

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 3655 del 2011, proposto da: ***** , rappresentato e difeso dall'avv. Ferdinando Giffoni, con domicilio eletto presso Ferdinando Giffoni in Roma, via Trionfale, 21 Piano Ii^;

contro

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

per l'annullamento

ARCHIVIAZIONE DELLA RICHIESTA DI PERMESSO DI SOGGIORNO A SEGUITO DI PROCEDURA DI EMERSIONE DI LAVORO IRREGOLARE - CAUTELARE PROVVISORIA

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 6 dicembre 2011 il dott. Alessandro Tomassetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe l'odierno ricorrente impugna il decreto emesso dalla Questura di Roma notificato in data 7 febbraio 2011 con il quale veniva decretata l'archiviazione della istanza di permesso di soggiorno a seguito di procedura di emersione.

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 6 dicembre 2011 il ricorso è stato 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 alla mancata produzione di idonea documentazione ai sensi dell'art. 1 ter, comma 4, lett. d) L. n. 102/2009, senza alcuna indicazione in merito alla asserita carenza documentale mentre risulta, dalla documentazione prodotta in

giudizio, che la P.A. aveva inizialmente constatato la assenza di cause ostative alla stipula del contratto di soggiorno ed alla prosecuzione della istanza di emersione.

Ritiene il Collegio, come nella fattispecie in oggetto la Questura avrebbe dovuto 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 documentali 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.

Le spese in considerazione della sussistenza di giusti motivi, possono essere compensate per intero 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 6 dicembre 2011

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2012

IL SEGRETARIO

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