

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3461 del 2011, proposto da:
*****,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesca Ambrosio e Gennaro Macri ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giuseppe Savino, in Roma, via Ezio, 24,

contro

- la Questura della Provincia di Napoli, in persona del Questore p.t. ;
- il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t.,
costituitisi in giudizio, ex lege rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati presso gli uffici della stessa, in Roma, via dei Portoghesi, 12,

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - SEZIONE VI n. 00218/2011, resa tra le parti, concernente DINIEGO PERMESSO DI SOGGIORNO.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

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

Vista la memoria prodotta dall'appellante a sostegno delle sue domande;

Vista l'Ordinanza n. 2199/2011, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 20 maggio 2011, di accoglimento della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 21 ottobre 2011, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Udito, alla stessa udienza, l'avv. Marina Russo dello Stato per Ministero dell'Interno e Questura di Napoli, nessuno essendo ivi comparso per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, con la decisione indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso di primo

grado proposto dall'odierna appellante, cittadina cinese già titolare di regolare permesso di soggiorno per lavoro subordinato n. *** rilasciato dalla Questura di Avellino in data 19 febbraio 2003, avverso il provvedimento di diniego di rinnovo del permesso medesimo, emesso dalla Questura di Napoli in data 23 febbraio 2010.

Il primo Giudice, rilevato che "l'impugnato diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per lavoro autonomo è stato adottato in quanto si è accertata l'inesistenza dell'attività di lavoro indicata dalla ricorrente, nonché la sua irreperibilità", ha in particolare:

"Ritenuto che il contenuto vincolato del provvedimento e la indicazione in atti delle cause ostative al rinnovo renda irrilevanti la censure di violazione delle garanzie partecipative e difetto di motivazione articolate con il primo motivo e il quarto motivo di doglianza (ex multis, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 09 settembre 2009 , n. 8425);

Ritenuto che l'acclarata inesistenza dell'attività lavorativa e la sufficienza della stessa a sostenere l'emanazione dell'atto gravato consentono di respingere le censure di eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e manifesta ingiustizia e di violazione degli articoli 4, comma 3, 26 del d.lgs. n. 286/98 e 13 del d.P.R. n. 354/1999, articolate con il secondo ed il terzo motivo di doglianza;

Considerato che l'avvenuto reperimento della nuova attività lavorativa solo in tempo successivo all'adozione del provvedimento gravato consenta di respingere la censura di violazione dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 286/98, articolata con il secondo motivo di doglianza".

La difesa dell'appellante ha proposto un articolato appello (ed una memoria conclusiva), sottoponendo a rivisitazione critica l'intero impianto della sentenza di primo grado, anche con riguardo alla scelta di definizione del giudizio in forma abbreviata sul presupposto della manifesta infondatezza del ricorso, in asserita violazione dell'art. 60 c.p.a.

Il Ministero dell'Interno e la Questura di Napoli si sono costituiti nell'odierno giudizio, senza peraltro formulare difese.

Con Ordinanza n. 2199/2011, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 20 maggio 2011, è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 21 ottobre 2011.

DIRITTO

1. - Va, preliminarmente, dichiarata l'inammissibilità della memoria dall'appellante depositata in data 21 settembre 2011, per violazione del termine perentorio, di cui all'art. 54 c.p.a., cui è possibile derogare, da parte del Collegio, solo su richiesta di parte, nella fattispecie nemmeno intervenuta.

2. - Ciò posto, l'appello è fondato e deve essere accolto, con conseguente accoglimento, in riforma della sentenza impugnata, del ricorso di primo grado.

Ritiene invero il Collegio che l'appello del privato meriti positiva ed assorbente considerazione quanto alla riscontrata omissione dell'incombente di cui all'art. 10-bis della legge n. 241/1990, recante, com'è noto, l'obbligo del c.d. preavviso di rigetto.

Se è vero, infatti, che una lettura del principio partecipativo cristallizzato dall'art. 10-bis citato, attenta al significato sostanziale delle garanzie all'uopo stabilite dal legislatore, deve condurre ad escludere che la sua violazione formale possa sortire effetto invalidante quante volte alla mancata puntuale osservanza dell'incombente previsto dal dato positivo non abbia fatto seguito l'effettiva frustrazione della possibilità per l'interessato di dispiegare le facoltà volte ad incidere sullo svolgimento dell'azione amministrativa, nel caso di specie, com'è agevole riscontrare dalla documentazione versata in atti e dalle doglianze svolte per contestare il mancato possesso dei requisiti necessari per la legale permanenza nel territorio dello Stato ai sensi degli artt. 4, 5, 6, 22 e 26 del D. Lgs. n. 286/1998, la violazione della prevista garanzia procedimentale si rivela tale da condizionare la legittimità del provvedimento finale, dal momento che la stessa ha portato, se non ad un vero e proprio travisamento dei fatti, quanto meno alla mancata considerazione in sede procedimentale di fatti suscettibili di emergere da un'attività collaborativa dialogante della parte privata interessata, che risulta esser stata in fatto impedita dalla mancata comunicazione del preavviso di diniego: e ciò tanto riguardo alla effettiva disponibilità di sufficienti mezzi di sostentamento da parte della straniera extra-comunitaria pur dopo l'intervenuta revoca dell'autorizzazione al commercio presentata in sede di istanza di rinnovo proprio al fine di dimostrare la disponibilità di un reddito sufficiente; quanto riguardo al suo effettivo stato di irreperibilità, che risulta quanto meno dubbio alla luce della mai intervenuta cancellazione d'ufficio dall'anagrafe del Comune di Boscoreale, del deposito di una comunicazione di cessione di fabbricato in locazione in comune di Palma di Campania in allegato all'istanza stessa, dell'invito-diffida alla conclusione del procedimento con contestuale richiesta di partecipazione allo stesso presentato dal difensore dell'interessata in data 17 novembre 2009 alla Questura di Napoli e, soprattutto, della documentata circostanza in cui l'interessata si presentava personalmente alla Questura per ottemperare all'invito in tal senso indirizzate.

Se è vero, poi, che l'art. 21-octies della legge n. 241/1990 prevede la non annullabilità di un provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, già la sola veduta enunciazione dei fatti suscettibili di emergere in sede partecipativa nella fase conclusiva di un procedimento (durato ben quattro anni) in cui l'Amministrazione è obbligata per legge a valutare i "sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio" (ex art. 5, comma 5, del D. Lgs. n. 286/1998), vale a scongiurare quella possibile duplicazione di un procedimento dal destino preannunciato, cui con intento sostanzialista e deflattivo mira la norma in esame.

Nel caso in questione, in conclusione, non sembra esser stata soddisfatta la complessiva necessità motivazionale dell'atto (sì che fondato appare anche il quarto motivo dell'originario ricorso), ravvisandosi una superficiale istruttoria da parte dell'Amministrazione, che, con l'omessa

comunicazione all'interessata del preavviso di diniego, ha impedito all'istante di rappresentare (e si è essa stessa preclusa l'esame di) fatti e situazioni, che, una volta sottoposti alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione medesima, ben avrebbero potuto condurre ad un contenuto dispositivo del provvedimento oggetto del giudizio, diverso da quello in concreto adottato.

3. - Dalle considerazioni di cui sopra deriva, come s'è detto, l'accoglimento dell'appello e dunque del ricorso di primo grado, fatta salva la riedizione del potere valutativo da parte dell'Amministrazione.

Stimasi equo disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo **accoglie** e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 21 ottobre 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Terza

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2011

IL SEGRETARIO

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