107 V 250 consid. 3; nonché FRANZ SCHLAURI, Die Neuverfügung lite pendente in der Rechtssprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, San Gallo 2001, pagg. 137-221, pagg. 193 e 210). Un eventuale ricorso interposto contro la nuova decisione ha pertanto unicamente valenza di presa di posizione in conseguenza al ricorso precedente ancora pendente (ROGER HISCHE, Die Wiedererwägung pendente lite im Sozialversicherungsrecht oder die Möglichkeit der späten Einsicht, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Berna 1997, pagg. 448-458, pag. 451 con altri riferimenti).

3.2 In concreto, si rileva dagli atti di causa che l'UFM ha pronunciato la decisione del 28 agosto 2007 dopo essere stato chiamato ad esprimersi dal Tribunale con scritto del 16 agosto 2007. Lo scambio degli scritti non era dunque ancora terminato. L'argomento secondo il quale il principio della res iudicata sarebbe stato violato non ha pertanto alcuna pertinenza.

Ritenuto che la nuova decisione non ha reso privo d'oggetto il ricorso iniziale in nessuna delle sue censure, il Tribunale deve entrare nel merito dello stesso.

4.

Nei suoi gravami, l'interessata ha fatto valere ulteriori eccezioni di natura formale, in particolare la notifica difettosa della decisione impugnata e una violazione del diritto di essere sentita.

4.1 Giusta l'art 38 PA, una notificazione difettosa non può cagionare alle parti alcun pregiudizio, in particolare essa non deve ostacolare l'impugnazione di una decisione dinanzi ad un'autorità di ricorso.

Per quanto concerne le decisioni del 7 ottobre 2004 rispettivamente dell'8 febbraio 2005, ritenuto che esse sono state revocate il 28 agosto 2007 non sussiste pertanto alcun interesse ad esaminare la validità della loro notificazione. La decisione del 28 agosto 2007 è stata notificata il 31 agosto successivo. L'interessata ha avuto conoscenza del provvedimento amministrativo in questione e del suo contenuto, di modo che ha potuto interporre ricorso e difendere la propria posizione

davanti all'autorità di ricorso. Non si è pertanto in presenza di una notificazione difettosa.

4.2 La ricorrente ha rimproverato l'UFM di aver emanato la decisione senza concederle la possibilità di esprimersi in merito, prevalendosi quindi della violazione del suo diritto di essere sentita.

4.2.1 Il diritto di essere sentito, la cui garanzia è ancorata nell'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost., RS 101) e, per quanto concerne la procedura amministrativa federale, negli art. 29 segg. PA, comprende diverse garanzie costituzionali di procedura (cfr. MICHELE ALBERTINI, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Berna 2000, pag. 202 segg.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse Vol. II. Les droits fondamentaux*, 2^a ed., Berna 2006, pag. 606 segg.; BENOIT BOVAY, *Procédure administrative*, Berna 2000, pag. 207 segg.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra/San Gallo 2006, pag. 360 segg.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^a ed., Zurigo 1998, pag. 46, 107 segg.; MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, Berna 2005, pag. 285 segg.), in particolare 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 presa nei suoi confronti, di produrre delle prove rilevanti, d'ottenere che sia dato seguito alle sue offerte di prove, di partecipare all'amministrazione dei mezzi di prova essenziali o almeno di poter esprimersi sul loro risultato, allorquando questo è proprio ad influenzare la decisione da emanare (cfr. DTF 124 II 132 consid. 2b e giurisprudenza ivi citata). Il diritto di essere sentito non conferisce tuttavia 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).

4.2.2 Tale diritto rappresenta una garanzia costituzionale di natura formale, la cui violazione deve essere esaminata d'ufficio ed implica in principio l'annullamento della decisione impugnata indipendentemente dalle probabilità d'esito positivo del ricorso nel merito (cfr. DTF 132 V 387 consid. 5.1; 126 I 19 consid. 2d/bb; DTF 126 V 130 consid. 2b; DTF 122 II 464 consid. 4a e giurisprudenza citata).

4.2.3 Eccezionalmente un'eventuale violazione del diritto di essere sentito può essere sanata allorquando l'autorità che ha emanato la decisione ha preso posizione in merito alle argomentazioni decisive nel quadro dello scambio degli scritti e che l'amministrato ha avuto la possibilità di esprimersi liberamente di fronte ad un'autorità di ricorso, la quale dispone di piena cognizione (cfr. DTF 133 I 201 consid. 2.2; 132 V 387 consid. 5.1; DTF 130 II 530 consid. 7.3; DTF 126 V 130 consid. 2b; DTF 124 V 389 consid. 5a e 180 consid. 4a). Tuttavia, qualora il vizio costituisca una grave violazione di procedura, pur tenendo conto del principio dell'economia di procedura, è escluso che l'autorità di ricorso lo possa sanare (cfr. LORENZ KNEUBÜHLER, *Gehörverletzung und Heilung*, in: Zbl. 3/1998, p. 112ss; contra PATRICK SUTTER in: CHRISTOPH AUER / MARKUS MÜLLER / BENJAMIN SCHINDLER [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich/St. Gallen 2008, art. 29 nota 21).

Nella specie, l'interessata è stata avvisata che le autorità competenti avrebbero preso nei suoi confronti un provvedimento amministrativo, quale il divieto d'entrata, unicamente nell'ambito dell'interrogatorio del 9 settembre 2004, ciò non è avvenuto nell'ambito della seconda decisione emanata l'8 febbraio 2005. Tuttavia, visto che tali decisioni sono state annullate, la questione di un'eventuale sanatoria del diritto di essere sentito non si pone più. Per quanto concerne la decisione del 28 agosto 2007 che, per il suo contenuto riprende le due precedenti decisioni ma si riferisce ad un lasso di tempo differente, visto l'esito del ricorso, tale questione può essere lasciata aperta.

5.

5.1 Oggetto del contendere è un divieto d'entrata adottato in applicazione dell'art. 13 cpv. 1 1^a frase LDDS, secondo cui l'autorità federale può vietare l'entrata in Svizzera di stranieri indesiderabili. Questa norma è applicabile ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e ai loro familiari solo se l'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (ALC, RS 0.142.112.681) non dispone altrimenti (cfr. art. 1 let. a LDDS).

5.2 La ricorrente, in qualità di coniuge di un cittadino italiano e titolare di un permesso di soggiorno valido in Italia per motivi familiari, non si è prevalsa dell'applicazione dell'ALC e dei suoi allegati. Il Tribunale deve tuttavia esaminare d'ufficio se nella presente fattispecie tale

Accordo può essere applicato nonostante la ricorrente non abbia fatto uso del suo diritto al ricingiungimento familiare ai sensi dell'ALC. A tale scopo giova prendere in considerazione l'interpretazione e la giurisprudenza che stanno alla base dei criteri d'applicazione del citato trattato.

5.2.1 Conformemente all'art. 16 cpv. 1 ALC, per conseguire gli obiettivi definiti dal detto Accordo, le parti contraenti prendono tutte le misure necessarie affinché nelle loro relazioni siano applicati diritti e obblighi equivalenti a quelli contenuti negli atti giuridici della Comunità europea ai quali viene fatto riferimento. Giusta l'art. 16 cpv. 2 ALC nella misura in cui l'applicazione dell'ALC implica nozioni di diritto comunitario, si terrà conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) precedente alla data della sua firma. La giurisprudenza della Corte successiva alla firma del presente Accordo verrà comunicata alla Svizzera. Per garantire il corretto funzionamento dell'Accordo, il Comitato misto determina, su richiesta di una delle parti contraenti, le implicazioni di tale giurisprudenza.

5.2.2 Il Tribunale federale ha rilevato in virtù dell'art. 16 cpv. 2 ALC che le decisioni della CGCE pronunciate dopo la firma delle parti contraenti dell'ALC non sono vincolanti, ma possono essere prese in considerazione. Tuttavia nella sua decisione DTF 132 V 423 (consid. 9.5), il Tribunale federale ha affermato che le decisioni posteriori alla firma dell'Accordo, ovvero posteriori al 21 giugno 1999, non vincolano la Svizzera se si oppongono alla volontà manifestamente dichiarata e confermata delle parti contraenti, ciò che potrebbe essere inteso a contrario che una decisione conforme alla volontà delle parti contraenti diventa vincolante (cfr. LAURENT MERZ, *Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral* in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF]*, partie 1, *Droit administratif* 65 [2009], n. 3, pag. 248-306, pag. 259 e giurisprudenza ivi citata).

5.2.3 Secondo una giurisprudenza costante della CGCE, le libertà fondamentali, nel caso di specie la libera circolazione delle persone e le rispettive leggi di attuazione, non si applicano a casi che non presentano alcun elemento di internazionalità, ossia che si limitano unicamente al territorio di uno Stato (KLAUS-DIETER BORCHARDT, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, 2^a edizione interamente rielaborata e aggiornata, Heidelberg 2002, pag. 302, nota 686).

5.3 Giusta l'art. 3 § 1 Allegato I ALC, i membri della famiglia di un cittadino di una parte contraente avente un permesso di soggiorno hanno diritto di stabilirsi con esso. Ai sensi dell'art. 3 § 2 let. a Allegato I ALC il coniuge è considerato membro della famiglia, qualunque sia la sua cittadinanza. Si osserva inoltre che la qualità di coniuge - e dunque di membro di famiglia - costituisce un diritto derivato del diritto originario del lavoratore comunitario. Per il coniuge di uno Stato terzo questo diritto esiste per tutta la durata formale del matrimonio eccetto nel caso di un abuso di diritto, in cui l'unione matrimoniale è stata contratta al fine di eludere la legislazione in tale ambito (cfr. DTF 130 II 113).

Ispirato da una giurisprudenza della CGCE posteriore al 21 giugno 1999 in una causa concernente l'art. 10 del Regolamento (CEE) 1612/68 (sentenza del 23 settembre 2003, Akrich, C-109/01, Rac. 2003, pag. I-9607) il Tribunale federale ha precisato che l'art. 3 Allegato I ALC, il quale corrisponde essenzialmente al detto art. 10, non è applicabile se il membro della famiglia toccato direttamente dal ricongiungimento familiare è privo della nazionalità di uno Stato membro o non risiede legalmente in uno di questi Stati. Tale norma - così pure la portata del Regolamento 1612/68 - concerne infatti la libera circolazione unicamente all'interno dell'Unione europea. In altre parole, l'esercizio del diritto previsto dalla disposizione precitata presuppone, per i cittadini non comunitari, la titolarità di un permesso di soggiorno in una parte contraente (cfr. DTF 134 II 10 nonché giurisprudenza ivi citata).

5.4 Giusta l'art. 1 § 1 Allegato I 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, salvo per i membri della famiglia che non possiedono la cittadinanza di una delle parti contraenti. 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 § 1 Allegato I ALC. Queste nozioni devono essere definite ed interpretate alla luce della direttiva 64/221/CEE e della giurisprudenza della CGCE anteriore alla firma dell'ALC (art. 5 § 2 allegato I ALC in relazione con l'art. 16 § 2 ALC; DTF 131 II 352 consid. 3.1.; 130 II 1 consid. 3.6.1.).

5.5 Vero è che la questione del litigio porta nella specie unicamente sul divieto d'entrata e non sul ricongiungimento familiare tenuto conto dell'assenza di una domanda formulata della ricorrente volta ad ottenere il rilascio di un'autorizzazione di soggiorno in suo favore.

Il Tribunale ritiene tuttavia che la ricorrente, in qualità di cittadina di uno Stato terzo a beneficio di un permesso di soggiorno di uno Stato comunitario e coniugata con un cittadino italiano titolare di un permesso di domicilio in Svizzera rientra nella sfera di applicazione dell'ALC. Visto che l'interessata nel suo gravame postula l'annullamento del provvedimento di divieto d'entrata emanato nei suoi confronti, la decisione va esaminata tenendo conto dell' Accordo nonché dei relativi allegati (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale del 27 agosto 2009 C-5960/2008 nella quale tale questione è stata lasciata aperta).

6.

6.1 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 costituisca per lo Stato d'accoglienza una minaccia potenziale, effettiva e di gravità tale da incidere su un interesse fondamentale della società (cfr. DTF 131 citata 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).

6.2 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). 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 comporta-

mento 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, quest'ultime possono essere prese in considerazione unicamente se le circostanze in cui si sono verificate lasciano 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).

6.3 L'adozione di un provvedimento di ordine pubblico non è tuttavia 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 130 II 493 consid. 3.3; 130 II citato consid. 4.3.1; sentenze del Tribunale federale 2C_520/2008 del 3 aprile 2009 consid. 3.2 e 2C_375/2007 dell'8 novembre 2007 consid. 3).

Inoltre, come nel caso di qualsiasi altro cittadino straniero, l'esame deve essere effettuato tenendo presente le garanzie derivanti dalla Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, RS 0.101) così come il principio della proporzionalità (DTF 131 II 352 consid. 3.3). 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).

7.

Con sentenza del 20 dicembre 2004, la Corte delle assise correzionali di Lugano ha dichiarato A._____ autrice colpevole di furto, di ripetuta infrazione aggravata alla LStup, di infrazione alla LDDS, di contravvenzione alla LStup nonché di esercizio illecito della prostituzione, condannandola alla pena di diciotto mesi di detenzione sospesi condizionalmente per un periodo di prova di due anni e all'espulsione dal territorio svizzero per 5 anni.

Dalla suddetta sentenza emerge che la ricorrente è stata ritenuta colpevole per aver esercitato illecitamente l'attività di prostituta nei periodi tra l'11 dicembre 2002 e il febbraio 2003, tra l'aprile 2003 e il maggio 2003 e tra il settembre 2003 e il maggio 2004, per avere soggiornato illegalmente in Svizzera nel periodo tra l'11 dicembre 2002 e il 3 giugno 2004, nonché di aver infranto ripetutamente la LStup, in particolare per avere venduto in correatà con terzi circa 8 grammi di cocaina a terzi consumatori tra il febbraio 2004 e il maggio 2004, per aver venduto per conto di terzi 40 grammi circa di cocaina a terzi, procurato e negoziato la vendita a terzi di complessivi 131 grammi circa di cocaina nonché per aver offerto gratuitamente a terzi 10 grammi circa di cocaina tra l'ottobre 2003 e il luglio 2004 e per avere consumato circa 115 grammi di cocaina nel periodo tra l'aprile 2003 e il luglio 2004. L'interessata si è resa colpevole di reati in un campo - quelli del traffico di sostanze stupefacenti e della prostituzione - particolarmente delicato dell'ordinamento giuridico svizzero e ove la prassi è molto severa (cfr. DTF 125 II 521 consid. 4a/aa; 122 II 433 consid. 2c).

8.

Occorre stabilire se il provvedimento amministrativo emanato nei suoi confronti è conforme all'ALC, ossia se il comportamento personale della ricorrente costituisce una minaccia attuale, effettiva e concreta all'ordine pubblico, tale da giustificare una misura per motivi di ordine pubblico giusta l'art. 5 Allegato I ALC e se tale provvedimento è conforme alla CEDU, nonché al principio di proporzionalità.

8.1 Dall'incarto cantonale si evince che la ricorrente è stata scarcerata il 23 dicembre 2004 e che le è stata inflitta una pena di 18 mesi di detenzione sospesi condizionalmente per un periodo di prova di due anni, terminati nel dicembre 2006. La pena inflitta all'interessata emessa con la condizionale dimostra che i giudici penali hanno ritenuto possibile formulare nei confronti della ricorrente una prognosi favorevole. Come è emerso infatti dagli atti di causa, essa non ha più dato adito a lagnanza alcuna (cfr. estratto del casellario giudiziale italiano del 4 giugno 2009) e dall'epoca della condanna sono trascorsi all'incirca quasi cinque anni.

8.2 Tenuto conto dell'insieme delle circostanze e rilevato che nella specie non si constata un caso di abuso di diritto per quanto concerne l'unione matrimoniale, il Tribunale ritiene che la ricorrente non rappresenta una minaccia effettiva, attuale e sufficientemente grave ad un interesse fondamentale della società, tale da legittimare una misura per motivi di ordine pubblico giusta l'art. 5 Allegato I ALC (cfr. sentenza del Tribunale federale 2C_378/2007 del 14 gennaio 2008). La decisione impugnata viola pertanto i diritti derivanti dall'Accordo.

Visto l'esito del ricorso, è superfluo esaminare se la decisione impugnata è conforme all'art. 8 della Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, RS 0.101) nonché all'art. 13 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost., RS 101).

9.

Di conseguenza il ricorso è accolto e la decisione del 27 agosto 2007 dell'UFM è annullata con effetto immediato.

10.

Visto l'esito della procedura, non si prelevano spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA e contrario). L'importo di Fr. 700.- versato il 23 marzo 2007 è restituito alla ricorrente.

11.

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 accoglie 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 elevate che ha sopportato.

12. In concreto si constata che l'interessata è patrocinata da un legale. Tenuto conto 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 di Fr. 1'500.- a titolo di spese ripetibili appaia equa.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è accolto, nel senso che la decisione di divieto d'entrata del 27 agosto 2007 deve essere annullata con effetto immediato.

2.

Non si prelevano spese processuali. L'anticipo spese di Fr. 700.- versato il 23 marzo 2007 è restituito alla ricorrente.

3.

L'UFM verserà alla ricorrente un'indennità di Fr. 1'500.- a titolo di spese ripetibili.

4.

Comunicazione a:

- ricorrente (Atto giudiziario; allegato: foglio di informazione per il rimborso)
- autorità inferiore (incarto n. di rif. ... di ritorno)
- Sezione dei permessi e dell'immigrazione, Bellinzona, per informazione (incarto cantonale di ritorno)

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

La presidente del collegio:

La cancelliera:

Elena Avenati-Carpani

Mara Vassella

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]. Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: