

N. 04857/2017 REG.PROV.COLL.

N. 04869/2016 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 4869 del 2016, proposto da:
-, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Pezzucchi, domiciliato ex art. 25
cpa presso la Terza Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro
13;

contro

U.T.G. - Prefettura di Brescia, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI
BRESCIA: SEZIONE II n. 00194/2016, resa tra le parti, concernente diniego
permesso di soggiorno per attesa occupazione, di cui al decreto della Prefettura
di Brescia 9 novembre 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di U.T.G. - Prefettura di Brescia;

Vista l'ordinanza cautelare 13 ottobre 2016, n.4566, con cui questa Sezione ha
accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2017 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e udito per la parte appellata l'avvocato dello Stato Wally Ferrante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con istanza del 10 ottobre 2012 il signor -, cittadino egiziano, titolare di una pizzeria da asporto, chiedeva alla Prefettura di Brescia di regolarizzare il rapporto di lavoro irregolare intercorso con il fratello, signor-, entrato in Italia regolarmente nell'ambito del decreto flussi stagionali del 2010.

In particolare il datore di lavoro esponeva che il fratello aveva lavorato alle sue dipendenze con permesso stagionale dal 5 novembre 2011 al 23 agosto 2012 con contratto a part time per 20 ore settimanali (anche se di fatto era occupato a tempo pieno) e che poi, scaduto il permesso stagionale, era rimasto a lavorare da irregolare in nero presso la sua pizzeria fino alla domanda di emersione .

Quindi con la domanda di emersione il datore di lavoro chiedeva la regolarizzazione del rapporto di lavoro sia per il periodo in cui si era svolto per intero in nero, cioè a partire dal 23 agosto 2012, sia per il periodo precedente per la quota parte di 20 ore settimanali di prestazione, che, pur se non dichiarate, tuttavia erano state svolte in aggiunta a quelle del contratto a part time (in regola con gli obblighi contributivi).

1.1. Il SUI di Brescia (su parere negativo della DTL di Brescia) respingeva la domanda di emersione con il decreto 2 maggio 2014 per mancanza sia del rapporto di lavoro a tempo pieno sia della capacità economica della ditta richiedente.

Avendo l'immigrato impugnato il diniego di emersione innanzi al TAR Lombardia, Sezione di Brescia, con ordinanza cautelare n.498/2014 il giudice

di primo grado sospese il rigetto dell'istanza di emersione al fine della verifica dei presupposti per il rilascio di un permesso di attesa occupazione .

1.2. Pertanto il SUI di Brescia, compiuto il riesame, con il decreto 9 novembre 2015, n.105754, respingeva la domanda di permesso di soggiorno per attesa occupazione presentata dal lavoratore immigrato, ritenendo che, da un lato, dalla rinnovata istruttoria non fosse emersa la sussistenza di un rapporto a tempo pieno nel periodo richiesto dalla normativa per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro dipendente diversi da quello domestico (D.LGS. n.109/2012, art.5) e, dall'altro, che il datore di lavoro fosse in regola con i versamenti contributivi a favore del lavoratore dipendente solo a partire dal 1 gennaio 2013 .

1.3. Avverso tale diniego di emersione l'immigrato ha proposto al TAR Lombardia, Sezione di Brescia, il ricorso R.G. 58/2016, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per violazione di legge ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché travisamento dei fatti.

Alla camera di consiglio del 3 febbraio 2016 il giudice di primo grado, preso atto che l'Avvocatura distrettuale dello Stato dichiarava a verbale che (nelle more del giudizio) il SUI di Brescia aveva ritirato in via di autotutela il provvedimento impugnato, con sentenza breve n. 194/2016 dichiarava il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, spese compensate.

1.4. Successivamente, appreso dal SUI di Brescia in data 11 aprile 2016 che il diniego di emersione 9 novembre 2015, in realtà, non era stato mai annullato, l'immigrato ha proposto l'appello in epigrafe avverso la citata sentenza del TAR Lombardia, Sezione Brescia, chiedendone la riforma, previa sospensione, con unico articolato motivo per travisamento dei fatti, al fine di una pronuncia di merito sulla vicenda.

1.5. Si è costituito in giudizio l'Ufficio Territoriale del Governo di Brescia, che con atto di mera forma ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con ordinanza cautelare 13 ottobre 2016, n.4566, questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata in considerazione di alcuni elementi emersi nel corso del procedimento conclusosi con il diniego di emersione.

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2017, udito l'Avvocato dello Stato presente, la causa è passata in decisione.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto la controversia, sotto il profilo sostanziale, concerne la contestata legittimità del decreto 9 novembre 2015 con cui il SUI di Brescia ha respinto la richiesta di un permesso di soggiorno per attesa occupazione, in quanto ha negato che il richiedente avesse alle sue dipendente un dipendente con rapporto di lavoro irregolare, in corso almeno da tre mesi alla data di entrata in vigore del D.LGS. 109/2012 (pubblicato su G.U. 25 luglio 2012) ; presupposto di fatto richiesto dalla legge ai fini dell'emersione di un rapporto di lavoro dipendente non domestico.

2.1. Peraltro, preliminarmente, il Collegio, esaminato il primo profilo di appello, rileva che il provvedimento del SUI di Brescia del 9 novembre 2015, a differenza di quanto messo a verbale dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato nel corso della camera di consiglio 3 febbraio 2016 innanzi al TAR Lombardia, Sezione di Brescia, non è stato annullato in via di autotutela, per cui il giudice di primo grado erroneamente ha ritenuto sussistenti i presupposti per dichiarare improcedibile il ricorso RG n.58/2016 .

In conseguenza la sentenza appellata va riformata nella statuizione in cui dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso di primo grado (RG n.58/2016), proposto dall'interessato per ottenere l'annullamento dell'impugnato diniego di emersione 9 novembre 2015.

2.2. Quindi vanno esaminate le censure dedotte in primo grado avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per attesa occupazione.

Negli atti difensivi l'immigrato, entrato in Italia entrato in Italia regolarmente nell'ambito del decreto flussi stagionali del 2010, riferisce che ha lavorato presso la pizzeria da asporto del fratello, dapprima, con permesso stagionale dal 5 novembre 2011 al 23 agosto 2012 a tempo pieno, pur se formalmente con contratto a part time per 20 ore settimanali, e che poi, scaduto il permesso stagionale, ha proseguito da irregolare la sua attività lavorativa fino alla domanda di emersione presentata il 10 ottobre 2012.

Pertanto, a dire dell'appellante, la richiesta di regolarizzazione non si riferirebbe, come ritiene il SUI di Brescia, ad un rapporto di lavoro part time, fattispecie esclusa dalla regolarizzazione, ma alla diversa ipotesi di un rapporto a tempo effettivamente pieno, di cui il datore di lavoro ha chiesto la regolarizzazione solo in parte qua, limitatamente all'integrazione della prestazione lavorativa con le ulteriori 20 ore, svolte irregolarmente, per le quali non aveva adempiuto agli obblighi contributivi.

2.3. Le censure sono fondate.

Infatti, posto che, come lavoratore con permesso stagionale per lavoro dipendente part time dal novembre 2011, l'immigrato si trovava certamente in Italia alla data del 31 dicembre 2011, appare plausibile che di fatto il medesimo abbia lavorato a tempo pieno nella pizzeria del fratello, che in tal modo eludeva l'obbligo di versare i maggiori contributi previdenziali dovuti per i rapporti a tempo pieno; tanto vero che il lavoratore, scaduto il permesso stagionale al 23 agosto 2012, è rimasto in Italia senza permesso a lavorare in posizione irregolare presso il fratello, dapprima, a tempo pieno per il periodo da luglio 2012 al dicembre 2012 sulla base di un nuovo contratto di assunzione datato 9 maggio 2012 (vedi busta paga luglio 2012) ed, in seguito, dal gennaio 2013 ad ottobre 2014, di nuovo a part time, come si desume dalle buste paga depositate nel giudizio di primo grado.

2.4. Pertanto, ad avviso del Collegio, nel caso all'esame sussistono i requisiti previsti dalla normativa sulla emersione, in quanto il dipendente, entrato in Italia prima del 31 dicembre 2011, alla data di entrata in vigore del D.LGS. N.109/2012 (pubblicato sulla G.U. 25 luglio 2012) stava lavorando ininterrottamente per il suo datore di lavoro da oltre tre mesi, periodo minimo per accedere al beneficio della emersione del lavoro irregolare (D.LGS. n.109/2012, art.5, comma 1).

2.5. Né la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno irregolare viene smentita dalla circostanza che il Servizio Ispettivo della DTL di Brescia (acquisito il libro del lavoro del titolare della pizzeria) abbia rilevato che l'immigrato dal 5 novembre 2011 al 23 agosto 2012 (cioè durante il permesso di lavoro stagionale) risulta iscritto per 4 ore al giorno, mentre solo successivamente, cioè dal 24 agosto al 31 dicembre 2012, viene indicato come dipendente a tempo pieno .

Infatti il dato si presta ad una lettura anche diversa da quella ostativa data dall'Amministrazione, ove solo si consideri che appare verosimile che il datore di lavoro nel periodo coperto dal permesso per lavoro stagionale part time, in previsione di una eventuale verifica ispettiva, avesse interesse a non far emergere che il fratello, in realtà, lavorava nella pizzeria a tempo pieno, mentre il contratto di lavoro, connesso al permesso di soggiorno stagionale, prevedeva sole 20 ore settimanali.

Appare, invece, plausibile che il datore di lavoro, esaurita la validità del permesso stagionale, non fosse più indotto ad indicare prestazioni lavorative di orario ridotto nel libro del lavoro e che, anzi, diffusasi la conoscenza del D.LGS 16 luglio 2012, n.109, abbia provveduto a registrare l'orario effettivo di lavoro del fratello, suo dipendente, in previsione della presentazione della domanda di regolarizzazione.

Quindi, in tale contesto, il Collegio non ritiene provata al di sopra di ogni ragionevole dubbio la circostanza ostativa (indicata dal decreto impugnato) che il rapporto di lavoro in controversia si sia svolto di fatto realmente con prestazione lavorativa limitata ad ore 20 settimanali, ove si consideri che già in epoca anteriore alla presentazione dell'istanza di emersione, e cioè con la busta paga di luglio 2012, il datore di lavoro faceva riferimento ad un rapporto di lavoro irregolare decorrente almeno dal 9 maggio 2012.

2.7. Né risulta “ulteriore elemento ostativo” all'accoglimento dell'istanza di emersione la circostanza, che il datore di lavoro ha provveduto ad eseguire i dovuti versamenti INPS solo a partire dal gennaio 2013.

Infatti, da un lato, dalla stessa comunicazione INPS del 22 settembre 2015 si rileva che il datore di lavoro ha provveduto a richiedere l'apertura di apposita posizione contributiva del lavoratore da regolarizzare con inizio attività a decorrere dal 9 maggio 2012 ed “ha regolarmente trasmesso i flussi UniEmens con denuncia del lavoratore oggetto di emersione”, mentre, dall'altro, nel ricorso di primo grado il ricorrente precisa che in un primo momento era insorto anche un contenzioso tra il richiedente la regolarizzazione e l'INPS, in quanto l'INPS, nel quantificare l'ammontare degli oneri previdenziale da versare per il rapporto a tempo pieno, non aveva tenuto conto del versamento dei contributi già eseguito per il periodo di lavoro part time fino al 23 agosto 2012.

2.8. Inoltre, sempre in punto di fatto, dagli atti emerge che, comunque, all'epoca dell'adozione del decreto impugnato, la riscossione dei contributi previdenziali, relativi al periodo di lavoro oggetto di emersione, era stata già approvata, ed era in corso, a seguito dell'approvazione del piano di rateizzazione proposto dal datore di lavoro nel marzo 2015.

2.9. In punto di diritto, poi, va aggiunto che (in materia di scansione temporale degli adempimenti contributivi da parte del datore di lavoro) con la circolare congiunta emanata in data 24 ottobre 2014, n.5698, il Ministero dell'Interno ed

il Ministero del Lavoro hanno raccomandato ai competenti uffici di accogliere, comunque, la domanda di emersione anche in caso di tardivo versamento dei contributi (compresi quelli relativi ai primi sei mesi), ritenendo che, in presenza di un inadempimento non imputabile al lavoratore, “il pagamento tardivo consenta il rilascio del permesso di soggiorno per attesa occupazione al lavoratore beneficiario della domanda di emersione”.

2.9.1. Quindi, alla luce delle esposte considerazioni, nel caso di specie in capo all'appellante sussistono i requisiti richiesti dalla normativa sulla emersione per accogliere la domanda di regolarizzazione in controversia, quanto meno ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

3. In conclusione l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va accolto ed il decreto della Prefettura di Brescia, SUI, 9 novembre 2015, n. 105754, va annullato con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di adottare una nuova determinazione alla luce delle esposte considerazioni.

Considerate le caratteristiche di fatto della vicenda, sussistono i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado ed annulla il decreto della Prefettura di Brescia, SUI, 9 novembre 2015, n.105754 .

Spese di entrambi i gradi di giudizio compensate tra le parti .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere
Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore
Giulio Veltri, Consigliere
Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE
Lydia Ada Orsola Spiezia

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO