

## **Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione di Allegra Canepa\***

Sommario: 1. La partecipazione dello straniero nei procedimenti amministrativi di ingresso, soggiorno ed espulsione. – 2. La comunicazione di avvio del procedimento di espulsione degli stranieri. – 2.1. Avvio del procedimento e partecipazione: la questione della traduzione e piena comprensione degli atti – 3. Il «giusto equilibrio» fra rispetto dell'iter procedimentale nei permessi di soggiorno e applicazione della novellata disciplina sull'invalidità. – 4. Conclusioni.

### **1. La partecipazione dello straniero nei procedimenti amministrativi di ingresso, soggiorno ed espulsione**

Come affermato da autorevole dottrina<sup>1</sup> l'intervento nel procedimento non ha una semplice valenza di partecipazione ma risponde a differenti esigenze di democrazia, di collaborazione e di difesa.

La legge 241/90 ha dato un contributo importante proprio per il riconoscimento delle garanzie degli interessati. Essa infatti ha individuato alcune forme di tutela per i privati coinvolti in un procedimento amministrativo tra le quali meritano di essere ricordate la comunicazione di avvio del procedimento e l'accesso ai documenti amministrativi, il riconoscimento di possibilità partecipative per i privati, l'obbligo di motivazione e la previsione di un termine massimo per la conclusione del procedimento. E' interessante chiedersi se tali elementi trovino piena applicazione in tutti i casi e quale sia il loro grado di attuazione nei particolari procedimenti che interessano i soggetti stranieri che entrano in territorio italiano.

Sul piano giuridico la posizione degli extra-comunitari appare assimilabile a quella degli altri soggetti. La L. 241/90 ha disciplinato l'esercizio della funzione amministrativa senza distinzioni di destinatario e il D. Lgs. 286/1998 ha riconosciuto parità di trattamento per gli stranieri nei rapporti con la p.a. relativamente a tutela di diritti e interessi legittimi (art. 5). La dottrina si è per questo orientata a riconoscere la piena applicabilità delle norme sul procedimento amministrativo anche agli stranieri<sup>2</sup>. Secondo la giurisprudenza amministrativa la partecipazione al procedimento amministrativo costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico e per tale motivo «ogni disposizione che limiti o escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di non vanificare o escludere il principio stesso»<sup>3</sup>. Affermare la parità di condizioni fra straniero e cittadino di fronte alla p.a. non è però sufficiente. Appare opportuno soffermarsi sulla «qualità» della partecipazione<sup>4</sup> intesa come efficacia riconosciuta all'azione dell'immigrato coinvolto in un procedimento. Sotto questo profilo i casi più interessanti appaiono quelli dei procedimenti relativi

---

\*Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Si veda S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, «Riv. it. sc. giur.», 1971, 25 ss.

<sup>2</sup> Sul punto in particolare L. GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. CROSETTI – F. FRACCHIA (a cura di), *procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Giuffrè, Milano, 2002, 55 ss.

<sup>3</sup> Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, n. 569/1998, «Cons. di Stato», 1998, 1281 ss.

<sup>4</sup> Di qualità e quantità della partecipazione parla S. COGNETTI, «Quantità» e «qualità» della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2000, 8 ss.

alla richiesta di visto, al rilascio/rinnovo/revoca del permesso di soggiorno nonché all'espulsione dello straniero. I contenuti della partecipazione dello straniero presentano, infatti, delle differenze a seconda che si tratti di situazioni collegate al primo ingresso in Italia o al mantenimento della regolarità del soggiorno (rinnovo/revoca permesso di soggiorno).

L'attenzione in questa sede sarà concentrata sulla fase di avvio del procedimento, in particolare quello di espulsione dello straniero<sup>5</sup>, e sulla disciplina dell'invalidità del provvedimento (così come disciplinata dalla l. 15/2005 art. 21 octies) e degli atti di diniego o restrittivi della sfera personale. Proprio su tali aspetti ha infatti avuto modo di soffermarsi più volte la giurisprudenza sottolineando i problemi esistenti sul piano delle garanzie.

## **2. La comunicazione di avvio del procedimento di espulsione degli stranieri**

Il primo aspetto degno di interesse nella fase di avvio del procedimento è quello della comunicazione. Infatti solo se il soggetto è pienamente informato dei procedimenti che lo interessano è in grado di prendervi parte e far valere le proprie ragioni. La ratio della comunicazione risiede nel rendere noto al privato che esiste un procedimento amministrativo potenzialmente idoneo ad incidere sulla sua sfera giuridica e nel permettere l'esercizio della partecipazione e del contraddittorio.

Nel caso dello straniero si può ritenere che tali garanzie siano rispettate quando non solo vi sia comunicazione, ma quest'ultima sia anche tradotta in una lingua comprensibile per il destinatario<sup>6</sup>.

Proprio a quest'aspetto si collegano le prime criticità. La comunicazione può essere omessa laddove sussistano ragioni di impedimento derivanti da esigenze di celerità del provvedimento (ad es., secondo giurisprudenza consolidata, nel procedimento amministrativo di espulsione) e quando le osservazioni dell'interessato non sono in grado di incidere sul contenuto del provvedimento. Proprio su quest'ultimo aspetto va evidenziato come la giurisprudenza non abbia riconosciuto la comunicazione di avvio nei procedimenti di espulsione come atto dovuto nei confronti dello straniero perchè, trattandosi di atto vincolato, lo straniero non sarebbe in grado di fornire indicazioni utili attraverso la sua partecipazione<sup>7</sup>. Peraltro l'attività svolta dall'autorità amministrativa sarebbe da considerare solo funzionale al successivo provvedimento prefettizio per il quale è prevista la possibilità di impugnazione e quindi l'esplicazione di un pieno diritto di difesa<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Va ricordato come la disciplina della misura dell'espulsione trovi ampio spazio nel T.U sull'immigrazione prevedendo numerosi soggetti attuatori (ministero, prefetto, giudice) e differenti finalità (prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico o sicurezza dello Stato, tutela della regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale, tutela dei beni giuridici lesi o messi a repentaglio da condotte penalmente rilevanti dello straniero, ragioni di deflazione carceraria). Sul piano delle garanzie nei confronti dei provvedimenti di espulsione la giurisprudenza della Corte Cost. (sent. n.198/2000) ha avuto modo di affermare che il diritto di difesa spetta non solo agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale.

Sull'argomento in particolare A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al convegno nazionale dell'AIC 2009, in *astridonline.it*.

<sup>6</sup> In questo senso l'art.2 co. 6 D.Lgs. 268/1998 e l'art.3 co.3 D.p.r. 394/1999 già stabilivano che, laddove non fosse possibile la traduzione nella lingua dell'interessato, dovesse essere effettuata in francese, inglese o spagnolo con preferenza per quella indicata dal soggetto.

<sup>7</sup> Si vedano in questo senso ad es. le sentenze del CdS, sez. IV, n.1625/1999 e n.1381/2001. In dottrina in particolare F. GUALANDI, *Espulsione e comunicazione di avvio del procedimento: dalla teoria alla pratica*, «Dir., imm., citt.», 2001, 81 ss.

<sup>8</sup> Va segnalato come la Cassazione abbia ritenuto che vi siano anche esigenze di celerità che fanno venire meno l'obbligo di comunicazione, Cass. n. 13459/2000.

La Corte di Cassazione in proposito ha però avuto modo di affermare che «non vi è dubbio che l'obbligo da parte dell'autorità precedente di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva e d'indagine, previsto dall'art. 7 della L. 241/90 (...) ha carattere generale ed è quindi applicabile alla gran parte dei procedimenti amministrativi. Tuttavia va rilevato che il rispetto del giusto procedimento amministrativo (...) non può considerarsi un principio assistito in assoluto da garanzie di difesa. Pertanto in presenza di procedimenti particolari – come quelli diretti all'espulsione di cittadini extra-comunitari privi del permesso di soggiorno, che sono regolati da norme che assicurano comunque il rispetto del giusto procedimento e sono caratterizzati da esigenze di celerità della procedura – si deve escludere che sussista l'obbligo da parte dell'autorità amministrativa precedente di dare comunicazione all'interessato»<sup>9</sup>.

Si riconosce quindi che ragioni di ordine pubblico e urgenza<sup>10</sup>, insite in alcuni provvedimenti come quelli di espulsione, integrano particolari esigenze di celerità che legittimano la mancata comunicazione di avvio del procedimento. Viene in questo modo superata una precedente interpretazione in base alla quale l'art.7 della L.241/90 trovava applicazione anche ai procedimenti vincolati perché, in presenza di presupposti del provvedimento da adottare per i quali è richiesto un accertamento, esiste un interesse del privato a prospettare argomenti a suo favore<sup>11</sup>.

Finora sono stati esaminati i procedimenti di espulsione perché sono di iniziativa amministrativa e presentano maggiori criticità. E'opportuno ricordare però che gli stranieri sono oggetto anche di molti procedimenti ad istanza di parte (basti pensare a quelli di richiesta di permesso di soggiorno) ed appare quindi opportuno spendere qualche parola sulla questione della comunicazione di avvio in tali situazioni. La vicenda appare più semplice in quanto nel momento in cui il soggetto presenta l'istanza è automaticamente a conoscenza del fatto che inizierà un procedimento. In questo senso sembrerebbe quindi superflua la comunicazione di avvio; diversamente dai procedimenti di espulsione, la motivazione sarebbe da considerare quella di «una mera duplicazione di formalità<sup>12</sup>» o «una evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'amministrazione, non compensato da particolari utilità per i soggetti interessati»<sup>13</sup>. In realtà proprio alcune modifiche introdotte con la L.15/2005 sembravano sollevare qualche dubbio su tale impostazione. L'art.8, infatti, introduceva la necessità di indicare una data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione. Tali informazioni non avrebbero potuto essere conosciute dall'interessato con la semplice presentazione dell'istanza ma avrebbero richiesto una comunicazione da parte dell'amministrazione. La situazione sembrerebbe però destinata a rimanere nel solco tracciato dalla giurisprudenza anche per l'introduzione di termini certi per la conclusione dei procedimenti ad istanza di parte previsti dalla L.69/2009<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Vedi Cassazione del 6/12/2005, sez. I, n. 44403/2005.

<sup>10</sup> Va ricordato come il Consiglio di Stato avesse avuto modo di precisare che le ragioni di urgenza in grado di giustificare l'omissione di invio di avviso del procedimento dovessero essere obiettive, concrete ed attuali. Si veda Cds, sez. IV, n.5061/2000.

<sup>11</sup> Si vedano in particolare sent. CdS, sez. I, n.286/2000 e sent. CdS, sez. VI, n.2972/2002.

<sup>12</sup> Vedi CdS, sez. V, n.1969/2004.

<sup>13</sup> Vedi CdS, sez. V, n.2823/2001.

<sup>14</sup> La questione in realtà non appare chiara come sembra per quanto concerne l'applicabilità delle nuove norme. Per maggiori chiarimenti sul punto si rinvia al paragrafo 3.

## 2.1 Avvio del procedimento e partecipazione: la questione della traduzione e piena comprensione degli atti

La piena comprensibilità dei provvedimenti per gli immigrati richiede molto spesso la presenza di una traduzione a causa di una conoscenza limitata o assente della lingua italiana. Secondo le previsioni normative deve essere garantita la traduzione in una lingua conosciuta dall'immigrato e, laddove non sia possibile, si deve procedere alla redazione del documento in francese, inglese o spagnolo (art. 13 co.7 T.U. immigrazione). Potrebbe quindi determinarsi una situazione in base alla quale lo straniero, in mancanza di una traduzione nella sua lingua madre, non è nelle condizioni di comprendere pienamente gli atti e proprio quest'aspetto potrebbe essere individuato come possibile causa di nullità. Sulla necessità della traduzione nella lingua madre dello straniero, o in una a lui nota<sup>15</sup>, la giurisprudenza non si è espressa in modo univoco. Infatti in alcune sentenze ha riconosciuto, come conseguenza della mancata traduzione, una mera irregolarità incapace di incidere sulla validità dell'espulsione<sup>16</sup>, più di recente però ha qualificato questa situazione come causa di nullità<sup>17</sup>.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n.7564/2008, ha infatti affermato che «in tema di espulsione amministrativa dello straniero, è affetto da nullità il provvedimento di espulsione privo di traduzione nella lingua conosciuta dallo straniero ancorchè accompagnato dalla traduzione in lingua francese, inglese o spagnola, ma senza la preventiva giustificazione dell'impossibilità di rendere compiutamente noto il provvedimento al suo destinatario nella lingua da lui conosciuta»<sup>18</sup>.

Peraltro sul tema era intervenuta anche la Corte Cost. che, pur ritenendo infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 co. 7 D. lgs. 286/98 nella parte in cui non stabilisce l'obbligatorietà della traduzione del decreto di espulsione nella lingua madre dello straniero, ha sottolineato come il giudice di merito debba valutare se il provvedimento sia stato tradotto in una lingua conosciuta o conoscibile dallo straniero verificando se il provvedimento abbia raggiunto il suo scopo. Si afferma infatti che «è devoluta alla giurisdizione di merito la valutazione se possa considerarsi conseguito lo scopo dell'atto, che è quello di consentire al destinatario il pieno esercizio del diritto di difesa: ciò postula che il provvedimento sia materialmente portato a conoscenza dell'interessato (...) ove tale conoscibilità non vi sia, occorrerà che il giudice ne tragga una regola conseguente con l'esigenza di non vanificare il diritto di azione in giudizio, come del resto risulta dalla giurisprudenza dei giudici di merito i quali (...) hanno ritenuto l'inefficacia del provvedimento non tradotto in lingua comprensibile»<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Sul punto in particolare P.P. RIVELLO, *Le conseguenze del mancato rispetto delle garanzie linguistiche nell'ambito del procedimento di espulsione*, «Dir. imm. citt.», 2001, 20 ss.

<sup>16</sup> Si vedano ad es. la sentenza della Corte di cassazione n.13888/2000 e 7599/2001; parere del Consiglio di Stato, sez. I, n.1005/1999; TAR Emilia Romagna, sez. Parma, n. 3/2001; TAR Campania, sez. III, sentenza n. 821/2001; TAR Veneto, sez. III, sentenza n.3146/2001.

<sup>17</sup> La traduzione costituisce condizione di validità ed una sua eventuale omissione ne determina la nullità. Secondo la Cassazione non può esserci sanatoria per raggiungimento dello scopo allorchè l'interessato presenti tempestivo ricorso in quanto tale sanatoria è possibile solo per gli atti processuali e non per quelli amministrativi. Si vedano fra le altre sent. Cassazione, sez. I, n.1269/2007 e sent., sez. I, n.275/2006.

<sup>18</sup> Sentenza Corte cassazione del 20/03/2008, sez. I, n. 7564/08. In precedenza nello stesso senso si veda Cassazione, sez. I, n. 6978/2007. A riguardo si veda anche l'ordinanza della suprema corte, sez. I, 22 maggio-7 ottobre, n. 21357/2009.

<sup>19</sup> Sentenza Corte Costituzionale, 8-21 luglio 2004, n. 257/2004. In tal senso la Corte si era già espressa nella sentenza n. 227/2000.

La mancanza di traduzione in una lingua nota determina infatti l'impossibilità di una piena comprensione di quanto sta accadendo e conseguentemente il relativo procedimento si svolge in condizioni tali da impedire all'interessato ogni effettiva partecipazione.

La questione centrale appare quindi quella di individuare quali siano le implicazioni pratiche collegate alla definizione di «lingua conosciuta» dall'interessato. Un esempio in questo senso è offerto da una sentenza della Corte di cassazione del 2008 in tema di sicurezza pubblica<sup>20</sup>. Nel caso trattato il ricorrente chiedeva che il provvedimento di espulsione nei suoi confronti venisse dichiarato illegittimo in quanto non era stato tradotto in lingua araba (sua lingua madre) ma solo in francese e senza che la scelta effettuata venisse motivata. Il giudice di pace in primo grado aveva accolto la tesi dell'amministrazione la quale sosteneva che il decreto era stato tradotto in francese in quanto lingua conosciuta e parlata nel paese d'origine dell'immigrato (l'Algeria) e che l'interessato aveva compreso l'atto visto che aveva conferito mandato difensivo e svolto le conseguenti attività.

