



Corte III
C-3178/2011

Sentenza del 20 luglio 2012

Composizione

Giudici Elena Avenati-Carpani (presidente del collegio),
Andreas Trommer, Marie-Chantal May Canellas
cancelliere Manuel Borla.

Parti

A. _____,
...,
per notificazione B. _____,
...,
ricorrente,

contro

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

Oggetto

Divieto d'entrata

Fatti:**A.**

Con decreto di accusa del 24 gennaio 2011, non impugnato e cresciuto in giudicato, la Procura Pubblica del Cantone Ticino ha condannato A._____, cittadino pakistano, alla pena di 10 aliquote giornaliere per Fr. 30.- cadauna, per complessivi Fr. 300.-, sospesa condizionalmente per un periodo di prova di 2 anni, in quanto ritenuto colpevole di infrazione alla legge federale sugli stranieri, in particolare per aver esercitato senza permesso un'attività lucrativa in Svizzera dal 10 al 15 dicembre 2010 (art. 115 cpv. 1 lett. c della legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri [LStr, RS 142.20]).

B.

Il 21 marzo 2011 l'Ufficio federale della migrazione (in seguito: UFM) ha quindi pronunciato nei confronti di A._____ un divieto di entrata valido sino al 20 marzo 2014, nonché ha deciso la sua iscrizione nel sistema di informazione Schengen-SIS. L'autorità federale ha motivato la propria decisione indicando che A._____, esercitando l'attività lucrativa quale venditore ambulante senza autorizzazione, ha violato e minacciato la sicurezza e l'ordine pubblico sul territorio svizzero (art. 67 LStr).

C.

Il 25 maggio 2011 A._____ è insorto avverso la suddetta decisione, adducendo di aver inteso lavorare nel rispetto delle norme svizzere, ed in particolare di aver ottenuto un regolare permesso di venditore ambulante sul territorio svizzero, ma che alla scadenza dello stesso non è stato più in grado di rinnovare. Infine a sostegno della propria richiesta egli ha sottolineato di aver regolarmente ossequiato il pagamento della pena pecuniaria emanata nei suoi confronti.

D.

Con scritto dell'8 luglio 2011 il ricorrente ha chiesto di essere ammesso a beneficio dell'assistenza giudiziaria, la quale, alla luce della documentazione trasmessa l'8 agosto seguente, è stata accettata con decisione del presente Tribunale il 30 agosto 2011.

E.

Chiamato a esprimersi in merito al suddetto ricorso, l'UFM ha ribadito le proprie conclusioni con risposta del 22 settembre 2011, sottolineando in particolare che "le argomentazioni addotte in sede di ricorso volte a mini-

mizzare la gravità del comportamento tenuto dall'interessato" non consentono di modificare il proprio apprezzamento.

F.

Con replica del 22 ottobre 2011, il ricorrente si è riconfermato nelle proprie allegazioni di fatto e di diritto, sottolineando da una parte di non aver più trovato l'Ufficio competente per il rinnovo del permesso quale venditore ambulante e dall'altra di aver commesso le infrazioni di cui sopra in "buona fede", poiché aveva inteso che il citato permesso non era più necessario.

G.

Invitato dal Tribunale a produrre copia del permesso di soggiorno italiano, il ricorrente non ha dato alcun seguito a tale invito.

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 amministrativo federale (di seguito: TAF o il Tribunale) giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 dalla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021) prese dalle autorità menzionate all'art. 33 LTF.

In particolare, le decisioni in 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, il quale statuisce in via definitiva (cfr. art. 1 cpv. 2 LTAF in relazione con l'art. 83 let. c cifra 1 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale [LTF, RS 173.110]).

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

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).

2.

Ai sensi dell'art. 49 PA i motivi di ricorso sono 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 alcun caso dai motivi del ricorso (cfr. art. 62 cpv. 4 PA). Rilevante è in primo luogo la situazione di fatto al momento del giudizio (cfr. DTAF 2011/1 consid. 2 e giurisprudenza ivi citata).

3.

Dagli atti istruttori emerge che il ricorrente non ha potuto esprimersi in merito alla decisione di divieto d'entrata prima della sua emanazione. Ne discende che questo Tribunale deve in primo luogo analizzare quali siano le conseguenze della violazione del suo diritto di essere sentito.

