



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**  
**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 32 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
- Mbaye Samb, rappresentato e difeso dall'Avv. Massimo Auditore e domiciliato in Milano, Via Corridoni n. 39, presso la Segreteria del T.A.R.;

***contro***

- la Prefettura di Milano, in persona del Prefetto pro-tempore,  
- il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliati per legge presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso introduttivo:

- del decreto P-MI/L/N/2012/109830 del 28 novembre 2014 con cui la Prefettura di Milano ha respinto l'istanza di emersione presentata in favore del ricorrente;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del decreto EM.12.RIGDEF/1/2016 dell'8 febbraio 2016 con cui la Prefettura di Milano ha nuovamente respinto l'istanza di emersione presentata in favore del ricorrente;

- dei pareri negativi emanati dalla Questura di Milano in data 13 ottobre 2015 e 3 febbraio 2016.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione dell'Interno;

Vista l'ordinanza n. 249/2015 con cui sono stati disposti incumbenti istruttori e fissata la camera di consiglio per la prosecuzione della trattazione della controversia;

Vista l'ordinanza n. 558/2015 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Udito, all'udienza pubblica del 28 aprile 2016, il difensore dell'Amministrazione resistente, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso introduttivo, notificato via pec in data 18 dicembre 2014 e depositato il 9 gennaio successivo, il ricorrente ha impugnato il decreto P-MI/L/N/2012/109830 del 28 novembre 2014 con cui la Prefettura di Milano ha respinto l'istanza di emersione presentata in suo favore, in ragione della commissione di reati ostativi.

A sostegno del ricorso sono state dedotte censure di violazione di legge e falsa interpretazione.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione dell'Interno, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 249/2015 sono stati disposti incompetenti istruttori e fissata la camera di consiglio per la prosecuzione della trattazione della controversia.

Con l'ordinanza n. 558/2015 è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia, chiedendo all'Amministrazione di rivalutare l'ascrivibilità dei reati commessi dal ricorrente all'art. 380 o 381 c.p.p.

All'esito della rivalutazione, è stato emesso un nuovo provvedimento – decreto EM.12.RIGDEF/1/2016 dell'8 febbraio 2016 – con cui la Prefettura di Milano, in ragione dei pareri emessi dalla Questura, ha nuovamente rigettato la richiesta di emersione formulata in favore del ricorrente, qualificando ancora una volta i reati come ostativi.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 7 aprile 2016 e depositato il 14 aprile successivo, è stato impugnato anche il predetto nuovo provvedimento di rigetto, eccependo la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto differenti profili.

Alla pubblica udienza del 28 aprile 2016, su richiesta del difensore dell'Amministrazione resistente, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. I ricorsi sono complessivamente fondati.

2. Entrambi i provvedimenti di diniego di emersione adottati nei confronti del ricorrente si fondano sulla commissione da parte di quest'ultimo di reati asseritamente ostativi, ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. n. 109 del 2012; nella specie i reati per cui il ricorrente è stato condannato sono quelli di cui all'art. 171 ter della legge n. 633 del 1941 (violazione del diritto di autore) e dell'art. 648 c.p. (ricettazione), come da sentenza della Corte d'Appello di Genova n. 2481/04, e all'art. 648 c.p. (ricettazione), come da sentenza della Corte d'Appello di Genova n. 2667/09.

2.1. Il ricorrente, sia nel ricorso principale che in quello per motivi aggiunti, ha sottolineato come le condanne riportate non rientrano tra quelle automaticamente ostativa alla positiva conclusione della procedura di emersione. L'art. 5, comma 13, lettera c, del D. Lgs. n. 109 del 2012 prevede, infatti, che non possono essere ammessi alla speciale procedura di emersione dal lavoro irregolare gli stranieri "che risultano condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dall'art. 380 del medesimo codice".

Per nessuno dei reati per i quali il ricorrente è stato condannato è previsto, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., l'arresto obbligatorio in flagranza. In particolare, deve osservarsi che per il reato di ricettazione (art. 648 c.p.) al momento della emissione delle sentenze, ovvero nel 2004 e nel 2009, non era previsto dal citato art. 380 l'arresto obbligatorio in flagranza; ugualmente, la fattispecie di cui all'art. 171 ter della legge n. 633 del 1941 (violazione del diritto di autore) non rientra tra i reati di cui al 380 c.p.p. (cfr. in tal senso T.A.R. Campania, Napoli, VI, 12 maggio 2016, n. 2419).

Con riguardo alla fattispecie de qua non risulta, inoltre, essere stata effettuata alcuna valutazione sulla pericolosità concreta del ricorrente, come previsto dal citato art. 5 del D. Lgs. n. 109 del 2012, atteso che l'Amministrazione si è limitata alla pedissequa elencazione delle condanne subite dal ricorrente senza compiere alcun giudizio sulla pericolosità dello straniero per la sicurezza, ritenendo, in maniera erronea, applicabile la previsione di cui all'art. 4, comma 3, del D. Lgs. n. 286 del 1998, pur in presenza di una specifica disposizione normativa regolante la fattispecie, come emerge implicitamente anche dalla sentenza n. 172 del 2012 della Corte Costituzionale (cfr. in tal senso T.A.R. Puglia, Lecce, II, 12 maggio 2016, n. 799; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 24 luglio 2015, n. 1826).

Pertanto, in assenza di una valutazione concreta e attuale della pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblici del ricorrente, ancorata ad oggettivi elementi di fatto, i ricorsi risultano fondati e quindi vanno accolti.

2.2. Alla fondatezza delle censure contenute nei ricorsi, segue l'accoglimento degli stessi e l'annullamento del diniego di emersione, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

3. Avuto riguardo alle peculiarità fattuali della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie i ricorsi indicati in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con gli stessi ricorsi impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Mosconi, Presidente  
Antonio De Vita, Consigliere, Estensore  
Angelo Fanizza, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/06/2016

IL SEGRETARIO

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