

*Consiglio di Stato - Sezione sesta - decisione 18 novembre 2008 - 2 febbraio 2009, n. 552*

*Presidente Barbagallo - Relatore Chieppa*

*Ricorrente Ben Achour Ali Ben Salem*

Sul ricorso in appello proposto da Ben Achour Ali Ben Salem, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Polidori e Carlo Scala, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, viale Eritrea, n. 91;

contro

Ministero dell'interno e Questura di Napoli, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati presso la stessa in Roma via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione VI, n. 16357/07 pubblicata il 17-12-2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 18-11-2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. dello Stato Scaramucci;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

*Fatto e diritto*

1. Con l'impugnata sentenza il Tar ha respinto il ricorso proposto dal signor Ben Achour Ali Ben Salem, cittadino extracomunitario, avverso il decreto prot. n.6423 del 30.03.2006, notificato il 3 aprile 2006, con il quale il Questore di Napoli gli aveva negato il rinnovo del permesso di soggiorno, con ordine di allontanarsi dal territorio italiano entro quindici giorni ed avverso il successivo diniego del 04.05.2006, opposto alla richiesta di riesame proposta dal ricorrente.

Il signor Ben Achour Ali Ben Salem ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Il Ministero dell'interno e la Questura di Napoli si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno è stato adottato in base ad accertamenti, in seguito ai quali non è stata riscontrata la sussistenza del rapporto di lavoro dichiarato dal cittadino extracomunitario ed è stato, invece, rilevato che la impresa di autotrasporti indicata aveva cessato di esistere e di operare da circa quattro anni.

L'appellante contesta tale presupposto e si duole anche della mancata comunicazione - ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241/90 - dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Tale ultima censura è fondata.

Con il provvedimento impugnato, il Questore dà atto di procedere senza il prescritto preavviso di provvedimento negativo, ma ritiene sussistenti gli estremi previsti dall'art. 21-octies della stessa legge n. 241/90, stante l'assoluta immodificabilità del provvedimento nel suo contenuto.

Tale modus procedendi è erroneo.

L'art. 10-bis della legge n. 241/90 è stato introdotto dalla legge n. 15 del 2005 al fine di consentire il contraddittorio tra privato ed amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo e allo scopo, quindi, di far interloquire il privato sulle ragioni ritenute dall'amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza.

La norma si applica a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte, ad eccezione di quelli espressamente esclusi (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali).

Il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno è un procedimento ad istanza di parte, cui si applica, quindi, la suddetta disposizione.

Il richiamo dell'art. 21-octies della stessa legge n. 241/90, operato dall'amministrazione nello stesso provvedimento impugnato per giustificare il mancato invio del preavviso, presuppone la validità della tesi, secondo cui tale disposizione avrebbe degradato alcuni vizi procedurali a mere irregolarità.

In realtà, non è così.

Come già rilevato da questo Consiglio di Stato in sede giurisdizionale l'art. 21-octies, comma 2, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso (Cons. Stato, VI, n. 2763/2006; n. 4307/06).

L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 è una norma di carattere processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/2005, in quanto, sancendo la non annullabilità del provvedimento, il legislatore ha inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) e i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, senza spingersi ad affermare che l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile (Cons. Stato, VI, n. 4614/2007).

Errano, quindi, le amministrazioni che intendono l'art. 21-octies, come introduzione della facoltà per la p.a. di non rispettare le regole procedurali; in tal modo, verrebbe violato il principio di legalità, mentre, al contrario, le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela.

Inoltre, va tenuto conto che la disposizione si divide in 2 parti: la prima parte dell'art. 21-octies, secondo comma, prevede che il provvedimento non sia annullabile quando ricorrano necessariamente tutti questi elementi: a) violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; b) natura vincolata del provvedimento; c) essere "palese" che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La seconda parte è relativa ad un tipico vizio procedimentale (art. 7 della l. n. 241/90: violazione dell'obbligo di avvio del procedimento) e prevede che il provvedimento non sia annullabile "qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Nel caso di specie, va verificata l'applicabilità della sola prima parte, in quanto il vizio è la violazione dell'art. 10-bis, e non dell'art. 7, della legge n. 241/90.

In presenza di una istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, l'accertamento dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego, "sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio" (art. 5, comma 5, D. Lgs. n. 286/98); di conseguenza, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, peraltro compiuto a distanza di oltre un anno e mezzo dalla richiesta, il provvedimento di diniego non costituisce atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, potendo essere sopravvenuto un rapporto di lavoro che consenta il rilascio del permesso.

Non si tratta qui di limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa (come, ad es., una condanna penale), ma di valutare un elemento, su cui possono incidere le

sopravvenienze e rispetto al quale l'interessato può fornire - se coinvolto in sede procedimentale - gli opportuni chiarimenti, soprattutto nei casi, come quello di specie, in cui l'amministrazione non è in grado di rispettare i tempi procedurali (oltre un anno e mezzo a fronte dei venti giorni, previsti dall'art. 5, comma 9, D. Lgs. n. 286/98).

Peraltro, l'accertamento circa l'insussistenza del rapporto di lavoro è stato fondato su un atto del 28-3-2006, in cui personale della Questura di Napoli si è recato presso la sede dichiarata della impresa datrice di lavoro, riscontrando - sulla base di quanto riferito da un condomino - che la impresa "fino a 4 anni fa esisteva ed era domiciliata al civico 94".

Da questa dichiarazione, l'amministrazione ha tratto la conseguenza che la impresa avesse cessato di esistere ed operare da circa quattro anni, senza alcuna verifica circa un trasferimento di essa e, comunque, senza consentire all'interessato di dimostrare la sopravvenienza di altro rapporto lavorativo.

Assorbita ogni altra censura, il provvedimento impugnato deve, quindi, essere annullato e l'amministrazione dovrà ora provvedere a rinnovare il procedimento, verificando la sussistenza di idoneo rapporto lavorativo, oltre che di tutti gli altri presupposti richiesti per il rinnovo del permesso di soggiorno dell'appellante.

3. In conclusione, l'appello deve essere accolto con conseguente annullamento dell'atto impugnato, in riforma della sentenza di primo grado.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

*P.Q.M.*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.