

**ATTI AMMINISTRATIVI: Circolari e istruzioni ministeriali – Valore – Funzione.**

**Cons. Stato, Sez. III, 14 luglio 2022, n. 5986**

in *Il Foro amm.*, 7/8, 2022, pag. 935

*“[...] 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 [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 il Pres. Michele Corradino e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo regionale per le Marche, l'odierno appellato impugnava il decreto con il quale il Questore di Fermo aveva dichiarato inammissibile l'istanza di regolarizzazione ai sensi del comma 2 D.L. 34/2020. Il cittadino straniero, nella prospettazione dell'amministrazione, risultava essere “regolare” sul territorio italiano in quanto ancora in attesa di avere riscontro in ordine all'appello sul diniego di riconoscimento della protezione internazionale, situazione questa che, ai sensi dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. 25/2008 ess.mm., consente all'interessato di permanere sul territorio nazionale sino alla conclusione del giudizio e non rinunciatario rispetto alla stessa.

Il sig. -OMISSIS- impugnava il suddetto provvedimento lamentando violazione di legge, *sub specie* art. 3 comma 2 D.L. 34/2020, in quanto la norma si applicherebbe anche a coloro che avrebbero potuto richiedere il rinnovo ovvero la conversione del titolo ma che non lo hanno fatto. L'interpretazione della Questura sarebbe contraria, nella prospettazione della parte ricorrente in primo grado, anche con le circolari emanate dallo stesso Ministero dell'Interno e quelle di concerto con il Ministero del Lavoro. Escludere dall'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 103 comma 2 DL 34/2020 i richiedenti asilo, sarebbe contrario altresì al principio di proporzionalità.

Il TAR, dopo aver accolto l'istanza cautelare, ha accolto il ricorso nel merito alla stregua delle presenti considerazioni:

1. il procedimento di emersione è parallelo rispetto a quello di riconoscimento della protezione internazionale che, peraltro, si è concluso in senso sfavorevole per il ricorrente;
2. la proroga del titolo di soggiorno – sub specie permesso di soggiorno per richiesta asilo – disposta dal decreto legge n. 18/20 risponde ad una finalità diversa da quella della procedura di emersione;
3. che i due istituti siano diversi lo dimostrerebbe la diversa “finestra temporale” per la presentazione delle istanze;
4. la possibilità di un temporaneo soggiorno lecito – come nel caso di specie, perché il cittadino straniero è titolare di un permesso di soggiorno per richiesta protezione internazionale – non può costituire idonea motivazione per dichiarare l'istanza inammissibile in quanto la situazione è precaria e “destinata a venir meno in qualsiasi momento”, come è poi avvenuto nel caso del ricorrente;
5. in particolare, con riferimento alla mancata rinuncia del diritto all'asilo, il TAR ritiene che, trattandosi il diritto di asilo un diritto in sé – che quindi preesiste al suo riconoscimento e riguarda una condizione soggettiva (personale) che origina al momento della partenza dal Paese di origine, la rinuncia alla domanda non implica la rinuncia al diritto.

Avverso tale pronuncia è insorto il Ministero dell'Interno con un unico motivo di appello, notificato in data 4 dicembre e depositato in data 10 dicembre 2021, in cui è stata denunciata violazione e falsa applicazione del comma 2 dell'art. 103 D.L. 34/2020.

In data 26 marzo 2022, si è costituito, a mezzo del proprio procuratore, il sig. -OMISSIS-.

Alla pubblica udienza del 12 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

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, come rilevato dalla stessa parte appellante, al cittadino straniero è stato chiesto, ai fini dell’ammissibilità della domanda di cui all’art. 103 comma 2, DL 34/20, la dichiarazione di ritiro esplicito della richiesta di protezione internazionale alla quale, tuttavia, lo stesso non dava seguito.

Da tale circostanza emerge che la stessa amministrazione competente, in fase procedimentale, non aveva aderito all’interpretazione fornita dalla circolare 26 giugno 2020, ritenendo compatibile la situazione dello straniero – titolare di permesso temporaneo per richiesta asilo- con la procedura di emersione, subordinando l’attivazione di quest’ultima unicamente alla rinuncia all’altro titolo di soggiorno.

Per tutte le suesposte premesse l’appello va respinto e va confermata la sentenza di primo grado seppur con diversa motivazione.

La particolarità e l’innovatività della vicenda giustifica 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 respinge.

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 appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l’intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

## **IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Michele Corradino**

## **IL SEGRETARIO**

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