
ADiM BLOG
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
SETTEMBRE 2019

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 26 giugno 2019, n. 04414

Procedura per il rilascio del permesso di soggiorno e preavviso di rigetto. Verso una tutela “rafforzata” delle garanzie procedurali dei cittadini stranieri? A proposito di una recente sentenza del Consiglio di Stato

Laura Pergolizzi

Dottoranda in Scienze Giuridiche, Università di Messina

Parole chiave

Permesso di soggiorno – Cittadino straniero – Irreperibilità – Partecipazione – Motivi ostativi

Abstract

La sentenza in esame verifica prevalentemente alcuni aspetti connessi alla concreta applicazione degli istituti della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nella sede della procedura di rilascio del permesso di soggiorno. Nella fattispecie, il Consiglio di Stato afferma che l'irreperibilità dell'istante «non è circostanza sufficiente a far venir meno in capo alla Questura l'obbligo di adottare il preavviso ex art. 10 bis della L. n. 241 del 1990». A sostegno delle proprie argomentazioni, non si limita a mettere in relazione il procedimento di cui al T.U. Immigrazione e le regole dell'azione amministrativa, ma si spinge a verificare l'effettiva funzione alla quale tale relazione è destinata, in chiave di tutela delle garanzie procedurali del cittadino straniero. Sotto un diverso profilo, non si limita ad un approccio formalistico, ma fonda la propria decisione su un interessante sforzo interpretativo ed eziologico dei fatti di causa e dei fenomeni emergenti.

A. FATTI DI CAUSA E DECISIONE

1. *Vicenda*

La vicenda trae origine da un procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato. Con Decreto del 15 giugno 2012 il Questore di Potenza rigettava l'istanza formulata da un cittadino straniero. Il diniego si fondava sulla irreperibilità dell'interessato, pochi giorni dopo la presentazione dell'istanza di rilascio del provvedimento, e la mancata comunicazione della variazione di dimora ai sensi dell'art. 6, comma 8, del [D.Lgs. n. 286 del 25 luglio 1998](#), (T.U. Immigrazione) che non ha reso possibile notificargli la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

Il cittadino straniero ricorreva davanti al TAR Basilicata - Potenza per ottenere l'annullamento del sopracitato provvedimento, denunciando, tra i motivi di censura, la violazione dell'art. 10 *bis* della L. n. 241 del 1990 ed il difetto di motivazione.

Con la sentenza del 29 luglio 2014, n. 512, il TAR Basilicata – Potenza rigettava il ricorso. A sostegno della propria decisione, il giudicante configurava il diniego del rilascio del permesso di soggiorno come "atto vincolato" e dichiarava legittimo il provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, della [L. n. 241 del 1990](#), estensibile all'art. 10 *bis* della stessa L. n. 241 del 1990, perché, in ogni caso, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Veniva, quindi, proposto appello da parte del cittadino straniero, il quale denunciava l'ingiustizia ed erroneità della sentenza di primo grado, chiedendone la riforma con un unico e articolato motivo, con cui denunciava l'eccesso di potere per difetto di istruttoria; la contraddittorietà manifesta; l'illogicità manifesta; l'eccesso di potere; il travisamento dei fatti. Si costituivano in giudizio le Amministrazioni chiedendo il rigetto dell'appello.

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato accoglie l'appello per la fondatezza del motivo con cui la parte appellante denuncia la violazione dell'art. 10 *bis* della L. n. 241 del 1990 ed il difetto di motivazione.

2. *Decisione*

La sentenza premette alcuni cenni sul c.d. "preavviso di rigetto" e sui presupposti sui quali si fonda l'obbligo di adozione dello stesso.

Si sofferma, poi, sul caso concreto, ricostruendo la vicenda alla luce della documentazione acquisita in primo grado, dalla quale emerge un passaggio che è interessante ripercorrere: « il ricorrente si è presentato spontaneamente presso l'Ufficio Immigrazione l'8 agosto 2012 e, nella circostanza, gli è stato notificato il decreto di rigetto impugnato »; le ricerche del ricorrente erano state avviate dall'Ufficio immigrazione il 7 giugno 2012, con nota inviata al competente Comando dei Carabinieri, al quale era stato chiesto di invitare formalmente il

richiedente a presentarsi presso la Questura; « a seguito della nota del Comando dei Carabinieri del 9 giugno (...), che attestava l'assenza del ricorrente dal luogo di residenza dichiarata, la Questura concludeva il procedimento, ritenendo che l'irreperibilità del richiedente non dava possibilità di preavvertirlo del rigetto. Conseguentemente, la Questura riteneva inesistenti i presupposti per il rilascio del titolo ».

Tanto premesso, il giudicante ritiene che l'irreperibilità del destinatario non è causa sufficiente a far venir meno l'obbligo di preavviso di rigetto dell'istanza di permesso di soggiorno. In particolare, a sostegno di questa affermazione, evidenzia come la vicenda non faccia emergere « con sufficiente grado di certezza che l'esito del procedimento sarebbe stato ineluttabilmente nel senso del rigetto dell'istanza se fosse stata data l'opportunità al ricorrente di partecipare al procedimento ». A tal scopo, offre alcuni esempi: prendendo in esame la dichiarazione di dimissioni dell'interessato, prodotta dal datore di lavoro ai Carabinieri, dalla quale emerge che il lavoro è stato lasciato per motivi strettamente personali, non dipendenti dallo svolgimento del rapporto di lavoro instaurato, il Consiglio di Stato osserva come tale dichiarazione « avrebbe potuto formare oggetto di osservazioni dell'interessato nel corso del procedimento e approfondimento istruttorio da parte della Questura » circa i motivi dell'allontanamento dal domicilio, la durata del rapporto di lavoro e le ragioni della sua interruzione, l'attualità di altra prestazione lavorativa.

Da un lato, sottopone a critica l'atteggiamento "sbrigativo" dell'amministrazione, che ha « frettolosamente » ritenuto l'irreperibilità del ricorrente. Dall'altro, "giustifica" la mancata comunicazione alla Questura della variazione di domicilio da parte dello straniero, *ex art. 6, comma 8, TUI*, ritenendo tale comportamento « scusabile con l'ignoranza della complessa disciplina da parte di chi è appena giunto in Italia ». Anche da questo duplice punto di vista, ritiene non corretto considerare il diniego un "atto dovuto", come sola conseguenza dell'irreperibilità dell'interessato.

Inoltre, rileva il mancato assolvimento, da parte dell'amministrazione, dell'onere di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, e art. 7, comma 1, L. n. 241/1990, di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Quanto al provvedimento di diniego, quest'ultimo si era limitato « a considerare laconicamente inesistenti i presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno, in conseguenza dell'irreperibilità del ricorrente »: perciò, il giudicante ritiene fondato anche il motivo con cui si denuncia il difetto di motivazione del provvedimento impugnato.

B. COMMENTO

1. Quadro generale

L'art. 10 *bis*, introdotto dall'art. 6 della [L. n. 15 del 2005](#), dispone che nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda e gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

La *ratio* della norma, come ricostruita dalla sentenza in esame, è quella di consentire, il contraddittorio con l'interessato e mettere in condizione la pubblica amministrazione di avere una completa conoscenza dei fatti nell'esercizio della propria discrezionalità.

La norma riflette la logica tradizionalmente sottesa alla *partecipazione al procedimento* di coloro nei cui confronti la decisione amministrativa è destinata a produrre effetti. Si tratta di una logica collaborativa che, assolvendo alle funzioni di difesa del cittadino, ha contribuito in modo significativo all'ormai non più recente passaggio dalla concezione di pubblica amministrazione autoritaria a quella di pubblica amministrazione democratica.

2. *Cittadini stranieri e partecipazione*

Se, come si è visto, l'art. 10 *bis* della L. n. 241 del 1990 è una norma di garanzia nei confronti del cittadino italiano, occorre verificare se questa trovi applicazione anche nei confronti dello straniero.

La questione problematica di fondo riguarda, più in generale, il campo soggettivo di applicazione della legge sul procedimento amministrativo. Sebbene quest'ultima non contenga un'indicazione espressa di sua applicabilità anche ai cittadini non italiani, il TU Immigrazione chiarisce tale aspetto, muovendo inequivocabilmente a favore di tale prospettiva, laddove dispone che « allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge » (art. 2, comma 5, TU Immigrazione).

Del resto, la prospettiva del legislatore nazionale è ampiamente compatibile con il "diritto ad una buona amministrazione" consacrato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si sostanzia nel diritto di "ogni persona" ad "essere ascoltata" prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio e ad accedere ai documenti amministrativi; nell'obbligo, gravante sull'amministrazione, di motivare le proprie decisioni.

Si tratta di una impostazione che, ancor prima, rimanda alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini stranieri, fondata sui cardini dell'uguaglianza e della ragionevolezza, emersa progressivamente a livello costituzionale e del diritto internazionale.

3. *Permesso di soggiorno e "preavviso di rigetto": il favor accordato alla tutela dei diritti di partecipazione del cittadino straniero*

La sentenza in commento permette di verificare alcuni aspetti connessi alla concreta applicazione dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza in sede di procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, offrendo, inoltre,

alcuni interessanti spunti di riflessione circa il rapporto tra i procedimenti amministrativi in materia di immigrazione e le regole in materia di partecipazione.

È proprio in relazione a tali aspetti che la sentenza di primo grado non è pienamente convincente: pur non avendo espressamente messo in dubbio l'applicabilità, al procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno, dell'istituto di cui all'art. 10 *bis* della L. n. 241 del 1990, nei fatti essa finisce per negarla. A ben vedere, infatti, il giudice di primo grado parrebbe applicare, in sede di decisione, una relazione causa - effetto tra omessa comunicazione del domicilio da parte del cittadino straniero e venir meno dell'obbligo di comunicazione del preavviso di rigetto che non trova fondamento in alcuna previsione normativa.

Il Consiglio di Stato muove a favore di un diverso, interessante, indirizzo, che anzitutto, inquadra correttamente, in coerenza con l'articolo 2 del TU immigrazione, le garanzie dell'istante in sede di procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, perché quelle sottese alla partecipazione procedimentale sono garanzie che vanno apprestate non soltanto nei confronti dei cittadini italiani, ma anche nei confronti dei cittadini stranieri. La partecipazione emerge inequivocabilmente come terreno elettivo di garanzia del corretto esercizio della discrezionalità, ora attraverso la completa conoscenza, per la pubblica amministrazione, di tutti gli elementi che possono incidere sul contenuto dell'atto, ora per la tutela dell'interesse legittimo del richiedente a dimostrare il possesso dei requisiti per la legale permanenza nello Stato italiano.

Una ulteriore spia sintomatica di tale ragionamento risiede nella posizione assunta (anche in questo caso, in difformità dalla posizione della sentenza di primo grado), in relazione al rapporto tra gli artt. 10 *bis* e 21 *octies*, comma 2, della L. n. 241 del 1990. Il secondo alinea del comma 2 dell'art. 21 *octies* introduce espressamente, nel proprio ambito di applicazione, l'ipotesi della mancata comunicazione di avvio del procedimento. Parte della giurisprudenza attribuisce un'analogia configurazione, sotto il profilo sostanziale, a tale comunicazione e al preavviso di rigetto ([Cons. Stato, sez. III, sentenza del 7 agosto 2018, n. 4853](#); [TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza del 15 aprile 2009, n. 3811](#)) ma non mancano indirizzi in senso contrario, che ritengono che l'art. 21 *octies* sia da considerarsi norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica ([TAR Liguria, Genova, sez. I, sentenza del 30 gennaio 2009, n. 138](#); [TAR Toscana, Firenze, sez. II, sentenza del 24 gennaio 2012, n. 137](#)).

La sentenza in esame, aderendo al primo dei due orientamenti, lascia trasparire, ancora una volta, un atteggiamento ampiamente favorevole alla lettura, in chiave sostanzialistica, del preavviso di rigetto. Del resto, non manca di porre l'accento sulla posizione di "svantaggio" del cittadino straniero, suscettibile di emergere in sede procedurale. A tale stregua, ha il merito di riconsiderare l'approccio interpretativo della sentenza di primo grado alla luce della verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo. Infatti, la decisione muove da un'indagine preliminare, corredata di osservazioni critiche, circa le *cause* dell'irreperibilità, alla luce della valutazione del comportamento delle parti e degli strumenti a loro disposizione nella fase prodromica all'adozione del provvedimento finale. Addirittura, in questo caso il giudice dell'appello sembrerebbe voler richiamare la pubblica

amministrazione non soltanto alla garanzia dei diritti del cittadino straniero, ma anche ad una “prudente” applicazione delle regole procedurali, allorquando l’interlocutore si trovi in una situazione rilevante di vulnerabilità, che, nella fattispecie, si individua nella difficoltà del cittadino straniero di muoversi agevolmente, e in poco tempo, nel quadro di una normativa in materia di immigrazione che lo stesso Consiglio di Stato riconosce essere complessa.

Questa prospettiva diventa ancora più interessante se si riconosce che il ragionamento di fondo del Consiglio di Stato potrebbe trovare applicazione anche al di là dello specifico procedimento in questa sede esaminato.

È vero che nel più ampio scenario dei procedimenti in materia di immigrazione durante lo scorso decennio si era tentato, seppur piuttosto timidamente, di accentuare l’esigenza di “modulazione” dell’azione amministrativa, “calando” quest’ultima nella realtà concreta nel cui ambito la stessa è chiamata ad esplicarsi. Ciò è avvenuto, in alcuni casi, persino per il tramite del ricorso ad alcuni istituti non previsti espressamente dalla L. n. 241 del 1990. Si pensi al colloquio personale nell’ambito del procedimento innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, introdotto, sulla base del modello eurocomunitario, dall’art. 12 del d.lgs. n. 25 del 2008, al fine di assicurare il “contatto diretto” tra pubblica amministrazione e cittadino straniero. Di recente, però, tale tendenza sembra aver subito una generalizzata “battuta d’arresto” e, talvolta, un “ritorno al passato”, anzitutto da parte dello stesso legislatore che, a differenza della dottrina, ha dimostrato scarso interesse verso le problematiche in questione.

In prospettiva futura, la sentenza in esame potrebbe stimolare l’avvio di una nuova, costruttiva, riflessione, avendo richiamato l’attenzione sull’esigenza di riconoscimento, nell’ambito del procedimento amministrativo in materia di immigrazione, delle garanzie dei diritti dei partecipanti al procedimento, e di “rafforzamento” di tali garanzie per il tramite di un’opera di bilanciamento tra interesse pubblico e situazioni giuridiche soggettive del cittadino straniero ampiamente compatibile con il diritto positivo e coerente con la moderna concezione dello Stato di diritto.

C. APPROFONDIMENTI

Per consultare il testo della decisione :

Consiglio di Stato, sez. III, sent. 26 giugno 2019, n. 04414

Giurisprudenza :

- Cons. Stato, sez. III, sentenza del 7 agosto 2018, n. 4853
- TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza del 15 aprile 2009, n. 3811.
- TAR Liguria, Genova, sez. I, sentenza del 30 gennaio 2009, n. 138

- TAR Toscana, Firenze, sez. II, sentenza del 24 gennaio 2012, n. 137

Dottrina :

- F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019

- C. COSENTINO, R. RENZI, *Ingresso e soggiorno dei cittadini stranieri*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Roma, 2017, pp. 343 – 361

- L. GILI, *Straniero e partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, pp. 56 e ss

- G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), Bologna, 2005, I, pp. 531 e ss

- F. PALAZZI, *Il preavviso di rigetto*, in G. GARDINI, L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 271 – 277

- A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in [Consulta online, 2017](#).

- C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis, l. 241/1990*, in *Foro Amm.* – TAR, 2006, pp. 655 e ss

- M. A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 2 ss

Ulteriori atti e materiali :

- [Direttiva del Ministro dell'Interno 1 marzo 2000, Definizione dei mezzi di sussistenza per l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato \(Gazzetta Ufficiale n. 64 del 17 marzo 2000\)](#).

Per citare questo contributo : L. PERGOLIZZI, *Procedura per il rilascio del permesso di soggiorno e preavviso di rigetto. Verso una tutela "rafforzata" delle garanzie procedurali dei cittadini stranieri? A proposito di una recente sentenza del Consiglio di Stato*, ADiM Blog, settembre 2019.