



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1010 del 2010, proposto da: Junyan Chi, rappresentato e difeso dagli avv. Lelio Cremisini e Francesca Ambrosio, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Domenico Millelire, n. 6;

***contro***

Ministero dell'interno, in persona del Ministro p.t., e la Questura di Napoli, in persona del Questore p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. Campania, Sezione VI, del 12 giugno 2009, n. 3273, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'interno e della Questura di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 8 ottobre 2010 il cons. Andrea Pannone e udito l'avvocato dello Stato Pisano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

La sentenza impugnata ha respinto il ricorso prodotto per ottenere l'annullamento del provvedimento del provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno prot. CAT.A.12/2008/IMM/2^ SEZ. DIN MC14606 del 28 novembre 2008, adottato dal Questore di Napoli.

La sentenza ha ritenuto che, in ragione del contenuto sostanzialmente vincolato dell'atto gravato, dovevano essere respinte le censure con le quali il ricorrente aveva rilevato il mancato invio del preavviso di rigetto, attesa la valenza meramente procedimentale della doglianza articolata, in contrasto con il disposto dell'art. 21 octies della legge 241/1990 (Cons. Stato , sez. V, 28 luglio 2008, n. 3707).

L'appellante ha reiterato la censura dedotta in primo grado di violazione dell'art. 10 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si sono costituite resistendo le Amministrazioni appellate.

All'udienza dell'8 ottobre 2010 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

### DIRITTO

L'appello merita accoglimento.

La Sezione non può che ribadire quanto già affermato, in fattispecie analoga alla presente, con la decisione del 2 febbraio 2009, n. 552.

L'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 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. 241/1990, 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, cit. 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, Sezione VI, n. 2763/2006; n. 4307/2006).

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, Sezione VI, n. 4614/2007).

Errano, quindi, le Amministrazioni che intendono il ripetuto 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. 241/1990: 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. 241/1990.

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. 286/1998); di conseguenza, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, 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.

Assorbita ogni altra censura, il provvedimento impugnato deve, quindi, essere annullato e l'amministrazione dovrà ora provvedere a rinnovare il procedimento, verificando la sussistenza o meno di idoneo rapporto lavorativo (prendendo a tal fine in considerazione, tra l'altro, anche la tematica relativa ai versamenti INPS), oltre che di tutti gli altri presupposti richiesti per il rinnovo del permesso di soggiorno dell'appellante.

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

Le spese del doppio grado del giudizio vanno poste a carico delle Amministrazioni soccombenti e si liquidano in dispositivo, assorbendo in esse gli effetti dell'ammissione al gratuito patrocinio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sesta Sezione, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado, annulla il provvedimento oggetto del ricorso, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Condanna le Amministrazioni appellate a rifondere alla ricorrente le spese del doppio grado del giudizio, che liquida in complessivi euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre IVA e CPA, con assorbimento, in esse, degli effetti dell'ammissione al gratuito patrocinio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2010 con  
l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente FF

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

IL SEGRETARIO

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