La Cassazione ha ritenuto che il giudice di pace avesse compiuto una valutazione corretta e che anche la motivazione addotta dall'amministrazione fosse pienamente accoglibile.

La sentenza appare interessante sia perché evidenzia come si debba valutare caso per caso se la traduzione in una lingua conoscibile possa essere effettivamente ritenuta tale, sia perché ricorda la centralità che l'elemento della traduzione e la giustificazione della mancata traduzione<sup>21</sup> hanno assunto nel controllo di legittimità di provvedimenti di espulsione come sottolineato in precedenza dalla Corte Costituzionale<sup>22</sup>. La Corte infatti aveva riconosciuto l'illegittimità costituzionale del D.p.r. 115/2002, art. 102, nella parte in cui non prevedeva la possibilità per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato di nominare un proprio interprete nel caso in cui non conoscesse la lingua italiana. Nella sentenza citata, seppur nel contesto processuale, essa aveva avuto modo di affermare che il ricorso all'interprete non si configura «come mero strumento tecnico a disposizione del giudice per consentire o facilitare lo svolgimento del processo in presenza di persone che non parlino o non comprendano l'italiano, ma come oggetto di un diritto individuale dell'imputato, diretto a consentirgli quella partecipazione cosciente al procedimento che è parte ineliminabile del diritto di difesa».

### **3. Il «giusto equilibrio» fra rispetto dell'iter procedimentale nei permessi di soggiorno e applicazione della novellata disciplina sull'invalidità**

L'art.21-octies, introdotto nella L.241/90 dalla novella del 2005 sul procedimento amministrativo<sup>23</sup>, stabilisce la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o

<sup>20</sup> Sentenza Corte di cassazione, sez. I, del 27 maggio 2008, n.13833/2008. Per un commento alla sentenza V. AMENDOLAGINE, *Il decreto di espulsione del cittadino straniero è valido se tradotto in una lingua accessibile per il destinatario della misura*, «Giudice di pace», 2009, 33 ss.

<sup>21</sup> Va ricordato come la Corte di cassazione abbia più volte sottolineato come sia affetto da nullità il provvedimento privo di traduzione nella lingua conosciuta dallo straniero ancorché accompagnato dalla traduzione in lingua francese, inglese o spagnola ma senza la preventiva giustificazione di rendere noto il provvedimento al suo destinatario nella lingua da lui conosciuta. Si vedano fra le altre sentenza Corte cass., sez. I, n. 6987/2007 e n. 4564/2008.

<sup>22</sup> Sentenza Corte Cost. n. 254/2007, rep. sul sito della Corte.

<sup>23</sup> Sul punto esiste una letteratura molto vasta. Sull'art.21-octies fra gli altri: G. GRECO, *ampliamento dei poteri cognitivi e decisorio del giudice amministrativo nella L.241/90 e successive modifiche*, «Dir. Amm.», 2005, 75 ss.; A. PUBUSA, *Il giudizio: «officina per la riparazione» degli atti amministrativi? Note sull'art.21 octies, co.2 L.241/90*, «Foro Amm. -CdS», 2005, 1747 ss.; G. BERGONZINI, *Art.21-octies della L.241/90 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, «Dir. Amm.», 2007, 231 ss.; D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art.21-octies della legge 241/90*, rep. su giustamm.it; ID., *L'art.21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo*

relative alla forma degli atti «qualora, per la natura del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Tale previsione appare particolarmente interessante per quanto concerne i procedimenti che interessano soggetti stranieri. Esaminando la recente giurisprudenza amministrativa si osserva infatti che l'art.21-octies ha trovato notevole applicazione in particolare nei provvedimenti di diniego e revoca del permesso di soggiorno attraverso un utilizzo esplicito o implicito. In molti casi i ricorrenti, corrispondenti a cittadini extra-comunitari, lamentavano la presenza di vizi procedurali e formali del procedimento adottato dalla p.a. (mancata comunicazione avvio del procedimento, difetto di motivazione, ecc.) chiedendo l'annullamento dei provvedimenti negativi (di diniego o revoca) del permesso di soggiorno. L'amministrazione, sulla base dell'art.21-octies, riteneva che i vizi procedurali e formali fossero da considerare irrilevanti rispetto al contenuto, in quanto trattandosi di attività vincolata, l'esito non sarebbe stato diverso dal precedente e chiedeva quindi di non annullare l'atto. Il giudice amministrativo accoglieva questo tipo di semplificazione «processuale - sostanziale» ritenendo che proprio la presenza di attività vincolata rendesse inutile annullare un atto al quale ne sarebbe seguito uno identico<sup>24</sup>. In sostanza il provvedimento non risultava annullabile «non perchè assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perchè la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità»<sup>25</sup>.

Si potrebbe quasi affermare che una logica di risultato prevaleva sulle garanzie procedurali e che la piena legittimità della decisione assunta si conseguiva nella fase processuale.

In questo senso, la combinazione fra la presenza di attività vincolata nei procedimenti che interessano il soggetto extra-comunitario e la possibilità di un automatico superamento di molti dei vizi procedurali individuati dalla L.241/90 attraverso l'art.21 octies, rendevano la partecipazione del singolo e le sue possibilità di difesa assai limitate rispetto a quelle dei cittadini italiani.

Una simile impostazione, se rimaniamo al caso degli stranieri, non risultava però discriminatoria sul piano delle garanzie ma semplicemente diretta conseguenza dell'attività non discrezionale svolta dall'amministrazione e basata sulla verifica di requisiti fissati dalla legge.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato sembra però aprire una diversa prospettiva sull'applicazione dell'art. 21-octies nei procedimenti che coinvolgono gli immigrati. Il caso riguardava l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro funzionale ad un'istanza di

---

*nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Cost. e al diritto comunitario*, rep. su giustamm.it; F. MIDIRI, *L'art.21-octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di natura sostanziale o processuale?* «Foro Amm. - CdS», 2007, 261 ss.; D.U. GALETTA, *Provvedimenti irregolari, regola del «raggiungimento dello scopo», carenza dell'interesse a ricorrere e art. 21 octies L.241/90: l'opinione della sesta sezione del Consiglio di Stato*, «Giust. civ.», 2007, 1288 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, «Dir. Amm.», 2008, 103 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, «Dir. Amm.», 2008, 319 ss.; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art.21 octies L.n.241/90*, «Foro amm.», 2009, 188 ss.

<sup>24</sup> Si vedano in tale senso la sentenza del CdS n. 3559/09, sez. IV, sul diniego di regolarizzazione di lavoro irregolare finalizzato all'ottenimento di titolo di soggiorno, la sent. TAR Veneto n.1064/09 sul mancato rinnovo di permesso di soggiorno, la sent. del TAR Lazio, Roma, sez. I, n.3565/2009 sulla concessione del visto d'ingresso, la sent. TAR Emilia Romagna, sez. I, n.546/2009 sul diniego di rinnovo di permesso di soggiorno.

Sul piano generale va ricordato come il CdS, sez. VI, nella sentenza n. 2736/2006 avesse precisato che, ai fini dell'applicazione dell'art.21 octies, bisognava distinguere il raggiungimento dello scopo, collegato all'esistenza di situazioni equivalenti alla formale comunicazione, dall'idea che il contenuto non potesse essere diverso al punto tale da vanificare l'interesse al giudizio.

<sup>25</sup> Sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n.2763/2006.

rinnovo di permesso di soggiorno<sup>26</sup>. L'istanza era stata negata senza il preavviso prescritto di provvedimento negativo e senza che fossero stati comunicati all'interessato i motivi ostativi all'accoglimento. In sede processuale l'amministrazione riconosceva di aver agito in tal modo ma riteneva sussistenti gli estremi previsti dall'art.21 octies vista l'assoluta immodificabilità del provvedimento nel suo contenuto. Il Consiglio di Stato sottolinea, invece, l'erroneità di una simile impostazione affermando che « L'art. 10-bis della legge n. 241/90 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 (...). 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. 241/90, 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, 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<sup>27</sup>». Esso aggiunge poi in modo esplicito che «errano quindi le amministrazioni che intendono l'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 (...)».

La sentenza chiarisce anche che non tutti i provvedimenti di accertamento di requisiti, come quelli previsti nelle procedure di concessione/rinnovo del permesso di soggiorno, possono essere considerati sempre e a priori atti vincolati. Nel caso specifico va ricordato che il T.U. immigrazione (art. 5 co.5) prevede che l'accertamento dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio. Ciò significa che, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, il provvedimento di diniego non si configura come atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta potendo esserci stato un mutamento in grado di far concludere positivamente la procedura. Sul punto il Consiglio di Stato si pronuncia in modo chiaro sottolineando che «non si tratta di limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa (...) ma di valutare un elemento, su cui possono incidere sopravvenienze e rispetto alle quali l'interessato può fornire – se coinvolto in sede procedimentale - gli opportuni chiarimenti soprattutto nei casi in cui l'amministrazione non è in grado di rispettare i tempi procedurali». Va rilevato come in realtà proprio su quest'ultimo aspetto un segnale sia stato dato con la L.69/2009 che ha dato certezza riguardo i tempi di conclusione del procedimento modificando la L.241/90 e stabilendo che «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza (...), le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso (...) nel caso in cui le disposizioni di legge non prevedano un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il

<sup>26</sup> Sentenza CdS, sez. VI, n.552/2009.

<sup>27</sup> Su quest'ultimo aspetto di vedano anche le sentenze CdS, sez. VI, n. 2763/2006 e 4307/2006.

termine di 30 giorni»<sup>28</sup>. Si tratta di un punto importante nell'ottica di riduzione dei tempi dei procedimenti ma che non incide direttamente sui casi nei quali sono coinvolti gli stranieri. La norma suddetta infatti fa esplicito riferimento alle amministrazioni statali senza chiarire se l'applicazione sia da riferire anche alle amministrazioni territoriali alle quali gli immigrati solitamente rivolgono le loro richieste. L'incertezza che ne deriva è stata ben evidenziata da V. Italia, in sede di analisi della disposizione quando era ancora un disegno di legge, laddove affermava che «si ha l'impressione che i pur attenti estensori del disegno di legge abbiano fermato la loro attenzione su una Pubblica Amministrazione circoscritta alle amministrazioni centrali ed agli enti pubblici nazionali. Ma il cuore pulsante della p.a. è ora costituito, in ampia parte, dagli enti locali, e ciò dovrebbe essere avvertito da un lungimirante legislatore».<sup>29</sup>

#### 4. Conclusioni

Secondo la normativa in vigore la posizione giuridica dello straniero nel procedimento amministrativo sembrerebbe parificabile a quella del cittadino per quanto concerne il riconoscimento di garanzie e facoltà partecipative. In realtà, come emerge dalle situazioni descritte, esistono circostanze nelle quali tale assimilazione non appare più così certa. Le cause di tali differenziazioni sembrano ad un primo esame dovute a motivi organizzativi dell'agire amministrativo (ad es. per quanto concerne la traduzione) e alla tipologia di atti che interessano gli stranieri (presenza di atti vincolati). La giurisprudenza recente ha però evidenziato come le situazioni descritte siano spesso interpretate in senso restrittivo nei confronti degli interessati. I motivi di una simile impostazione non possono essere solo oggetto di analisi specifica ma devono tenere conto delle politiche migratorie nelle quali le situazioni descritte si collocano.

In questo senso assumono rilievo le esigenze di sicurezza<sup>30</sup> e tutela dell'ordine pubblico che connotano fortemente le attuali politiche migratorie italiane. Esse infatti influiscono sulla disciplina dei procedimenti e sul trattamento riservato ai singoli soggetti.

<sup>28</sup> Art.7 L.69/2009 che sostituisce l'articolo 2 e introduce l'art.2 bis nella L.241/90. Per un commento sulle disposizioni introdotte in particolare A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la teoria del Big Rip*, «Giorn. dir. amm.», 2009, 1133 ss.

Va segnalato che l'art.2 bis introdotto stabilisce anche un obbligo di risarcimento a carico delle p.a. e dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Sul punto in particolare L. CAMARDA, *La responsabilità amministrativa legata alla certezza della conclusione del procedimento nella logica della semplificazione*, «Nuova rass. leg. dottrina giur.», 2008, 1747 ss.; P. ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art.2 bis della L.241/1990 introdotto dalla L.69/2009*, rep. in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)

<sup>29</sup> V. ITALIA, *Il dovere di concludere il procedimento entro tempi certi e gli enti locali*, «Nuova rass. legis. dottr. giur.», 2008, 1746.

<sup>30</sup> La Corte Costituzionale ormai molti anni fa (sentenza Corte Cost. n. 2/1956) ha avuto modo di affermare come il concetto di sicurezza non potesse essere inteso semplicemente come incolumità fisica ma andasse inteso come «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale». Più di recente la Corte ha precisato come la sicurezza pubblica attenesse alla prevenzione dei reati e alla tutela dei primari interessi pubblici sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità (sentenza n.196/2009). Sul punto si vedano anche le sentenze della Corte n. 383 del 2005 e n. 222 e 237 del 2006 reperibile sul sito della corte.

Sul concetto di sicurezza e il suo rapporto con i diritti costituzionalmente garantiti in particolare P. TORRETTA, *«Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, 451 ss.; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, Relazione al convegno *I diversi volti della sicurezza*, tenutosi all'università di Milano Bicocca, 4 giugno 2009 e reperibile sul sito [astrid.it](http://astrid.it).



Da questo punto di vista è possibile individuare possibili differenze di trattamento sul piano delle garanzie procedurali «giustificate» dalla diversità dell'interessato (ad es. per quanto concerne la conoscenza della lingua italiana) e che sembrano trovare un «riequilibrio» principalmente attraverso la fase processuale. Non siamo di fronte però solo ad una differenziazione fra italiano e straniero ma anche fra diverse categorie di immigrati. Si tratta di un aspetto che è emerso sempre più negli ultimi anni e che si collega all'introduzione e codificazione di situazioni nelle quali si applicano procedimenti «semplificati» (ad es. per ottenere il permesso di soggiorno) per precise tipologie di soggetti richiedenti. I destinatari corrispondono a categorie di stranieri che sembrano in grado di «creare minori preoccupazioni» sul piano della sicurezza e che addirittura in alcuni casi lo Stato ha anche interesse ad attrarre nel nostro territorio (si vedano in questo senso tutte le categorie di permessi speciali previste dall'art. 27 e ss. del T.U immigrazione e in particolare quelli riservati ai lavoratori altamente qualificati<sup>31</sup>).

Una simile impostazione può determinare nei fatti un diritto amministrativo «minore»<sup>32</sup> nel quale esistono soggetti che formalmente sono titolari dei diritti procedurali pieni il cui esercizio appare però di fatto pregiudicato da ragioni organizzative o soggetti per i quali le garanzie previste appaiono minori in nome della sicurezza (si pensi alle procedure per assicurare l'allontanamento del clandestino dal territorio anche attraverso il ricorso a forme coattive)<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Si tratta di una tendenza non solo italiana ma europea come dimostra anche la recente emanazione di una direttiva per favorire l'ingresso dei lavoratori altamente qualificati attraverso la c.d. «carta blu» che introduce un sistema di ammissione al territorio europeo accelerato (direttiva 2009/50/CE, art.7). Per un commento della carta blu in particolare B. NASCIBENE, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della Ue alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, «Dir. UE», 2008, 442 ss

<sup>32</sup> I problemi esistenti rispetto ai diritti degli stranieri sul piano processuale sono stati segnalati già molti anni fa. Si vedano in particolare G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extra-comunitari*, «Foro it.», 2000, I, 3346 ss.

<sup>33</sup> Sull'argomento in particolare O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti contro. Meccanismi giuridici di espulsione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009.