

N. 03694/2016REG.PROV.COLL.

N. 10278/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10278 del 2015, proposto da:
-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Ballerini, con domicilio eletto presso Emiliano Benzi in Roma, viale dell'Università', 11;

contro

U.T.G. - Prefettura di Torino, Ministero dell'Interno, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, anche domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, SEZIONE II, n. 00517/2015, resa tra le parti, concernente diniego permesso di soggiorno per attesa occupazione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di U.T.G. - Prefettura di Torino e Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e udita per la parte appellata l'avvocato dello Stato Paola Saulino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 19 settembre 2012, in favore dell'odierno appellante, cittadino marocchino, è stata presentata domanda di emersione dal lavoro irregolare ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 109/2012.

2. La domanda è stata rigettata dalla Prefettura di Torino con provvedimento prot. 102677 in data 23 aprile 2014, in quanto la certificazione, datata 18 novembre 2013 e concernente l'ospitalità data allo straniero dalla Congregazione Suore Domenicane SS. Sacramento nel periodo 15-20 aprile 2011, è risultata "non genuina", né a seguito del preavviso di rigetto è stata prodotta ulteriore documentazione, e quindi non è dimostrata la presenza ininterrotta sul territorio nazionale almeno alla data del 31 dicembre 2011, richiesta ai fini della regolarizzazione.

Occorre rilevare che, con provvedimento in data 9 dicembre 2013, la Prefettura di Torino aveva rigettato la medesima domanda di emersione in quanto: (a) nel 2008, il preteso datore di lavoro non aveva concluso la procedura di assunzione di altro lavoratore straniero, mediante la comunicazione obbligatoria di cui all'art. 9, comma 2, del d.l. 510/1996, convertito in legge 608/1996, così incorrendo nella causa di non ammissione alla regolarizzazione ex art. 5, comma 4, del d.lgs. 109/2012; (b) il preteso datore di lavoro nell'anno 2011 disponeva di un reddito di soli euro 528,00 e quindi insufficiente ai fini della regolarizzazione, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d.m. 29 agosto 2012. Che il datore di lavoro sia inadempiente, lo afferma anche l'appellante (nel precisare che non vi è contestazione circa l'effettività del rapporto di lavoro e la regolarità contributiva, che coprirebbe il periodo 1 maggio 2012-31 dicembre 2013).

3. Il TAR della Liguria, con la sentenza appellata (II, n. 517/2015), ha respinto il ricorso, sottolineando che la falsità della certificazione prodotta originariamente è stata confermata dallo stesso Istituto religioso, e che nessun rilievo può attribuirsi alla restante documentazione prodotta a comprova della presenza in Italia in data antecedente il 31 dicembre 2011, posto che le certificazioni della dott.ssa -OMISSIS- e dell'associazione Il Ce.Sto, oltre a non avere data certa e a non provenire da organismi pubblici, sono state confezionate (rispettivamente, in data 7 marzo 2014 e 29 maggio 2014) soltanto a seguito del ricevimento della comunicazione (in data 19 febbraio 2014) del preavviso di rigetto e non sono state comunicate alla Prefettura prima dell'adozione del diniego impugnato.

4. Nell'appello vengono dedotte le articolate censure appresso indicate.

4.1. La sentenza ha applicato erroneamente l'art. 5 del d.lgs. 109/2012, in quanto nessuna disposizione richiede che la documentazione attestante la presenza in Italia debba essere redatta in data anteriore a quella rilevante ai fini della regolarizzazione (31 dicembre 2011).

Quel che conta è che la data delle due certificazioni prodotte è certa, e quella della dott.ssa -OMISSIS-, medico convenzionato con la ASL e che in tale qualità ha attestato di aver visitato l'appellante in data 28 gennaio 2011, "può considerarsi proveniente da "pubblico organismo" anche se non concernente "soggetti mutuati" (così come precisato da Cons. Stato, I, nel parere reso in data 1 aprile 2015, n. 395/2015; orientamento recepito dalla circolare ministeriale in data 4 maggio 2015, che ha invitato gli uffici periferici a riesaminare in via di autotutela i provvedimenti di rigetto adottati in difformità). Anche la certificazione dell'associazione il Ce.Sto di Genova, circa la frequentazione di un corso di alfabetizzazione per stranieri nel periodo ottobre 2010-giugno 2011, assume rilevanza, in quanto si tratta di ente iscritto all'albo regionale degli enti di assistenza ed al registro regionale del volontariato, e pertanto il cui "operato è inquadrabile lato sensu nella connotazione di funzione pubblicistica e non meramente privatistica" (parere cit.).

4.2. Quanto alla irrilevanza delle certificazioni, in quanto prodotte dopo l'adozione del diniego, il ricorrente sottolinea di aver presentato istanza di riesame allegando dette certificazioni senza ricevere risposta. In ogni caso, l'ottenimento del permesso di soggiorno non deve essere ancorato alla valutazione degli elementi acquisiti prima dell'adozione del provvedimento, ed il giudizio amministrativo dovrebbe essere orientato non solo a verificare se l'Amministrazione abbia esercitato legittimamente il potere, quanto piuttosto ad accertare se la pretesa sostanziale dedotta in giudizio sia fondata; l'art. 5, comma 5, del d.lgs. 286/1998, che dà rilevanza ai "sopraggiunti nuovi elementi che ... consentano il rilascio" del permesso di soggiorno, e la stessa circolare predetta, che invita al riesame delle istanze in autotutela, confermano il mutamento di prospettiva teso alla valorizzazione del rapporto più che alla legittimità formale del provvedimento (cfr. TAR Brescia, n. 1116/2015).

4.3. Il TAR ha omesso di considerare le censure con cui si sosteneva la spettanza di un permesso di soggiorno per attesa occupazione, ai sensi dell'art. 22, comma 11, del d.lgs. 286/1998, alla luce della pregressa storia lavorativa, della disponibilità di reddito in prospettiva storica e della buona capacità reddituale in termini prognostici.

4.4. Infine, il provvedimento di diniego viola l'art. 8 della CEDU nonché il Protocollo addizionale n. 7 della stessa, in quanto riconoscono ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare, limitando l'interferenza consentita all'Autorità nell'esercizio di tale diritto a ciò che "costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri"; in questa prospettiva, privare del titolo di soggiorno un soggetto pienamente inserito dal punto di vista lavorativo, non è né necessario al raggiungimento di uno dei fini predetti, né comunque a tale scopo proporzionato.

5. L'Amministrazione si è costituita in giudizio con memoria di stile.

6. Il Collegio osserva che la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto, invocata dall'appellante, è ben lungi dall'essersi verificata.

Soprattutto in relazione ai provvedimenti che sono rivolti alla tutela di interessi pubblici connessi alla sicurezza ed all'ordine pubblico, quali quelli relativi a titoli di ingresso e soggiorno degli stranieri extracomunitari, il giudizio resta saldamente ancorato alla valutazione della legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione.

Rispetto a ciò, la previsione dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. 286/1998 non può ritenersi derogatoria.

L'orientamento della Sezione è infatti da tempo consolidato nel senso che l'art. 5, comma 5, cit., nell'imporre all'Amministrazione di prendere in considerazione i "nuovi sopraggiunti elementi" favorevoli allo straniero, si riferisce a quelli esistenti e formalmente rappresentati o comunque conosciuti dall'Amministrazione al momento dell'adozione del provvedimento (anche se successivamente alla presentazione della domanda – cfr., in ultimo, III, n. 1714/2016; n. 5466/2015), mentre nessuna rilevanza (salvo quella di giustificare un eventuale riesame della posizione dello straniero da parte dell'Amministrazione) può essere attribuita ai fatti sopravvenuti (cfr., in ultimo, III, n. 2645/2015; n. 2735/2015; addirittura, con riferimento alla intervenuta riabilitazione – cfr. III, n. 4685/2013; n. 4935/2014; n. 23/2016 e n. 2053/2015).

Da tale orientamento, che supera aperture mostrate in passato dalla giurisprudenza di questo Consiglio, il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi.

Anche la circolare ministeriale del 4 maggio 2015 non deroga all'impostazione predetta, in quanto si limita a sottolineare l'opportunità dell'esercizio del potere di autotutela in relazione a criteri applicativi dei presupposti di legge che siano risultati diversi, e più favorevoli agli stranieri, rispetto a quelli precedentemente applicati.

7. Peraltro, anche la considerazione della documentazione tardivamente prodotta non supporta le pretese dell'appellante.

7.1. Il parere n. 395/2015, recepito dalla predetta circolare ministeriale, dopo aver premesso che “ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 1, del d. lgs n. 109/12, per “organismi pubblici” devono essere considerate le strutture organizzate, ovvero, persone fisiche o giuridiche che per delega, incarico, affidamento o cessione svolgono funzioni, attività, servizi pubblici o di interesse pubblico” e che quindi “deve trattarsi di soggetti il cui operato è inquadrabile latu sensu nella connotazione di funzione pubblicistica e non meramente privatistica”, ha affrontato in via esemplificativa specifici casi; per quel che qui interessa, ha affermato che “un certificato medico rilasciato da medici preposti ai servizi di medicina generale (medici di base) o da medici convenzionati (art. 30 accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992), cioè da professionisti autorizzati a eseguire prestazioni nell'interesse del Servizio sanitario nazionale può considerarsi proveniente da “pubblico organismo”, anche se non concernente “soggetti mutuati” mentre se proveniente da un medico libero professionista, non accreditato presso il Servizio sanitario nazionale, non assume i connotati di provenienza da pubblico organismo”, aggiungendo tuttavia che “Ai sensi del testo aggiornato del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 recante il “riordino della disciplina in materia sanitaria,” le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 (tutela del diritto alla salute, programmazione sanitaria e definizione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza) avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. Quindi, i medici che esercitano la loro attività nell'ambito del d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni ed integrazioni rilasciano “documentazione proveniente da organismi pubblici” di cui all'art. 5 del d. lgs. 16 luglio 2012 n. 109.”.

Sembra pertanto evidente che, anche secondo detto parere, è l'ambito di esercizio dell'attività sanitaria in cui interviene, e non lo status (altrimenti) ricoperto dal medico che la rilascia, che costituisce il discrimine per considerare o meno una certificazione medica tra la documentazione proveniente da “pubblico organismo”, agli effetti di cui all'art. 5, del d.lgs. 109/2012.

7.2. In questo senso, il parere appare coerente con la giurisprudenza di questa Sezione, secondo la quale:

- la ratio sottesa all'adozione del termine “organismi pubblici” è proprio quella di includervi anche soggetti, pubblici, privati o municipalizzati che istituzionalmente o per delega svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica o un servizio pubblico, e pertanto nella documentazione utile ai fini in parola può farsi rientrare la certificazione medica proveniente da una struttura pubblica, e non

idonea quella rilasciata da un medico senza collegamenti con l'esercizio di funzioni sia pur in senso lato pubblicistiche (cfr. Cons. Stato, III, n. 299/2015);

- in particolare, non può ritenersi dotato del grado di certezza prescritto dalla disciplina della sanatoria, in quanto non sono stati rilasciati nell'esercizio di pubbliche funzioni, un certificato medico redatto in regime di attività libero-professionale e non in quello di medico di base, cioè di soggetto terminale del servizio sanitario nazionale (quindi come organismo pubblico nei sensi suesposti), e con le modalità prescritte in tale ultimo regime (con la precisazione che non si discute della "fede" attribuibile alle attestazioni del medico circa le sue prestazioni, ma della specifica efficacia probante richiesta dalla legge nella particolare fattispecie di cui trattasi, attribuita dalla stessa legge unicamente ad "organismi pubblici", ai quali non può essere assimilato il medico di base quando agisce al di fuori della funzione "pubblica" che gli è propria in quanto tale; infatti, il medico di medicina generale (detto anche medico di base) non è un pubblico dipendente, ma un libero professionista che svolge l'attività per conto del S.S.N. in regime di convenzione, e i suoi atti hanno rilevanza pubblicistica solo in quanto compiuti alle condizioni e nei modi previsti dalla convenzione; quest'ultima prevede fra l'altro, com'è noto, che l'attività convenzionata si svolga unicamente nei confronti degli assistiti iscritti nell'apposito elenco. Diverso è invece il caso delle prestazioni sanitarie rese direttamente dalle strutture delle ASL e dalle aziende ospedaliere (servizi di pronto soccorso, ricoveri, etc.), le quali non possono discriminare fra gli utenti in ragione del loro status e del possesso o non possesso di un regolare titolo di soggiorno (cfr. Cons. Stato, III, n. 2408/2015).

7.3. Il certificato prodotto dall'appellante è stato rilasciato (oltre che a posteriori) su carta libera, con apposizione del timbro del medico che non indica in alcun modo la riferibilità della prestazione al servizio sanitario, e pertanto, per quanto esposto, non può integrare la previsione dell'art. 5, cit.

7.4. Quanto all'altra documentazione, proveniente dall'associazione di volontariato, se, come esposto, deve trattarsi di attribuzioni, servizi, funzioni o servizi di carattere pubblico che sono formalmente attribuite a tale ente con adeguata procedura amministrativa o contrattuale, mentre non basta lo svolgimento di fatto di attività che potrebbero essere svolte da soggetti pubblici, è evidente che non può invece considerarsi esercizio di attribuzioni, funzioni o servizi pubblici l'attività volontariamente svolta da un'associazione di volontariato e che neppure la cooperazione in singoli progetti e attività con enti pubblici può evidentemente integrare il requisito formale richieste dalla legge (cfr. Cons. Stato, III, n. 2409/2015).

8. Va aggiunto che il richiamo all'art. 22, comma 11, del d.lgs. 286/1998 è evidentemente non pertinente, in quanto si discute in questa sede dei presupposti della procedura di emersione dal

lavoro irregolare, e pertanto non è applicabile la disciplina relativa alla cessazione di un lavoro regolare ed assistito da legittimo titolo di soggiorno.

9. Nemmeno può ipotizzarsi un contrasto della disciplina dell'art. 5 del d.lgs. 109/2012 con l'art. 8 della CEDU in ragione della circostanza del consolidato svolgimento di fatto di un'attività lavorativa.

La disciplina della regolarizzazione riguarda una facoltà eccezionale, concessa a chi si trova in situazione di illegittima permanenza sul territorio nazionale, di ottenere in sanatoria ciò che ordinariamente sarebbe vietato, e sottende l'interesse pubblico al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri per esigenze di sicurezza ed ordine pubblico, ma anche di compatibilità con le possibilità di integrazione sociale e lavorativa. Pertanto, la limitazione della facoltà di scegliere il Paese dove vivere e lavorare – non venendo ovviamente in rilievo esigenze di protezione umanitaria, legate alla condizione di richiedente asilo e rifugiato dello straniero - connessa alla necessità di un requisito attestante l'effettivo radicamento (peraltro, esigendo requisiti minimali, quali la presenza risalente a pochi mesi prima ed il pagamento di sei mensilità degli oneri retributivi, contributivi e fiscali, a riprova dell'effettività del rapporto di lavoro), appare misurata e non affatto superflua o sproporzionata.

Può aggiungersi che una normativa come quella dettata dall'art. 5, cit., si presta ad utilizzazioni fraudolente, in quanto l'esistenza e la durata del rapporto di lavoro risultano solo da dichiarazioni del datore di lavoro, ben difficilmente controllabili, e che in tale contesto non è irragionevole che la norma ponga l'ulteriore condizione che lo straniero fosse presente in Italia in modo ininterrotto dal 31 dicembre 2011 e che tale presenza risulti comprovata da documentazione avente un minimo di attendibilità, proprio per la necessità di evitare una utilizzazione abusiva ed indiscriminata della legge di sanatoria (cfr. Cons. Stato, III, n. 62/2015).

10. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

11. Le spese del grado di giudizio, considerata la natura della controversia, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante e le altre persone fisiche menzionate nella sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/08/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.