Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Corte III
C-2916/2009

{T 0/2}

Sentenza del 20 gennaio 2010

Composizione

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

Parti

A._____,
patrocinata dall'avvocato Rossano Guggiari,
ricorrente,

contro

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

Oggetto

Divieto d'entrata.

Fatti:

A.
In data 28 marzo 2009, durante un controllo di Polizia nella discoteca B._____ a C._____, A._____, cittadina brasiliana nata il ..., è stata vista mentre si esibiva in qualità di cubista. Al controllo dei documenti è risultato che l'interessata era priva di un permesso di lavoro valido.

B.

B.a In data 6 aprile 2009, A._____ è stata interrogata dalla Polizia Cantonale dei Grigioni per avere esercitato la suddetta attività lucrativa senza il richiesto permesso. A tale proposito essa ha dichiarato di aver ricevuto una telefonata il 26 marzo 2009 da un amico del gerente della discoteca, il quale le proponeva di eseguire dei provini in qualità di cubista. Il 28 marzo 2009 si è dunque presentata al predetto locale, esibendosi durante circa 15 minuti prima di essere controllata dalla Polizia. Essa ha poi spiegato di essere entrata in Italia il 9 giugno 2008 e di essersi stabilita presso il compagno a Lugano a decorrere dal 6 marzo 2009, con l'intenzione di contrarre matrimonio. Prima di trasferirsi in Svizzera, vi entrava circa una o due volte alla settimana siccome la figlia studiava l'italiano a Lugano. In riguardo alla sua situazione finanziaria, essa ha dichiarato che al suo arrivo in Italia era in possesso di Euro 9'000 e di una carta bancaria sul cui conto vi era un saldo positivo di Euro 60'000 e che inoltre il suo compagno provvedeva al suo mantenimento senza pretendere nulla in cambio. Unicamente quella sera si era esibita quale cubista e non aveva mai perseguito nessun'altra attività lucrativa in Svizzera. L'interessata ha obbiettato che non era da considerare quale attività lucrativa un'esibizione di 10 minuti senza retribuzione e visto che si trattava solo di una prova non ha ritenuto necessario richiedere un permesso di lavoro. Per quanto riguarda gli accordi presi con il gerente della discoteca, questi stabilivano che avrebbe ballato per circa 10 minuti e se fosse stato di suo gradimento avrebbe potuto continuare. Al contrario di quanto asserito dall'interessata, il gerente del locale ha dichiarato di avere assunto l'interessata unicamente per quella serata per la durata di due ore di esibizione alla tariffa di fr. 100.-. A._____ ha infine affermato che, in vista dell'imminente matrimonio, un divieto d'entrata di due anni risultava sproporzionato.

B.b Durante il suddetto interrogatorio, l'interessata è stata messa al corrente che la Polizia degli stranieri del Cantone dei Grigioni era intenzionata a richiedere all'autorità competente un divieto d'entrata in Svizzera (domanda 31. dell'interrogatorio del 6 aprile 2009) e immediatamente dopo le è stata notificata la decisione di divieto d'entrata decretata dall'Ufficio federale della migrazione (UFM) il giorno stesso, valevole da subito sino al 5 aprile 2011 e motivata come segue:

"Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung wegen illegalem Aufenthalts und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG)."

L'interessata è stata informata che avrebbe dovuto lasciare la Svizzera entro martedì 7 aprile 2009 alle ore 24:00, consegnando la conferma d'uscita al valico doganale. La decisione è stata notificata brevi manu all'interessata durante l'interrogatorio.

L'autorità di prime cure ha altresì tolto l'effetto sospensivo ad un eventuale ricorso.

B.c In data 7 aprile 2009, al momento della consegna della conferma d'uscita al valico di Chiasso, oltre al rapporto CGCF redatto dal Corpo guardie di Confine è stato compilato un formulario concernente il diritto di essere sentito, il quale non è stato sottoscritto dall'interessata.

C.
In data 5 maggio 2009, agendo per il tramite del suo patrocinatore, l'interessata è insorta avverso la suddetta decisione, richiedendone l'annullamento e postulando la restituzione dell'effetto sospensivo tolto al gravame. Per quanto concerne la documentazione di causa, la ricorrente ha osservato che il ricorso veniva inoltrato a titolo prudenziale cautelativo e con piena riserva di poter estendere la propria argomentazione sulla base degli atti di cui non era ancora in possesso e che erano stati richiesti quasi un mese prima e non ancora inoltrati. La ricorrente ha in primo luogo affermato di non aver avuto la possibilità di difendersi e che l'intera procedura è avvenuta in tedesco sebbene non lo parli. Essa ha inoltre riconfermato la volontà di unirsi in matrimonio, i cui preparativi erano in corso, avendo pertanto il diritto al ricongiungimento familiare. La ricorrente ha affermato di non sottostare all'obbligo del visto e che di conseguenza il fatto di essersi

recata in Svizzera per un soggiorno non lucrativo e per organizzare il suo matrimonio, provando all'occasione una futura attività lavorativa per una sola sera non viola alcuna legge, facendo pertanto valere l'eccesso e l'abuso del potere di apprezzamento. A mente della ricorrente risulterebbe eccessivo espellere con effetto immediato una persona che per un paio d'ore ha provato a ballare in qualità di cubista in un esercizio pubblico notturno in vista di una sua futura attività dopo il matrimonio. Infine la ricorrente ha asserito che ai sensi dell'art. 67 della legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri (LStr, RS 142.20), l'UFM ha la competenza di vietare l'entrata in Svizzera allo straniero che ha violato o espone a pericolo l'ordine e la sicurezza pubblici in Svizzera e che l'infrazione imputatale non rappresenta una tale minaccia, sottolineando che nessuna delle condizioni disciplinate all'art. 67 cpv. 1 lit. b, c e d LStr sono adempiute in concreto e che il cpv. 4 del medesimo articolo prevede la possibilità di sospendere il divieto d'entrata, ciò che la ricorrente richiede con il presente gravame.

D.
Con decisione incidentale del 19 maggio 2009, il Tribunale amministrativo federale (di seguito: TAF o il Tribunale) ha accolto l'istanza volta ad ottenere la restituzione dell'effetto sospensivo ed ha invitato l'UFM ad inviare gli atti riguardanti la presente causa alla ricorrente conformemente all'art. 26 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021).

E.

E.a Con missiva del 9 giugno 2009, l'autorità inferiore ha trasmesso gli atti in copia all'interessata.

E.b In data 17 giugno 2009 il rappresentante legale ha richiesto nuovamente all'autorità inferiore di produrre l'interrogatorio del gerente della discoteca non allegato nella documentazione ricevuta. A tale missiva in data 23 giugno 2009 l'autorità di prime cure ha risposto di aver trasmesso tutti gli atti in loro possesso, invitando pertanto l'avvocato a mettersi in contatto con l'Ufficio per questioni di polizia e diritto civile, polizia degli stranieri, passaporti e patenti di Coira/GR.

E.c In data 18 giugno 2009 il suddetto Ufficio ha trasmesso all'UFM il rapporto criminale della Polizia cantonale grigionese. Il 13 agosto 2009 l'autorità di prime cure ha inviato all'avv. Guggiari tale rapporto di

polizia, osservando di non essere in possesso di ulteriori documenti al riguardo.

E.d In data 25 agosto 2009 il Tribunale ha informato il rappresentante della ricorrente di non essere in possesso di alcun documento concernente il gerente del detto locale notturno.

E.e In data 26 agosto il rappresentante legale dell'interessata ha richiesto al TAF di ingiungere alle autorità cantonali del Canton Grigioni di mettere a disposizione la documentazione necessaria più volte richiesta. Oltre a ciò, con missiva dello stesso giorno, egli ha preso atto che al momento la documentazione richiesta non era a sua disposizione. Ribadendo le conclusioni contenute nell'atto ricorsuale del 5 maggio 2009, egli ha fatto valere la violazione del diritto di essere sentito ed ha constatato che il divieto d'entrata era stato consegnato alla ricorrente durante l'interrogatorio.

F.
Chiamato ad esprimersi in merito al suddetto ricorso, con preavviso dell'11 settembre 2009, l'autorità di prime cure ha postulato la reiezione del gravame. In sostanza l'UFM ha affermato che la ricorrente aveva dichiarato di essere entrata in Italia il 9 luglio 2008 e di essersi trattenuta senza permesso di soggiorno fino al 6 marzo 2009, data della sua entrata in Svizzera. L'autorità inferiore ha poi osservato che a partire dal dicembre 2008, le disposizioni dell'acquis di Schengen vincolano anche la Svizzera e che pertanto un cittadino di un Paese terzo è autorizzato a soggiornare per al massimo tre mesi sul territorio di un altro Stato membro purché sia in possesso di un titolo di soggiorno. La ricorrente ne era priva all'entrata in Svizzera e vista la prassi e la giurisprudenza in tale ambito pure per un'assunzione d'impiego a titolo di prova occorre un permesso nazionale. L'autorità di prime cure ha inoltre asserito che l'intenzione della ricorrente di unirsi in matrimonio in Svizzera non è più stata considerata nell'ambito degli scambi di scritti intercorsi ed ha osservato che la durata del divieto d'entrata, limitata a due anni, risulta essere proporzionata.

G.
In data 15 settembre 2009, la ricorrente ha presentato una domanda di visto Schengen presso il Consolato generale di Svizzera a São Paulo al fine di recarsi e stabilirsi a Lugano presso il compagno.

H.
In data 29 settembre 2009 la ricorrente ha prodotto una copia dell'invio per via elettronica del 22 settembre 2009 della suddetta Rappresentanza elvetica relativa alla richiesta di matrimonio e il certificato ginecologico da cui risulta il suo stato di gravidanza.

I.
Chiamato ad esprimersi in merito al diritto di essere sentito con preavviso del 9 ottobre 2009, l'autorità di prime cure ha osservato che la Polizia cantonale del Cantone dei Grigioni aveva concesso alla ricorrente tale diritto nella lingua italiana che essa capisce e in cui si sa esprimere, precisando che sebbene la decisione di divieto d'entrata era stata formulata in tedesco, la ricorrente era stata sentita in italiano in precedenza e le erano state fornite le necessarie spiegazioni in lingua italiana. L'UFM ha infine osservato che qualora il servizio cantonale di migrazione approvi il ricongiungimento familiare, il caso potrebbe essere riesaminato ed eventualmente il divieto d'entrata revocato.

J.
In data 28 ottobre 2009, l'interessata ha inoltrato la documentazione atta a dimostrare la sua intenzione e quella del suo compagno di unirsi in matrimonio, in particolare lo scritto del 13 ottobre 2009 dell'Ufficio circondariale dello stato civile di Breganzona/TI per il proseguo della pratica matrimoniale nonché un formulario inerente alla domanda d'apertura della procedura preparatoria del matrimonio compilata da entrambi.

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 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 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, il 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).

3.
Nell'atto ricorsuale, l'interessata sostiene di non avere avuto la possibilità di difendersi e di non avere avuto l'occasione di esaminare l'integralità degli atti di causa, prevalendosi dunque di una violazione del diritto di essere sentita. Il Tribunale deve quindi preliminarmente esaminare tale conclusione formale.

3.1 Il diritto di essere sentito è ancorato all'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, esso è consacrato dagli art. 26 a 28 (diritto di esaminare gli atti), dagli art. 29 a 33 (diritto di essere sentito strictu sensu) e all'art. 35 PA (diritto di ottenere una decisione motivata). Tali disposizioni comprendono 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, 2ª ed., Berna 2006, pag. 606 segg.; BENOIT BOVAY, Procédure administrative, Berna

2000, pag. 207 segg.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ª ed., Zurigo/Basilea/Ginevra/San Gallo 2006, pag. 360 segg.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ª 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 (cfr. DTF 132 II 485 consid. 3, 126 I 7 consid. 2b), la possibilità di esprimersi in merito agli elementi pertinenti prima che una decisione sia presa nei suoi confronti, di produrre delle prove pertinenti, d'ottenere che sia dato seguito alle sue offerte di prove rilevanti, di partecipare all'amministrazione delle prove 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 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 nonché DTAF 2007/21 consid. 10.2).

3.2 Il diritto di essere sentito 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 possibilità di esito positivo del ricorso nel merito (cfr. DTF 132 V 387 consid. 5; DTF 126 I 19 consid. 2d/bb; DTF 126 V 130 consid. 2b; DTF 122 II 464 consid. 4a e giurisprudenza citata).

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; 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. 112 ss). Secondo la dottrina una violazione del diritto di essere sentito può essere sanata unicamente in casi di lieve gravità (cfr. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, op. cit., art. 29 nota 115; PATRICK SUTTER,

op. cit., art. 29 nota 21 segg.). Ciò nonostante il Tribunale federale non ha escluso definitivamente la sanatoria del diritto di essere sentito anche nel caso di violazioni gravi (cfr. DTF 133 I 201 consid. 2.2; DTF 132 V 387 consid. 5.1). Queste decisioni sono state in parte criticate dalla dottrina (cfr. in particolare PATRICK SUTTER, op. cit., art. 29 nota 21; cfr. anche BERNHARD WALDMANN/JÖRG BICKEL, op. cit., art. 29 nota 116 nonché nota 125 segg.).

Il principio dell'economica di procedura non può tuttavia che rivestire un ruolo secondario qualora il diritto di essere sentito venga sistematicamente violato dall'autorità inferiore anche in casi di lieve gravità. Occorre in effetti evitare che violazioni ripetute del diritto di essere sentito vengano automaticamente sanate, nel caso contrario, le garanzie di procedura previste nell'ambito della prima istanza si vedrebbero vuotate del loro senso (cfr. PATRICK SUTTER, op. cit., art. 29 PA, nota 18; cfr. anche BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, op. cit., art. 29, nota 126; DTF 126 II 111 consid. 6b/aa con ulteriori riferimenti nonché le sentenze del Tribunale amministrativo federale C-8027/2008 del 2 settembre 2009 consid. 5.3, C-1618/2007 del 27 febbraio 2009 consid. 3.3 nonché C-3985/2007 del 2 febbraio 2009 consid. 4.3).