3.1. Per costante giurisprudenza, dal diritto di essere sentito, disciplinato dall'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost., RS 101) e ancorato, per quanto concerne la procedura amministrativa federale, all'art. 29 PA e segg., deve in particolare essere dedotto il diritto per l'interessato di esprimersi prima della resa di una decisione sfavorevole nei suoi confronti, quello di fornire prove circa i fatti suscettibili di influire sul provvedimento, quello di poter prendere visione dell'incarto e di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi al riguardo (DTF 135 I 279, consid. 2.3 e giurisprudenza ivi citata).

La giurisprudenza ha inoltre dedotto dal diritto di essere sentito l'obbligo per l'autorità di motivare la sua decisione, così da permettere ai destinatari e ad altri interessati di comprenderla, eventualmente di impugnarla così da rendere possibile all'autorità di ricorso di esercitare convenientemente il suo controllo (cfr. DTF 137 II 266 consid. 3.2; DTF 134 I 83 consid. 4.1 e giurisprudenza ivi citata, DTAF 2009/35 consid. 6.4.1; cfr. inoltre la sentenza del Tribunale federale 2A.496/2006 / 2A.497/2006 del 15 ottobre 2007 consid. 5.1.1). Si è in presenza di una violazione del diritto di essere sentito se l'autorità non soddisfa al suo obbligo di esaminare e di trattare i problemi pertinenti. Per adempiere a tali esigenze, è sufficiente che il giudice (o l'autorità) menzioni, almeno brevemente, i motivi sui quali ha fondato la sua decisione, in modo da permettere all'interessato di apprezzare la portata di quest'ultima e di impugnarla in piena conoscenza di causa. In ge-

nerale, la portata dell'obbligo di motivare dipende dalla complessità della fattispecie da giudicare, dalla potenziale gravità delle conseguenze della decisione e dalle circostanze del singolo caso. Più la libertà d'apprezzamento dell'autorità è ampia e più la misura adottata arreca pregiudizio ai diritti dei singoli, più la decisione deve essere circostanziata (cfr. DTF 112 la 107 consid. 2b; cfr. anche la sentenza del Tribunale federale 2A.496/2006 / 2A.497/2006 precitata). Sebbene la motivazione deve fare emergere le riflessioni dell'autorità in merito agli elementi (di fatto o di diritto) essenziali che hanno influenzato la decisione, l'autorità non è comunque tenuta a pronunciarsi su tutti i fatti, argomentazioni e mezzi di prova invocati dalle parti, ma può permettersi di limitarsi a quelli che, senza arbitrio, le sembrano decisivi per la risoluzione della causa (cfr. DTF 133 I 270 consid. 3.1 e giurisprudenza ivi citata). Dal punto di vista formale, il diritto ad una motivazione è rispettata anche se la motivazione è implicita, risulta da diversi considerandi componenti la decisione oppure da rinvii ad altri atti. Anche in questo caso, occorre però che ciò non ne ostacoli oltremodo la comprensione o addirittura la precluda (cfr. sentenza del Tribunale federale 2C_99/2011 del 6 ottobre 2011, consid. 3.2 e giurisprudenza ivi citata).

3.2. Il diritto di essere sentito è una garanzia di natura formale, la cui violazione implica, di principio, l'annullamento della decisione impugnata a prescindere dalle possibilità di successo nel merito. Secondo la prassi del Tribunale federale, tuttavia, una violazione di detto diritto può essere sanata nell'ambito di una procedura di ricorso, qualora l'autorità di ricorso disponga dello stesso potere di esame dell'autorità decidente. La riparazione del vizio deve tuttavia, segnatamente in presenza di gravi violazioni, rimanere l'eccezione, non fosse altro perché la concessione successiva del diritto di essere sentito costituisce sovente solo un surrogato imperfetto dell'omessa audizione preventiva. Una riparazione entra inoltre in linea di conto solo se la persona interessata non abbia a subire pregiudizio dalla concessione successiva del diritto di essere sentita, rispettivamente dalla sanatoria (cfr. DTF 135 I precitata, consid. 2.6.1 e giurisprudenza ivi citata; sentenza del Tribunale federale 1C_112/2011 del 13 luglio 2011 consid. 2.1.3 e giurisprudenza ivi citata).

Inoltre, secondo il Tribunale federale, è giustificato rinunciare al rinvio di una vertenza all'autorità inferiore anche in presenza di una grave violazione della precitata garanzia, nella misura in cui tale agire rappresenterebbe unicamente una formalità eccessiva che provocherebbe inutili ritar-

di inconciliabili con gli interessi del ricorrente (cfr. DTF 133 I 201 consid. 2.2 e giurisprudenza ivi citata).

3.3. Nella fattispecie che qui ci riguarda, l'interessato non è stato sentito prima dell'emissione del provvedimento e la motivazione dell'UFM è senz'altro succinta. Tuttavia il ricorrente ha potuto difendersi correttamente e nell'ambito dello scambio degli scritti l'autorità inferiore ha preso posizione in merito alle argomentazioni decisive. Parimenti A._____ ha avuto la possibilità di esprimersi liberamente di fronte ad un'autorità di ricorso la cui cognizione è altrettanto ampia che quella dell'autorità inferiore. Ciò posto il Tribunale ritiene che la violazione del diritto di essere sentito è nella fattispecie sanata.

4.

4.1. A partire dal 12 dicembre 2008 sono entrati in vigore gli accordi inerenti alla normativa Schengen. Conformemente agli art. 94 cpv. 1 e 96 della Convenzione d'applicazione del 19 giugno 1990 dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen [CAS], GU L 239 del 22 settembre 2000, pagg. 19-62) e all'art. 16 cpv. 2 e 4 della legge federale del 13 giugno 2008 sui sistemi d'informazione di polizia della Confederazione (LSIP, RS 361), i cittadini di Stati non membri degli Accordi di associazione alla normativa di Schengen (e-lencati nell'allegato 1 cifra LStr), i quali sono stati oggetto di un divieto d'entrata vengono di principio segnalati ai fini della non ammissione nel Sistema d'informazione Schengen ([SIS], cfr. anche art. 92 segg. CAS). Una segnalazione nel SIS comporta di conseguenza il divieto d'entrata in tutti gli stati membri dello spazio Schengen (cfr. art. 13 cpv. 1 del regolamento (CE) n. 562/2006 del parlamento europeo del consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone [codice frontiere Schengen, GU L105 del 13 aprile 2006, pagg. 1-32]). Tuttavia, qualora un titolo di soggiorno sia stato rilasciato da uno stato membro, l'altro stato membro che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima, avendo però la facoltà di iscrivere lo straniero nel proprio elenco delle persone segnalate (art. 25 CAS). Per motivi umanitari o obblighi di diritto internazionale gli Stati membri possono tuttavia autorizzare l'accesso al proprio territorio ad una persona iscritta nel SIS (art. 13 cpv. 1 in relazione con l'art. 5 cpv. 4 lett. c codice frontiere Schengen).

4.2. Il ricorrente non è cittadino di uno Stato membro dello spazio Schengen, ma risiederebbe in Italia. Tuttavia, benché invitato a produrre il titolo di soggiorno italiano nel quadro del presente ricorso entro il 23 aprile 2012, A._____ non vi ha dato seguito. Ne discende che egli deve essere considerato residente in Italia senza un valido permesso, con la conseguenza che la querelata decisione è stata a giusto titolo iscritta nel SIS (cfr. art. 96 CAS).

5.

5.1. A seguito dello sviluppo dell'acquis di Schengen, con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2011, è stato modificato l'art. 67 LStr, il quale disciplina il divieto d'entrata (Decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero lo scambio di note tra la Svizzera e la CE concernente il recepimento della direttiva CE sul rimpatrio [direttiva 208/115/Ce] RU 2010 5925 e FF 2009 7737).

5.2. Conformemente al nuovo art. 67 cpv. 2 LStr, l'UFM può vietare l'entrata in Svizzera, ad uno straniero che ha violato o espone a pericolo l'ordine e la sicurezza pubblici in Svizzera o all'estero (art. 67 cpv. 2 lett. a LStr). Il divieto d'entrata è pronunciato per una durata massima di cinque anni. Può essere pronunciato per una durata più lunga se l'interessato costituisce un grave pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici (art. 67 cpv. 3 LStr). Infine l'autorità cui compete la decisione può, per motivi umanitari o altri motivi gravi, rinunciare a pronunciare un divieto d'entrata oppure sospenderlo definitivamente o temporaneamente (art. 67 cpv. 5 LStr).

6.

6.1. 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). La sicurezza e l'ordine pubblici nel senso dell'art. 67 LStr comprendono, tra i beni giuridici da proteggere nel contesto della polizia, anche l'inviolabilità dell'ordine giuridico obiettivo (cfr. Messaggio precitato, FF 2002 pag 3424; cfr. anche RAINER J. SCHWEIZER / PATRICK SUTTER / NINA WIDMER, IN: RAINER J. SCHWEIZER [ed.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Vol. III/1, Basilea 2008, Parte B cifra 13 con ulteriori riferimenti).

6.2. L'ordinanza del 24 ottobre 2007 sull'ammissione, il soggiorno e l'attività lucrativa (OASA, RS 142.201), in particolare l'art. 80 cpv. 1 OASA, sancisce che vi è violazione della sicurezza e dell'ordine pubblici in caso di mancato rispetto di prescrizioni di legge e di decisioni delle autorità (lett. a), in caso di mancato adempimento temerario di doveri di diritto pubblico o privato (lett. b) o se la persona interessata approva o incoraggia pubblicamente un crimine contro la pace, un crimine di guerra, un crimine contro l'umanità o un atto terroristico oppure fomenta l'odio contro parti della popolazione (lett. c). Vi è esposizione della sicurezza e dell'ordine pubblici a pericolo, se sussistono indizi concreti che il soggiorno in Svizzera dello straniero in questione porti con notevole probabilità ad una violazione della sicurezza e dell'ordine pubblici (art. 80 cpv. 2 OASA). In tal senso dovrà quindi essere emessa una prognosi negativa a meno che i motivi che hanno condotto l'interessato ad agire violando la sicurezza e l'ordine pubblici, non sussistano più (cfr. MARC SPESCHA / HANSPETER THÜR / ANDREAS ZÜND / PETER BOLZLI, Migrationsrecht, Zürich 2009, art. 67 LStr, cifra 2). In proposito va detto che 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).

7.

7.1. Giusta l'art. 11 cpv. 1 LStr, lo straniero che intende esercitare un'attività lucrativa in Svizzera necessita di un permesso indipendentemente dalla durata del soggiorno. Il permesso va richiesto all'autorità competente per il luogo di lavoro previsto. È considerata attività lucrativa, poco importa se svolta a titolo gratuito od oneroso, qualsiasi attività dipendente o indipendente normalmente esercitata dietro compenso (art. 11 cpv. 2 LStr). Una regolamentazione speciale è prevista invece per lo straniero che fornisce una prestazione di servizi transfrontaliera, il quale necessita di un permesso se la sua attività lucrativa supera otto giorni per anno civile (art. 14 cpv. 1 OASA). Tuttavia qualora l'attività esercitata sia il commercio ambulante il permesso deve essere ottenuto indipendentemente dalla durata del soggiorno (art. 14 cpv. 3 let. d OASA).

7.2. Nella fattispecie, con decreto d'accusa del 16 maggio 2011, cresciuto in giudicato, la Procura pubblica del Cantone Ticino ha riconosciuto il ricorrente colpevole di esercizio di un'attività lucrativa (venditore ambulante) senza alcun permesso nel periodo dal 10 al 15 dicembre 2010.

Con il ricorso in esame A._____ non ha negato di aver esercitato l'attività quale venditore ambulante nel periodo sopra indicato, ma ha sottolineato da una parte di non aver più trovato l'ufficio dove riottenere il permesso e dall'altra di aver ritenuto in buona fede che il permesso per esercitare un'attività lucrativa in Svizzera segnatamente la vendita di oggettistica di bigiotteria non fosse più necessario.

7.3. Con riferimento alla nozione di buona fede in esame occorre differenziare tra la buona fede intesa come mancata consapevolezza dell'illeceità ("Unrechtsbewusstsein"), per cui talvolta la giurisprudenza ammette il comportamento mantenuto dall'individuo in violazione delle disposizioni legali, e la questione di sapere se l'interessato, facendo uso dell'attenzione che le circostanze permettevano di esigere da lui, avrebbe potuto e dovuto riconoscere il vizio giuridico esistente. La consapevolezza o meno dell'illeceità dell'atto o dell'omissione è una questione di fatto, mentre sapere se una persona abbia fatto prova dell'attenzione ragionevolmente esigibile, è una questione di diritto (DTF 122 V 221 consid. 3 pag. 223 e riferimenti; DLA 1998 no. 41 pag. 237 consid. 3; sentenza 8C_383/2007 del 15 luglio 2008 consid. 7.1).

In concreto non occorre chinarsi sulla problematica e sapere se un'eventuale mancata consapevolezza d'illeceità avrebbe potuto rendere lecito e senza conseguenze il comportamento omissivo del ricorrente. Infatti dalle risultanze istruttorie emerge che A._____ richiese ed ottenne con successo il permesso di esercitare l'attività di venditore ambulante dall'agosto 2008 all'agosto 2009, ciò che testimonia la conoscenza della procedura di ottenimento del permesso a differenza di quanto da egli preteso. Inoltre l'interessato non ha allegato alcun elemento fattuale che comprovi una modifica della procedura di ottenimento del permesso che abbia potuto trarlo in inganno.

7.4. Ne discende che l'attività quale venditore ambulante svolta dal ricorrente in diverse località del Canton Ticino tra il 10 e il 15 dicembre 2010, è da considerare un'attività lucrativa quale venditore ambulante esercitata senza permesso in violazione dell'art. 14 cpv. 3 LStr. Ne è seguito giustamente l'applicazione delle disposizioni penali in particolare l'art. 115 cpv. 1 let. c LStr, che punisce colui che esercita senza permesso un'attività lucrativa in Svizzera.

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, il ricorrente avendo violato le normative vigenti in materia di diritto degli stranieri, la decisione dell'auto-

rità amministrativa dell'UFM relativa all'emanazione di un divieto di entrata nei suoi confronti è giustificata.

8.

Essendo la decisione di divieto d'entrata confermata nel suo principio, resta ora da stabilire se la durata della misura di allontanamento adottata dall'UFM, prevista sino al 20 marzo 2014, rispetta il principio di proporzionalità.

8.1. A tale proposito occorre esaminare, se la durata del provvedimento amministrativo è stata fissata nel rispetto dell'esercizio del potere d'apprezzamento, prestando particolare attenzione al principio della proporzionalità. Sotto questo aspetto è necessario procedere ad una corretta ponderazione degli interessi in causa: quello pubblico della Svizzera al mantenimento del divieto d'entrata e quello privato del ricorrente a potervi entrare. Rilevanti sono le particolarità del comportamento illecito, la situazione personale della persona interessata e la rilevanza del bene giuridico minacciato o violato (cfr. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^a ed. integralmente rielaborata, Zurigo/San Gallo 2010, cifra 613 segg.). In particolare è necessario che il provvedimento appaia essenziale ed idoneo a raggiungere lo scopo perseguito dalla misura amministrativa e che sussista un rapporto ragionevole fra lo scopo perseguito e la restrizione alla libertà personale che ne consegue (DTF 136 IV 97 consid. 5.2.2, DTF 135 I 176 consid. 8.1, DTF 133 I 110 consid. 7.1 e giurisprudenza ivi citata). Di principio l'interesse pubblico al mantenimento di provvedimenti amministrativi nel contesto della polizia degli stranieri è da considerarsi elevato.

8.2. Per quanto riguarda l'interesse privato del ricorrente, dalle risultanze istruttorie emerge che A._____ ha la propria famiglia in Pakistan, che soggiorna e lavora perlopiù in Italia, senza apparentemente alcun legame con la Svizzera. D'altra parte occorre però rilevare che egli non ha commesso crimini particolarmente efferati, in quanto ha esercitato un'attività lucrativa senza permesso durante un periodo estremamente breve, ossia per 5 giorni. Inoltre egli ha già beneficiato di un permesso per attività lucrativa quale venditore ambulante in Svizzera, in particolare nel Canton Berna, senza commettere alcuna infrazione all'ordinamento giuridico svizzero.

In queste circostanze, la ponderazione degli interessi in presenza conduce a considerare che se da una parte l'interesse pubblico all'emanazione di una misura di allontanamento è dato, dall'altra deve essere riconosciu-

to una sproporzionalità nella misura adottata dall'autorità di prime cure, i cui effetti devono essere limitati alla data della presente sentenza.

9.

Ne discende che la decisione impugnata non è conforme al diritto federale (cfr. 49 PA) e deve essere riformata; il ricorso deve essere parzialmente accolto nel senso che la misura di allontanamento è limitata alla data della presente sentenza.

10.

Visto l'esito della procedura, le spese processuali ridotte (art. 63 cpv. 1 seconda frase PA) devono essere messe a carico del soccombente. Tuttavia alla luce della domanda di esonero delle stesse, accolta dal Tribunale con decisione incidentale del 30 agosto 2011, il ricorrente è esentato dal pagamento di ogni importo (art. 65 cpv. 1 PA).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è parzialmente accolto e la decisione dell'UFM del 21 marzo 2011 è riformata, nel senso che il divieto d'entrata è limitato alla data della presente sentenza.

2.

Non si prelevano spese processuali.

3.

Comunicazione a:

- ricorrente (Raccomandata)
- autorità inferiore (n. di rif. Simic ...; incarto di ritorno)
- Sezione della popolazione, Bellinzona, per informazione

La presidente del collegio:

Il cancelliere:

Elena Avenati-Carpani

Manuel Borla

Data di spedizione: