

Consiglio di Stato, sez. III, 30 agosto 2022, n. 7581

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 957 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato xxxx, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via xxxxxxxx; Questura Ferrara, non costituito in giudizio;

per la riforma

per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per xxxxxxxx - OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno;
Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2022 il Pres. xxxxxxxx e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con provvedimento in forma semplificata, reso e notificato -OMISSIS-, la Questura di xxxxx ha dichiarato inammissibile l'istanza di rilascio del permesso di soggiorno temporaneo in sanatoria, di cui all'art. 103, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, avanzata dal signor -OMISSIS-, opponendo "*l'assoluta carenza dei presupposti normativi essenziali per la sua presentazione*".

2. Il provvedimento è stato impugnato dall'interessato, con il ricorso -OMISSIS-, proposto dinanzi al Tar xxxxxxxx, sostenendo la sussistenza dei requisiti per l'ottenimento del titolo richiesto ed eccependo: a) la violazione degli artt. 2, 3 e 10-bis, l. n. 241 del 1990, per difetto di motivazione e per non avere l'amministrazione comunicato il preavviso di rigetto; b) il difetto di istruttoria, non avendo la Questura considerato la sua condizione di richiedente asilo, circostanza che avrebbe imposto la comunicazione dell'informativa finalizzata a consentirgli di scegliere se rinunciare all'istanza di protezione, potendo così ottenere il rilascio del permesso temporaneo, oppure decidere di mantenere il procedimento di riconoscimento della protezione, rinunciando invece alla procedura di regolarizzazione; c) la mancata indicazione delle modalità di impugnazione del decreto e l'omessa traduzione in lingua comprensibile.

3. La Questura di xxxxxxxx si è costituita in giudizio ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

4. Con la sentenza -OMISSIS-, resa a norma dell'art. 60 c.p.a., il Tar xxxxxxxx, sez. I, ha respinto il ricorso, ritenendo insussistenti i requisiti per ottenere il permesso di soggiorno in sanatoria di cui all'art. 103, comma 2, d.l. n. 34 del 2020. In particolare, il ricorrente non versava in una situazione di irregolarità al tempo dell'istanza, disponendo di un titolo di soggiorno con scadenza -OMISSIS- e non aveva svolto attività lavorativa nei settori indicati dall'art. 103, comma 3, d.l. n. 34 del 2020. Sicché, la presenza di tali elementi ostativi avrebbe reso irrilevante la mancata comunicazione del preavviso di rigetto. In merito all'asserito rapporto di lavoro, prestato in favore di una società agricola, la sua durata sarebbe stata soltanto di sette giorni ed il lavoratore - a cui era riferito - è risultato avere un codice fiscale diverso da quello dell'interessato. Da ultimo, il primo giudice ha negato l'efficacia invalidante dell'omessa menzione delle modalità di impugnazione e dell'assenza di traduzione in lingua comprensibile all'interessato.

5. Con l'appello in esame, -OMISSIS-, il signor -OMISSIS- ha avverso la citata sentenza -OMISSIS-, insistendo per l'accoglimento delle doglianze espresse con il ricorso introduttivo. Il Tar avrebbe errato: a) nel ritenere ostativa la condizione di soggetto regolarmente soggiornante in Italia al tempo della richiesta, peraltro mai eccepita dall'amministrazione precedente, ove, per contro, dal contesto normativo e dalla circolare ministeriale datata 19 giugno 2020 emergerebbe che l'irregolarità debba essere manifesta al momento del rilascio del titolo; nel non considerare la sua condizione di richiedente asilo che, secondo la nota del Ministero dell'Interno del 7 luglio 2020, avrebbe imposto la convocazione presso gli uffici della Questura di xxxxxx per consentirgli di rinunciare alla richiesta di protezione così da permettere l'esame dell'istanza promossa a norma dell'art. 103, comma 2, d.l. n. 34 del 2020; b) nell'aver contraddittoriamente motivato la propria decisione, dapprima ritenendo che il soggetto non avesse mai lavorato nel settore agricolo, senza tuttavia considerare che le ricerche effettuate dalla Questura avevano ignorato la rettifica dei dati anagrafici del predetto, circostanza peraltro evitabile ove fosse stato comunicato il preavviso di rigetto, e successivamente concludendo che la durata del rapporto di lavoro sarebbe stata troppo breve per integrare il requisito di cui all'art. 103, comma 3, d.l. n. 34 del 2020.

6. Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Interno, senza espletare difese scritte.

7. Con l'ordinanza -OMISSIS- è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare per carenza di fumus.

9. All'udienza pubblica del 16 giugno 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Come esposto in narrativa, oggetto del giudizio è la legittimità del provvedimento con il quale il Questore di xxxxxx ha dichiarato inammissibile l'istanza di rilascio del permesso di soggiorno temporaneo di cui all'art. 103, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, avanzata dall'odierno appellante, cittadino -OMISSIS- giunto in Italia -OMISSIS- e titolare - alla data della presentazione della richiesta - di permesso di soggiorno per richiedenti protezione internazionale con scadenza -OMISSIS-.

Giova anzitutto una breve ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Con il decreto legge 34/2020, all'art. 103, il legislatore ha previsto la procedura di regolarizzazione in favore dei cittadini stranieri "irregolari" sul territorio italiano. Questa disposizione, inserita in un contesto più ampio di regolarizzazione e di protezione di beni fondamentali, aveva, come le altre, la finalità di garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria da Covid-19.

L'art. 103 DL 34/2020, rubricato "emersione di rapporti di lavoro", ha previsto due canali di "regolarizzazione" della posizione dello straniero.

Al comma 1, è stata prevista la possibilità per i datori di lavoro – operanti negli specifici settori di lavoro quali agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse, assistenza alla persona per sé stessi o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza e lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare - di concludere un contratto di lavoro subordinato con cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale ovvero di dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro irregolare, tuttora in corso, con cittadini italiani o cittadini stranieri che siano già stati sottoposti a rilievi fotodattiloscopici prima dell'8 marzo 2020 ovvero che abbiano soggiornato in Italia prima dell'8.03.2020. Tale circostanza sarebbe dovuta emergere da una dichiarazione di presenza ovvero da attestazioni costituite da documentazioni di data certa proveniente da organismi pubblici (certificati medici, multe, etc.).

Al comma 3, l'art. 103 DL 34/2020 ha previsto un diverso canale di "regolarizzazione" che è svincolato dall'emersione dal lavoro irregolare. A mente di tale disposizione, infatti, "per le medesime finalità di cui al comma 1, i cittadini stranieri, con permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, non rinnovato o convertito in altro titolo di soggiorno, possono richiedere con le modalità di cui al comma 16, un permesso di soggiorno temporaneo, valido solo nel territorio nazionale, della durata di mesi sei dalla presentazione dell'istanza. A tal fine, i predetti cittadini devono risultare presenti sul territorio nazionale alla data dell'8 marzo 2020, senza che se ne siano allontanati dalla medesima data, e devono aver svolto attività di lavoro, nei settori di cui al comma 3, antecedentemente al 31 ottobre 2019, comprovata secondo le modalità di cui al comma 16".

Dal tenore letterale della disposizione, quindi, emerge che tre sono i requisiti per richiedere il rilascio di un permesso temporaneo di cui al secondo comma: avere un titolo di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, essere stato presente sul territorio nazionale prima dell'8 marzo 2020 e aver svolto attività di lavoro nei settori sopra richiamati antecedentemente al 31 ottobre 2019.

La stessa norma, poi, ha escluso dalla procedura tutti i cittadini stranieri nei confronti dei quali sia stato emesso un provvedimento di espulsione ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e dell'articolo 3 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, e successive modificazioni, che siano stati segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato ed, in ultimo, che siano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale o per i delitti contro la libertà personale ovvero per i reati inerenti sostanze stupefacenti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività.