4.

4.1 Dalle risultanze agli atti emerge che l'autorità di prime cure ha pronunciato la decisione impugnata sulla base della richiesta telefonica della Polizia Cantonale dei Grigioni (cfr. preavviso dell'UFM del 9 ottobre 2009) e che l'interessata è stata resa edotta della decisione di divieto d'entrata nei suoi confronti il medesimo giorno in cui questa è stata emessa nonché notificata (cfr. interrogatorio della Polizia Cantonale dei Grigioni del 6 aprile 2009). Al punto 31. a pag. 6 del suddetto verbale d'interrogatorio l'interessata veniva informata che la Polizia degli stranieri del Cantone dei Grigioni era intenzionata a richiedere all'autorità competente un divieto d'entrata in Svizzera nei suoi confronti, valido con effetto immediato per la durata di due anni. Al punto seguente la ricorrente veniva informata che l'UFM aveva decretato un divieto d'entrata nelle suddette modalità di tempo e al punto 33. le veniva consegnata una conferma d'uscita da presentare al valico doganale al più tardi entro il giorno seguente alle ore 24:00.

4.2 Ora, da una parte, a prescindere da qualsiasi altra considerazione, questo modo di procedere non può essere condiviso:

una decisione concernente un divieto d'entrata non può essere emanata unicamente sulla base di una telefonata della Polizia cantonale competente. Ciò non corrisponde alle esigenze previste dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Dall'altra parte, nella fattispecie risulta una grave violazione della garanzia procedurale menzionata che non può essere sanata nonostante il Tribunale disponga di una piena cognizione e nonostante il fatto che vi sia stato un ulteriore scambio di scritti nell'ambito della presente procedura. Da quanto emerso, l'interessata non era al corrente di un'eventuale emissione di una misura amministrativa nei suoi confronti prima di essere assunta a verbale e la garanzia procedurale in questione non può essere considerata ossequiata se la persona interessata ne è messa a conoscenza durante un interrogatorio della durata di circa due ore e mezzo al cui termine le viene poi rilasciata detta decisione. Dai considerandi precedenti risulta che tale procedura non è conforme ai criteri definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Nell'ambito di una misura così incisiva quale il divieto d'entrata che constringe la persona interessata a lasciare la Svizzera per un lasso di tempo relativamente lungo il diritto di essere sentiti riveste una considerevole importanza. Occorre inoltre tener conto che la sanatoria di tale diritto va di regola negata in presenza di una decisione non impugnabile mediante rimedi di diritto ordinari (cfr. DTAF 2007/30 consid. 8.3). Il fatto che la ricorrente abbia potuto esprimersi durante l'interrogatorio nonché il giorno successivo presso il Posto Guardie di confine a Chiasso, quando la relativa decisione era tuttavia già stata pronunciata, non può sanare tale violazione tanto più se si considera l'elevata componente di libertà di apprezzamento conferita all'UFM in ambito di decisioni di divieto d'entrata (cfr. DTF 104 Ib 129 consid. 7).

4.3 Dalle considerazioni precedenti, ne discende che l'UFM, omettendo di concedere adeguatamente l'occasione di esprimersi prima di pronunciare la detta decisione ha violato il diritto di essere sentito della ricorrente. Tale vizio formale non può essere sanato e comporta l'annullamento della decisione impugnata.

5.
Di conseguenza il ricorso è accolto, la decisione del 6 aprile 2009 è annullata e la causa è rinviata all'autorità inferiore per nuova decisione.

6.
Visto l'esito della procedura, non si prelevano spese processuali (art. 63 cpv. 1 PA).

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 che il versamento alla ricorrente di un'indennità di fr. 1'200.- a titolo di spese ripetibili appaia equa (art. 64 cpv. 1 PA in relazione con l'art. 7 e l'art. 14 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).

(Dispositivo alla pagina seguente)

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.
Il ricorso è accolto e la decisione del 6 aprile 2009 è annullata.

2.
Gli atti sono rinviati all'UFM affinché proceda ai sensi del consid. 5.

3.
Non si prelevano spese processuali.

4.
L'UFM verserà alla ricorrente un importo di fr. 1'200.- a titolo di spese ripetibili.

5.
Comunicazione a:

- ricorrente (Raccomandata)
- autorità inferiore (incarto n. di rif. ... di ritorno)
- Ufficio per questioni di polizia e di diritto civile dei Grigioni, per informazione (incarto cantonale di ritorno).

La presidente del collegio: La cancelliera:

Elena Avenati-Carpani Mara Vassella

Data di spedizione: