

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6562 del 2010, proposto da:
*****, rappresentato e difeso dagli avv. Loretta Burelli, Barbara Pelosi,
con domicilio eletto presso Barbara Pelosi in Roma, via Erasmo
Gattamelata, 12;

contro

Questura di Roma; Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

del decreto della Questura di Roma del 3 settembre 2009 e notificato in
data 13 maggio 2010 con il quale veniva rifiutato il rinnovo del permesso
di soggiorno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2011 il dott.
Alessandro Tomassetti e uditi per le parti i difensori come specificato
nel verbale;

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe l'odierno ricorrente impugna il decreto emesso
dalla Questura di Roma in data 3 settembre 2009 con il quale veniva
rifiutato il rinnovo del permesso di soggiorno.

Deduce il ricorrente la illegittimità del provvedimento di diniego per
violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione resistente.

Alla udienza del 12 maggio 2011 il ricorso era trattenuto in decisione
dal Collegio.

Il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo della omessa comunicazione del preavviso di diniego di cui all'art. 10 bis della L. 241/90.

È opportuno infatti richiamare l'orientamento della giurisprudenza (Cons. Stato Sez. VI 6/2/09 n. 552) secondo cui è viziato il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno non preceduto dal preavviso di rigetto previsto dall'art. 10 bis della L. 241/90, in quanto detta norma si applica a tutti i procedimenti ad istanza di parte eccetto quelli individuati dal Legislatore e, quindi, anche ai procedimenti relativi al rinnovo del permesso di soggiorno.

Il Consiglio di Stato ha precisato nella suddetta decisione che l'Amministrazione non può esimersi dall'applicare tale disposizione richiamando l'art. 21 octies della L. 241/90, in quanto detta norma non degrada il vizio a mera irregolarità amministrativa, ma assolve all'unica funzione di evitare che il 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 che non può essere utilizzata in sede amministrativa, violandosi altrimenti il principio di legalità, ma che deve essere utilizzata in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela.

Ne consegue che in caso di violazione dell'art. 10 bis della L. 241/90, sussiste l'illegittimità dell'atto, ma trattandosi di vizi di forma, l'annullabilità del provvedimento è rimessa all'apprezzamento del giudice, che può superare il vizio procedimentale, facendo applicazione dell'art. 21 octies della stessa legge, qualora sia palese che l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso (cfr. tra le tante T.A.R. Lazio sez. I 9/9/09 n. 8425; Cons. Stato sez. V 28/7/08 n. 3707; Cons. Stato Sez. VI 8/2/08 n. 415; T.A.R. Sicilia sez. IV Catania 8/6/09 n. 1065; T.A.R. Campania Napoli Sez. VI 30/4/09 n. 2225).

L'applicazione della suddetta disposizione presuppone quindi la certezza dell'inutilità della partecipazione al procedimento, elemento questo che ricorre quando il diniego del permesso di soggiorno si configura come atto vincolato.

Ritiene il Collegio, al contrario, che in tutti i casi in cui non sia certa ed evidente la totale inutilità della partecipazione al procedimento, l'Amministrazione sia tenuta ad osservare la disposizione dell'art. 10 bis della L. 241/90.

Nel caso di specie, il diniego è motivato con riferimento a condanne penali antecedenti al rilascio del primo permesso di soggiorno e relative a fattispecie (vendita al pubblico di CD privi del contrassegno SIAE) rispetto alle quali la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 8 novembre 2007, causa C-20/05) e della Corte di Cassazione (tra le altre, Cass. Penale, sentenza 19 novembre 2009, n. 1073) hanno ritenuto - prima della entrata in vigore del D.P.C.M. 23 febbraio 2009, n. 31, di

approvazione della regola tecnica oggetto del procedimento di notifica alla Commissione UE n. 2008/0162/I, cui è seguita la "ripenalizzazione" delle condotte successive al 21 aprile 2009 - l'inopponibilità nei confronti dei privati dell'obbligo di apposizione del contrassegno Siae quale effetto della mancata comunicazione alla Commissione dell'Unione Europea di tale "regola tecnica" in adempimento della direttiva europea 83/189/CE e la conseguente depenalizzazione della fattispecie con gli effetti propri della "abolitio criminis".

La Questura avrebbe dovuto pertanto provvedere ad inviare il preavviso ex art. 10 bis della L. 241/90 in modo da consentire allo straniero di partecipare al procedimento al fine di poter evidenziare le ragioni sottese al rilascio del provvedimento favorevole. Il mancato invio del preavviso di diniego ha infatti impedito al ricorrente di poter fornire gli elementi fattuali e normativi in grado di giustificare il possibile esito positivo del procedimento, con conseguente illegittimità del provvedimento impugnato.

Ne consegue la fondatezza del ricorso ed il conseguente annullamento del provvedimento impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti di competenza dell'Amministrazione.

Quanto alle spese di lite, sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Alessandro Tomassetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2011

IL SEGRETARIO