A corredo del summenzionato quadro normativo, il Ministero dell'Interno, anche di concerto con altri dicasteri, ha emanato una serie di atti, la maggior parte di *soft law*, nel tentativo di uniformare le prassi delle amministrazioni che, in mancanza di indicazioni di rango normativo, stavano interpretando e applicando la norma in modo differente.

Con specifico riguardo alla posizione delle persone richiedenti asilo e, in particolar modo, alla compatibilità della richiesta con l'accesso alla procedura di emersione, il legislatore non ha fatto menzione alcuna nella norma.

In data 24 luglio 2020, il Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministero del Lavoro e il Ministero delle Politiche Sociali, ha emanato una circolare avente ad oggetto la procedura di emersione che, tra gli altri aspetti, era dedicata alla compatibilità della procedura di emersione con la richiesta di protezione internazionale.

Secondo tale circolare, “la procedura prevista dal comma 1 dell’art. 103 DL 34/2020, può essere avviata anche in favore di un cittadino straniero titolare di un permesso di soggiorno per richiesta asilo che abbia in corso un rapporto irregolare o che debba essere assunto dal datore di lavoro”.

Nelle frequently asked question, pubblicate sul sito del Ministero dell'Interno il 13 giugno 2020, è stato specificato che “rientrano perciò in tali categorie anche i richiedenti protezione internazionale (a prescindere da quando hanno presentato istanza), i denegati ricorrenti, gli irregolari, i possessori di permesso di soggiorno valido, gli stranieri oggetto di provvedimento di espulsione per violazione delle norme sull’ingresso ed il soggiorno (eccetto quelli previsti dal comma 10, lettera a) dell’art.103), i titolari di permesso di soggiorno non convertibile in permesso di lavoro (a titolo esemplificativo e non esaustivo studio, turismo, cure mediche, motivi religiosi, protezione speciale....)”.

Occorre, a questo punto, indagare il valore giuridico di tali atti.

Le circolari non costituiscono fonti del diritto. Pur trattandosi di atti che si indirizzano ad una generalità di destinatari, aventi un contenuto omogeneo, difettano del requisito della capacità di innovare l’ordinamento giuridico. Trattasi di atti amministrativi, a rilevanza interna alla pubblica amministrazione che li ha emanati e neppure vincolanti per i destinatari. In tale veste, quindi, non possono contenere disposizioni che derogano alla legge né essere considerate alla stregua dei regolamenti.

La circolare summenzionata, in particolare, afferisce alla species delle circolari “interpretative”, quella particolare categoria di circolari che interpreta il dato normativo per evitare una applicazione difforme, dando, se necessario, indicazioni su singoli ma frequenti casi concreti. Anche a tale tipologia di circolare non può in alcun modo assegnarsi efficacia vincolante. Da ciò discende che il provvedimento amministrativo che non tenga conto della stessa e venga adottato sulla base di una interpretazione da parte dell’amministrazione non può dirsi illegittimo.

Da tali premesse di sistema emerge chiaramente che, non trattandosi di fonti normative, il giudice non solo non è tenuto a conoscerle ma non ne è vincolato. Il Giudice è tenuto unicamente ad interpretare il dato normativo.

D'altra parte, anche la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che *“le circolari amministrative non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi, che non hanno l'onere di impugnarle, ma possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che detti atti sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata; ne discende, a fortiori, che una circolare amministrativa contra legem può essere disapplicata anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto che ne fa applicazione, anche in assenza di richiesta delle parti”* (Consiglio di Stato, Sez. Quarta, sentenza 4 dicembre 2017, n.5664).

Tutto quanto premesso e venendo al dato normativo, art. 103 DL 34/20, questo Giudice non ravvisa elementi di carattere testuale, sistematico e teleologico per escludere dall’ambito di applicazione della norma e, più in generale, dalla procedura di emersione lo straniero titolare di un permesso di soggiorno temporaneo per richiesta asilo/protezione internazionale et similia.

Anzitutto, da un punto di vista letterale, l'art. 103 DL, non lo esclude espressamente. Si potrebbe argomentare – come la stessa parte appellante pure argomenta – che l'inciso “permesso di soggiorno scaduto alla data del 31 ottobre 2019”, sarebbe preclusivo. L'argomento, pur rilevante, è privo di pregio.

Come correttamente argomentato dal primo Giudice, la condizione dello straniero titolare di un permesso di soggiorno per richiesta asilo è completamente diversa rispetto a quella degli altri titoli di soggiorno. Risponde ad un meccanismo di fictio iuris.

Una interpretazione estensiva della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 103 DL 34/2020 – non analogica, trattandosi di norma eccezionale -conforme a Costituzione, impone la parificazione tra le suddette posizioni.

Argomentando in senso contrario e interpretando la disciplina nel senso di escludere la posizione del richiedente asilo dall'ambito di applicazione della procedura di emersione, si violerebbero principi di rango europeo quali il principio di parità di trattamento e non discriminazione e, in particolare, il principio di proporzionalità. Escludere il cittadino richiedente asilo non è né necessario per la finalità del legislatore né proporzionato in quanto provoca un sacrificio ingiustificato sulla posizione giuridica del destinatario.

Sarebbe frustrata indebitamente invero la stessa ratio della norma che era quella di “garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da - COVID-19 e favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari”.

È, tra l'altro, nell'interesse della disposizione, specie nel periodo di pandemia, al fine di proteggere la salute collettiva, anche deflazionare l'ingresso e la permanenza nei centri di accoglienza.

Neppure si può chiedere al cittadino straniero di “rinunciare” al proprio diritto. Senza entrare nel merito della qualificazione giuridica della “rinuncia”, basti qui ricordare che il titolare di una posizione giuridica può rinunciarvi in caso di diritti disponibili ma tale rinuncia non può mai essere eterodiretta. L'atto di rinuncia deve essere consapevole e libero.

È possibile che il cittadino straniero sia entrato in Italia come richiedente asilo e, dal momento che l'attività lavorativa non è incompatibile con questa posizione giuridica, abbia lavorato in uno dei settori previsti dalla procedura di emersione e poi abbia ricevuto una risposta negativa dalla competente commissione. Il riconoscimento della protezione umanitaria o di altro titolo non è legato unicamente alle condizioni del cittadino straniero ma dipende da una serie di elementi, per lo più probatori, che non sempre riescono ad emergere in giudizio per diverse cause, tra cui rientra anche la difficoltà di reperire documenti nel Paese di origine. Precludere la possibilità di accedere ad un diverso canale, se non rinunciando all'altro, risulta, a parere del Collegio discriminatorio della posizione giuridica del cittadino straniero.

Venendo alla situazione specifica oggetto del presente gravame, l'odierno appellante, al momento della presentazione dell'istanza, è risultato titolare di permesso di soggiorno per richiedenti asilo rilasciato -OMISSIS- e scaduto -OMISSIS-.

L'interessato non ha ricevuto dalla competente Questura alcuna comunicazione di cui all'art. 10 bis L. 241/1990.

3. Per quanto concerne, inoltre, la mancanza del requisito lavorativo, che sostanzia, invero, il solo elemento posto dall'amministrazione precedente a giustificazione del diniego, come specificato

negli scritti depositati per resistere al ricorso introduttivo, le censure contenute nell'atto di appello colgono nel segno.

Infatti, la Questura di xxxxxx, nell'interrogazione delle banche dati INPS, non si è avveduta della correzione dei dati anagrafici dell'istante, risalente al -OMISSIS- e concernente la sua data di nascita, erroneamente registrata, all'atto del suo ingresso in Italia, -OMISSIS-. Verosimilmente, dunque, la ritenuta carenza del requisito lavorativo, ovverosia dell'aver svolto una delle attività indicate dall'art. 103, comma 3, d.l. n. 34 del 2020, può essere ricondotta all'omessa considerazione dell'attività lavorativa esercitata dall'odierno appellante prima che le sue generalità fossero rettificata, circostanza che il Tar adito non ha adeguatamente valutato.

Risulta infatti che - nel 2018 e quindi antecedentemente al 31 ottobre 2019 - il signor -OMISSIS- abbia prestato attività di lavoro subordinato in favore della società agricola "-OMISSIS-", dunque in uno dei settori di attività indicati dal d.l. n. 34 del 2020, non assumendo rilievo, in mancanza di precise previsioni normative di rango primario, contrariamente a quanto affermato dall'impugnata sentenza, l'effettiva durata di tale rapporto di lavoro.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare censurabile l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, in quanto la partecipazione dell'appellante al procedimento ben avrebbe potuto fornire apporti rilevanti ai fini della determinazione amministrativa, sia con riferimento alla sua peculiare condizione di richiedente asilo sia in relazione all'avvenuta rettifica dei propri dati anagrafici che avrebbe agevolato l'indagine circa l'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa nel settore agricolo.

4. A ciò aggiungasi che il provvedimento risulta viziato avendo motivato l'archiviazione dell'istanza con una mera formula di stile, opponendo a sostegno della dichiarata inammissibilità e senza ulteriori specificazioni "l'assoluta carenza dei presupposti normativi essenziali per la sua presentazione". Dalla lettura del solo decreto questorile non era possibile percepire quale fosse stata la ragione - in fatto o in diritto - dell'inammissibilità opposta all'istanza. L'art. 103, comma 2, d.l. n. 34 del 2020 prevede una pluralità di presupposti necessari ai fini dell'ottenimento del permesso di soggiorno in sanatoria, sicché la Questura avrebbe dovuto indicare quale, tra le diverse condizioni indicate dalla legge, fosse carente nel caso concreto. Invece, il riferimento alla normativa in questione, contenuto nel provvedimento, appare generico ed è impreciso nella parte in cui richiama "i requisiti previsti dalla normativa Emersione rapporti di lavoro - 2020 di cui al d.l. n. 34 del 2020 art. 103, come specificato dall'art. 3 comma 2 lett. C - D e art. 7, necessari per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo". Il provvedimento, invero, cita l'art. 3 comma 2 lettere c) e d) e l'art. 7 senza specificare quale sia il testo normativo in questione e soltanto dalla lettura degli scritti depositati per resistere al ricorso di primo grado è possibile comprendere che il riferimento è al decreto del Ministero dell'Interno del 27 maggio 2020 (che si occupa di meglio specificare la normativa di cui al d.l. n. 34 del 2020). Non vale a sostenere la congruità della motivazione il fatto che il provvedimento sia stato reso in forma semplificata ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990, in quanto rappresenta esigenza ineludibile, pena l'illegittimità dell'atto, l'intelligibilità delle ragioni a fondamento della decisione amministrativa.

Né può sanare l'oscurità della motivazione quanto sostenuto dalla Questura in sede di giudizio di primo grado, ove, per la prima volta, ha esplicitato le ragioni del diniego richiamandosi al mancato svolgimento di un'attività lavorativa nei settori individuati dall'art. 103, comma 3, d.l. n. 34 del 2020 in epoca antecedente al 31 ottobre 2019. Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile del 2021, n. 3385), la motivazione postuma, che non può comunque intervenire attraverso gli scritti difensivi ma che richiede un atto di convalida, deve ammettersi soltanto se l'originaria carenza della motivazione si sostanzia nella mera insufficienza del discorso giustificativo e l'integrazione rappresenti un corretto riepilogo della decisione presa, trattandosi in

tal caso di un vizio formale dell'atto. Diversamente, come nel caso di specie, il difetto degli elementi giustificativi dell'esercizio del potete non può essere emendato nelle ipotesi in cui l'inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione.

Per le suesposte ragioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento emesso dalla Questura di xxxxxxxx.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso in primo grado e annulla il provvedimento con esso impugnato.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati...