



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

***MASSIMARIO RAGIONATO DELLA
GIURISPRUDENZA AD USO DELLO SPORTELLO
UNICO PER L'IMMIGRAZIONE***

Redazione del testo a cura del Dr. Piero Raimondi – Dirigente

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso

Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Indice

PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE.....	pag. 9
Capitolo I ---- Sportello Unico per l'immigrazione.....	pag. 13
Capitolo II ---- Procedimento amministrativo per il rilascio di nulla osta all'avviamento al lavoro subordinato di stranieri.....	pag. 16
2.a)--Avvio del procedimento.....	pag. 16
2.b)--Acquisizione e valutazione dei pareri del Questore e della Direzione Provinciale del Lavoro.....	pag. 17
2.c)--Disciplina normativa e regolamentare.....	pag. 17
2.d)--Natura giuridica.....	pag. 18
2.e)--Aspetti controversi e conseguenze giuridiche.....	pag. 18
2.f) --Preavviso di rigetto (art.10 bis legge 241/1990).....	pag. 20
2.g)-- Adozione e motivazione del provvedimento conclusivo.....	pag. 23



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

2.h)-- Conseguenze in termini di annullamento del provvedimento di diniego, di soccombenza e di pagamento delle spese legali	pag. 25
2.i)-- Comunicazione del provvedimento definitivo.....	pag. 29
2.l)--Termini entro i quali il procedimento deve essere definito.....	pag. 31

Capitolo III ---- Procedimento amministrativo per il rilascio di nulla osta

al ricongiungimento familiare.....	pag. 33
3.a)--Art.29 T.U. n. 286/1998.....	pag. 33
3.b)--Incidenza dello jus superveniens.....	pag. 36
3.c)--Insufficienza dell'attestazione di coppia di fatto per ricongiungimento.....	pag. 42
3.d)--Inidoneità dell'affidamento volontario –Aspetti particolari correlati al diritto familiare straniero. - Rilevanza dell'istituto musulmano della Kafala.....	pag. 43

Capitolo IV---- Procedimento amministrativo per l'emersione del lavoro irregolare

(D.L. 9/9/2002 n. 195, convertito in L. n. 9/10/2002, n. 222-L. n. 102/2009) –

Incidenza e rapporti derivanti da provvedimenti espulsivi -	pag. 49
4.a)--Procedimento per l'espulsione amministrativa (art. 13 T.U. n.286/1998).....	pag. 53



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

4.b)--Condizioni di espellibilità dei genitori di minori.....	pag. 54
4.c)--Espulsione a seguito di diniego di rinnovo di permesso di soggiorno di soggetto già espulso sotto altre generalità titolare di successivo nulla osta al lavoro e inserito nel contesto sociale.....	pag. 60
4.d)--Espulsione di soggetto convivente con minore.....	pag. 62
Capitolo V---Vizi procedurali e rimedio dell'autotutela (L. 241/1990).....	pag. 66
5.a)--Art. 21 quinquies (revoca del provvedimento).....	pag. 68
5.b)--Art.21 septies (nullità del provvedimento).....	pag. 68
5.c)--Art.21 octies (annullabilità del provvedimento).....	pag. 69
5.d)--Art.21 nonies (annullamento d'ufficio).....	pag. 69
5.e)--Introduzione.....	pag. 69
5.f)--Esercizio dell'autotutela rispetto a normative dichiarate costituzionalmente illegittime.....	pag. 77
5.g)--Rapporti tra procedimento amministrativo e processo penale, in presenza di misure cautelari adottate dall'autorità giudiziaria.....	pag. 77
5.h)--Insufficiente motivazione dei dinieghi di nulla osta all'assunzione di lavoratori stranieri.....	pag. 78



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Capitolo VI----Atti sollecitatori rispetto all'esercizio dell'autotutela-diffida stragiudiziale..... pag. 80

Capitolo VII----Principali casi controversi a cui applicare il rimedio dell'autotutela

(art. 21 nonies legge 241/1990 - art.1 comma 136 legge 311/2006)..... pag. 82

7.a) --- Regolarizzazione lavoratori extracomunitari..... pag. 82

7.a.1)--Insufficienza della semplice denuncia a carico dello straniero per legittimare

il diniego-sufficienza quando e' seguita da condanna. pag. 82

7.a.2)--La condanna penale patteggiata e' causa ostativa alla regolarizzazione..... pag. 84

7.a.3)--E' ostativa alla regolarizzazione la segnalazione di Schengen.

Non sussiste l'obbligo per l'Amministrazione di verificare i presupposti e la natura

dell'iscrizione, quando vi è certezza dell'identità del soggetto..... pag. 85

7.b) --- Rilascio nulla osta per lavoro subordinato..... pag. 86

7.b.1)--Reddito posseduto dal datore di lavoro insufficiente motivazione..... pag. 86

7.b.2)--Revoca del nulla osta per cessazione dell'attività accertata in epoca

successiva al rilascio..... pag. 88



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

- 7.b.3)--Obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento di rilascio del
nulla osta con un provvedimento motivato nel termine di legge. Conseguenze
del silenzio inadempimento..... pag. 88
- Capitolo VIII---Revoca del provvedimento di espulsione-condizioni..... pag. 90**
- 8.a)--Straniero precedentemente espulso sotto false generalità, ammesso
(attraverso la procedura dei flussi programmati) all'ingresso con le
vere generalità e quindi inserito nel contesto socio-economico –
Bilanciamento degli interessi - Insufficienza dell'affidamento,
conseguente all'avvenuto successivo inserimento nell'attività
lavorativa regolare, ai fini della revoca..... pag. 90
- 8.b)-- Straniero precedentemente espulso ed emerso dal lavoro irregolare –
Richiesta di revoca dell'espulsione – Rilevanza dell'avvenuto
inserimento nel contesto sociale..... pag. 91
- 8.c)--Impugnazione del diniego di nulla osta al lavoro subordinato –
Legittimazione del solo datore di lavoro richiedente – Inammissibilità del ricorso
proposto dallo straniero proposto quale lavoratore..... pag. 92



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Capitolo IX---Il regime giuridico delle impugnazioni – L'attività istruttoria..... pag. 96

9.a)--Ricorsi gerarchici (Capo I –D.P.R.1199/1971) –Art. 1--Ricorso..... pag. 96

9.a.1)--Art. 2 -Termine – Presentazione..... pag. 96

9.a.2)--Art. 3 - Sospensione dell'esecuzione..... pag. 97

9.a.3)--Art. 4 - Istruttoria..... pag. 97

9.a.4)--Art.5 - Decisione..... pag. 97

9.a.5)--Art.6 - Silenzio..... pag. 98

Capitolo X ---- Ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica

(Capo III –D.P.R.n.1199/1971)..... pag. 101

10.a)--Art. 8 - Ricorso..... pag. 101

10.b)--Art. 9 -Termine – Presentazione..... pag. 101

10.c)--Art.11 - Istruttoria del ricorso- Richiesta di parere..... pag. 102

10.d)--Art. 12 - Organo competente ad esprimere il parere sul ricorso straordinario..... pag. 102

10.e)--Art. 13 - Parere su ricorso straordinario..... pag. 103

10.f)--Art.14 - Decisione del ricorso straordinario..... pag. 104



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Capitolo XI ---- Disciplina tributaria dei ricorsi gerarchici

e straordinari (D.P.R. N. 642/1972)..... pag. 106

11.a)--Verifica della corresponsione dell'imposta di bollo..... pag. 106

11.b)--Estratto della normativa relativa agli obblighi dei funzionari e delle sanzioni pag. 106

CONCLUSIONI..... pag. 108

**_*_*_*_*_*_*_



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

Il Testo Unico, approvato con Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nel seguito indicato come T.U., disciplina la materia attribuita alla competenza prefettizia, nei suoi aspetti attinenti all'ingresso, la permanenza e l'allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri, individuandosi, in tale espressione, i soggetti non appartenenti all'ambito europeo comunitario.

Nell'ambito di tale testo unificato sono confluiti, nel corso del tempo, innesti introdotti con altre disposizioni normative, che è opportuno sommariamente richiamare, per il rilievo giuridico assumibile nella trattazione di procedimenti in corso, al momento in cui la nuova normativa è subentrata.

Le principali innovazioni recepite nel T.U. derivano dai provvedimenti elencati:

- Decreto legislativo 19 ottobre 1998, n. 380, Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 47, comma 2, della legge 6 marzo 1998, n. 40;
- Decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 113, Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 47, comma 2, della legge 6 marzo 1998, n. 40;
- Legge 7 Giugno 2002, n. 106, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51, concernente disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera;
- Legge 30 luglio 2002, n. 189, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo;
- Legge 27 dicembre 2002, n. 289, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (finanziaria 2003);
- Decreto legislativo 07 aprile 2003, n.87- Attuazione della direttiva 2001/51/CE che integra le disposizioni dell'art. 26 della Convenzione applicativa della convenzione applicativa dell'accordo di Schengen del 14/06/1985;



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

-
- Legge 12 Novembre 2004, n. 271, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 Settembre 2004, n. 241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione;
 - Legge 31 luglio 2005, n. 155, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale;
 - Decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 –Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo;
 - Decreto legislativo 8 Gennaio 2007, n. 5, Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare;
 - Decreto legge 15 febbraio 2007, n. 10 convertito nella legge 6 aprile 2007, n. 46- Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari e internazionali;
 - Decreto legislativo 10 agosto 2007, n. 154, Attuazione della direttiva 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio alunni, tirocinio non retribuito o volontariato;
 - Decreto legislativo 9 gennaio 2008, n.17- Attuazione della direttiva 2005/71/CE relativa ad una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di Paesi terzi ai fini della ricerca scientifica;
 - Legge 24 Luglio 2008, n. 125, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 Maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica;
 - Decreto legislativo 3 Ottobre 2008, n. 160, Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare;
 - Legge 15 Luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica;
 - Legge 3 agosto 2009, n.102, Conversione in legge, con modificazioni del D.L.01/07/2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Le disposizioni regolamentari ed attuative sono contenute nel testo del DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 31 agosto 1999 n. 394, modificato con le disposizioni del D.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334 - REGOLAMENTO RECANTE NORME DI ATTUAZIONE DEL TESTO UNICO DELLE DISPOSIZIONI CONCERNENTI LA DISCIPLINA DELL'IMMIGRAZIONE E NORME SULLA CONDIZIONE DELLO STRANIERO, A NORMA DELL'ARTICOLO 1, COMMA 6, DEL DECRETO LEGISLATIVO 25 LUGLIO 1998, N. 286 e successive modifiche ed integrazioni.

Come si avrà modo di esaminare più in dettaglio in riferimento a singole problematiche, l'incidenza dello jus superveniens ha prospettato non poche difficoltà nel decidere se applicare la norma precedente ovvero quella attuale a procedimento ancora in corso.

Può, in tal senso, risultare utile l'anticipazione di alcuni punti fermi, derivanti dalla giurisprudenza più recente ed ormai sostanzialmente consolidata.

Occorre procedere, innanzitutto, ad una valutazione preliminare sulla tipologia del procedimento amministrativo, per isolarne le fasi endoprocedimentali (o i c.d. "sub procedimenti") ed effettuarne la esatta qualificazione giuridica: in termini sia di competenza a provvedere (specie se devoluta ad altra Amministrazione), sia del grado di discrezionalità consentito dalla norma, nella definizione della singola fase.

La giurisprudenza si è pronunciata, in particolare, in materia di nulla osta e di visti per il ricongiungimento familiare: nella sezione apposita sarà condotta una analisi più approfondita; tuttavia, per la valenza generale dei principi richiamati, possono qui anticiparsene le linee essenziali.

Non sembra, in proposito, in discussione la regola per cui "tempus regit actum", nel senso che, ad ogni fase procedimentale, si applica la disciplina in vigore al momento dell'adozione del correlativo provvedimento definitorio (così il Consiglio di Stato e la dottrina più autorevole; da ultimo, nella materia specifica dei ricongiungimenti, Cassazione, Sentenza – Sez. I - n. 15247 del 4 luglio 2006).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Situazione giuridica più articolata si manifesta, peraltro, quando la decisione endoprocedimentale (a conclusione della singola fase, nel procedimento complesso) non sia connotata da discrezionalità, ma comporti un contenuto provvedimento essenzialmente vincolato o quando, addirittura, la discrezionalità sia stata sottratta all'amministrazione competente nella definizione del sub procedimento, per effetto della stessa norma subentrante, in pendenza dell'istruttoria.

La giurisprudenza appare orientata ad escludere l'incidenza dello jus superveniens, quando manchi la normale discrezionalità amministrativa e la definizione della fase consegua, senza possibilità di valutazione, alle risultanze precedentemente consolidate nel provvedimento definitorio della fase pregressa (in senso conforme e sempre in materia di ricongiungimento familiare, Tribunale di Torino, decreto n. 1227/09 VG del 29/05/09; Corte di Appello di Firenze, decreto n. 283/09 VG del 12/06/09).

L'assunto presuppone, evidentemente, che alla norma sopravvenuta non sia espressamente attribuita efficacia retroattiva; la retroattività della legge è, peraltro, costituzionalmente inibita, com'è noto, in ambito penale.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO I

SPORTELLO UNICO PER L'IMMIGRAZIONE

L'articolo 22 del Testo Unico, istituisce, presso ogni Prefettura – Ufficio Territoriale del Governo, lo Sportello Unico per l'Immigrazione, al quale fa carico la gestione dei procedimenti relativi al rilascio dei nulla osta per l'assunzione di cittadini stranieri, non appartenenti all'Unione Europea o apolidi, in qualità di lavoratori subordinati, nonché al loro ingresso in territorio nazionale per ricongiungimento familiare.

Simile articolata tipologia di procedimenti rende necessario premettere, quale considerazione di ordine generale, la netta distinzione, affermata in giurisprudenza, tra le due situazioni afferenti, da un lato, ai soggetti in attesa di ingresso sul territorio nazionale (nulla osta al lavoro e ricongiungimenti); dall'altro, agli stranieri già presenti sul suolo italiano e interessati alle procedure di regolarizzazione (D.L. 9 settembre 2002, n. 195, convertito nella Legge n. 222/02; D.L. 1° luglio 2009, n. 78/09, convertito nella Legge n. 102/09).

E' stata, infatti, ritenuta applicabile alla prima categoria la disciplina definita "ordinaria", privilegiandone una interpretazione piuttosto restrittiva, in materia di legittimazione ad impugnare e di sussistenza dei requisiti (di sicurezza e reddituali) ai fini dell'autorizzazione all'ingresso; quanto agli stranieri già presenti in territorio nazionale, è stata invece riconosciuta una, sia pur limitata, tutela, in relazione all'affidamento derivante dal rapporto di lavoro in corso ed all'avvenuto inserimento nel contesto socio economico; simmetricamente, per quest'ultima categoria, a fronte del carattere eccezionale, connotante le normative sull'emersione, ne è stata esclusa ogni applicazione analogica o perequativa. (cfr., ad esempio in materia di permesso di soggiorno: Consiglio di Stato, Sezione VI Giur. – n. 2199-06 del 13/12/05-20/04/06).

Tale dicotomia valutativa non potrà conseguentemente, non esser tenuta in adeguata considerazione nello sviluppo dell'istruttoria e nella conseguente motivazione provvedimentoale, a salvaguardia della legittimità dell'azione e degli atti amministrativi: nel prosieguo, si avrà modo di esaminare singole fattispecie, rilevate nella pratica e sottoposte al vaglio giurisdizionale.

Nell'ambito dell'attività istituzionale correlativa, sono emerse, nel corso del tempo, talune non irrilevanti difficoltà, nell'interpretazione della norma e delle disposizioni regolamentari, tali da richiedere specifici interventi in funzione di coordinamento e di uniformazione applicativa.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

L'iniziativa del Dicastero, in tal senso, è divenuta sempre più necessaria ed urgente, sulla traccia dell'elaborazione giurisprudenziale in continua evoluzione e, non di rado, con incidenza demolitrice sui provvedimenti adottati dagli Sportelli Unici colpiti da pronunce di annullamento, talvolta con condanna dell'Amministrazione alla rifusione delle spese legali.

Con le circolari n. 617 del 6 febbraio 2009 e n. 4615 del 13 agosto 2009, sono state impartite le fondamentali linee operative che possono, tuttavia, trovare il loro naturale sviluppo e completamento nel corpo di uno strumento più agile ed organico, specificamente strutturato per l'utilizzo da parte dei Dirigenti e degli operatori degli Sportelli Unici, con l'intento di agevolarne e uniformarne l'attività.

La figura del Dirigente dello Sportello Unico, in particolare, può configurarsi come il destinatario di maggior rilievo, rispetto alle linee guida in esame, per l'elevato grado di responsabilità che ne connota la funzione, correlata all'emanazione del provvedimento definitivo del procedimento di autorizzazione all'assunzione del dipendente straniero.

Tale sua veste, infatti, se, da un lato, ne qualifica in misura notevole l'attività, attribuendogli evidente rilevanza esterna, nel contesto socio economico provinciale, per altro verso e simmetricamente, nei casi di possibile illegittimo diniego, rende sicuramente significativo, in termini di probabilità, il rischio di essere chiamato a rispondere sia nei confronti dei terzi, a cui il dispositivo negatorio ha arrecato pregiudizio (tipico il danno da mancata prestazione di opera retribuita, azionabile dallo straniero, o dal richiedente datore di lavoro), sia nei confronti dell'Amministrazione tenuta, in caso di soccombenza, ad esercitare la rivalsa; sia, infine, per la responsabilità nei confronti dell'Erario, conseguente ai maggiori costi imputabili, a titolo, esemplificativo, all'attività di difesa, alla dilatazione dei tempi di definizione, senza trascurare il possibile danno all'immagine.

Al riguardo, le richiamate circolari hanno, altresì, evidenziato l'impatto derivante sia dai nuovi precetti normativi, tendenti alla riduzione al minimo possibile delle controversie (in tal senso, da ultimo, l'art. 23, primo comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69), nell'ambito della diffusione delle buone prassi, sia dalla giurisprudenza amministrativa e della Corte dei Conti, laddove, in particolare, non vengono escluse ipotesi di responsabilità per danno erariale, conseguente alla soccombenza giurisdizionale ed al carico delle spese legali (C. Conti, Sez. Giurisd. Abruzzo, n. 799 del 2/10/07).

Analogamente, è stata richiamata l'opportunità di non sottovalutare l'incidenza della prassi seguita da qualche Collegio giudicante, nel disporre di ufficio e nel contesto stesso della decisione l'invio



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

degli atti al Magistrato contabile, per l'instaurazione del giudizio di responsabilità, a fronte di una ritenuta ipotesi di pregiudizio a carico dell'Erario (in tal senso: Trib. Regionale Giustizia Amm.va di Trento, n. 163/2002 Reg. Sent. del 14/03-17/05/02).

Ai fini, conseguentemente, di prevenire o, comunque, di ridurre le possibilità di avvio di azioni risarcitorie, non è parso inutile dotare i titolari degli Sportelli Unici di uno strumento volto all'approfondimento delle fattispecie, in genere più controverse, con prevalente taglio pratico, quale contributo per il miglior esito dell'attività amministrativa di competenza, secondo gli aspetti particolari, di seguito analizzati e descritti.

Le considerazioni espone specificamente al solo procedimento per la concessione del nulla osta per lavoro subordinato, a fronte della rilevante incidenza statistica assunta nell'ambito dell'attività contenziosa; tuttavia, i richiami ai principi generali ed ai criteri interpretativi, emersi dalla giurisprudenza, possono utilmente estendersi alle altre tipologie di provvedimenti autorizzatori all'ingresso di stranieri.

L'applicazione analogica potrà, altresì, agevolare la trattazione di fattispecie nuove, derivanti dalle più recenti innovazioni normative: la legge n. 94/2009 ha, infatti, riformulato, in parti sostanziali, il testo unico, introducendo talune semplificazioni, quale, in particolare, la sostituzione del nulla osta con la comunicazione, da parte del datore di lavoro, del contratto di soggiorno, in relazione a limitate categorie (art. 27, comma primo ter, T.U. novellato).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO II

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO PER IL RILASCIO DI NULLA OSTA ALL'AVVIAMENTO AL LAVORO SUBORDINATO DI STRANIERI

Il procedimento per il rilascio del nulla osta all'avviamento al lavoro subordinato di cittadini stranieri è regolato dalle disposizioni di cui all'art. 22 del T.U. n. 286/98; la disciplina introdotta dal Testo Unico in materia di immigrazione deve, evidentemente, essere raccordata con le disposizioni generali in materia di attività amministrativa, con particolare riferimento alla legge n. 241/90, nel testo novellato ed alle norme regolamentari.

Più in particolare, le problematiche che possono maggiormente rilevare nell'ambito considerato riguardano gli aspetti che seguono.

2.a)--Avvio del procedimento.

Sebbene previsto in via generale dalla legge n. 241/90, il procedimento ex art. 22 T.U. 286/98 non sembra presupporre l'obbligo, in quanto promosso ad istanza di parte; l'omissione dell'avviso di avvio non pregiudica, invero, i diritti del richiedente (datore di lavoro), già in grado di svolgere la propria attività di partecipazione anche per via telematica; anzi, l'adempimento verrebbe a tradursi in un inutile appesantimento, in evidente contrasto con i principi di efficienza, economicità procedimentale e, in definitiva, con il principio costituzionale del buon andamento cui essi si ispirano.

L'assunto è confermato dalla giurisprudenza amministrativa di secondo grado: *"Ai sensi dell'art. 7 della Legge 241/1990 non occorre la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo attivato ad istanza di parte, in quanto in tal caso l'autonoma comunicazione realizzerebbe un'evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'Amministrazione, non compensato da particolare utilità per i soggetti destinatari del provvedimento, perché già informati dei fatti"*. (Consiglio di Stato – Sez. VI – Dec. n. 1844 del 22 aprile 2008).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

2.b)--Acquisizione e valutazione dei pareri del Questore e della Direzione Provinciale del Lavoro.

Trattasi di procedimento articolato, quantomeno, in due fasi istruttorie, che prevedono l'acquisizione del parere della Questura e di quello della Direzione Provinciale del Lavoro, da richiamare nella motivazione del provvedimento definitivo e, preventivamente, nell'eventuale preavviso di rigetto dell'istanza introduttiva.

2.c)--Disciplina normativa e regolamentare.

Il comma quinto dell'art. 22 del T.U. stabilisce: “Lo sportello unico per l'immigrazione, nel complessivo termine massimo di quaranta giorni dalla presentazione della richiesta, a condizione che siano state rispettate le prescrizioni di cui al comma 2 e le prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie, rilascia, in ogni caso, sentito il questore, il nulla osta nel rispetto dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi determinati a norma dell'articolo 3, comma 4, e dell'articolo 21, e, a richiesta del datore di lavoro, trasmette la documentazione, ivi compreso il codice fiscale, agli uffici consolari, ove possibile in via telematica. Il nulla osta al lavoro subordinato ha validità per un periodo non superiore a sei mesi dalla data del rilascio.”.

Lo Sportello Unico per l'Immigrazione, secondo l'art. 30 del DPR n. 394/99 (Regolamento di attuazione), è composto da almeno un rappresentante della Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo, da almeno uno della Direzione Provinciale del Lavoro, designato dal dirigente della Direzione Provinciale del Lavoro e da almeno uno appartenente ai ruoli della Polizia di Stato, designato dal Questore.

Al componente designato dalla Direzione Provinciale del Lavoro, ai fini istruttori, compete “la verifica dell'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del numero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili” (art. 30 bis, comma ottavo, DPR n. 394/1999).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

2.d)--Natura giuridica.

La norma primaria (T.U. 286/98) prevede, quindi, di “sentire” il Questore; il Regolamento (D.P.R. 394/99) rimanda alla “verifica”, dalla Direzione Provinciale del Lavoro, sull’osservanza dei contratti collettivi di lavoro e sulla congruità del numero di richieste presentate, rispetto alle quote programmate.

Trattasi, all’evidenza, di attività qualificabili nell’ambito dei pareri obbligatori, il cui contenuto, tuttavia, astrattamente non vincola il Dirigente dello Sportello a conformarne la motivazione del provvedimento definitivo.

Con altrettanta evidenza emerge, naturalmente, in generale, la necessità di adottare provvedimenti in senso conforme, rispetto all’indirizzo espresso nei pareri (del Questore e della Direzione Provinciale del Lavoro), giacché, diversamente, ben può configurarsi un vizio grave, correlato a manifesto eccesso di potere.

La considerazione di carattere generale non esclude, purtroppo, situazioni patologiche, nelle quali la natura giuridica, non vincolante, del parere espresso viene ad assumere incidenza non trascurabile, rispetto alla legittimità del provvedimento adottato.

Se, infatti, non si rinvencono, nella pratica, situazioni frequenti o, in tal senso, significative per quanto si riferisce ai pareri di competenza questorile, constatazioni ben diverse sono emerse in relazione ai pareri richiesti alle Direzioni Provinciali del Lavoro.

Il termine complessivo per la conclusione del procedimento, stabilito in giorni quaranta (art. 22, comma quinto, T.U. n. 286/98), decorre infatti, talvolta, senza che sia intervenuta, da parte della competente Direzione del Lavoro, la verifica prevista dalla norma; nel contempo, specialmente qualora venga intimata specifica diffida ad adempiere da parte degli interessati, le Prefetture si trovano nella condizione di non poter emanare un provvedimento, in carenza dalle valutazioni di competenza di altra amministrazione.

2.e)--Aspetti controversi e conseguenze giuridiche.

L’anomala situazione evidenziata ha assunto rilevanza generale, tale da formare oggetto di rilievo da parte della Corte di Conti, a fronte dei consistenti ritardi, nella definizione delle procedure.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

I casi di mancata attestazione endoprocedimentale obbligatoria da parte della Direzione Provinciale del Lavoro (art. 30 bis, comma ottavo, DPR n. 394/99), hanno quindi indotto l'Amministrazione ad analizzarne le conseguenze giuridiche e ad esplorare le eventuali possibilità di definizione del procedimento in assenza dell'adempimento.

E' stato, quindi, in tal senso rilevato che l'art. 7, primo comma, del DPCM 5 marzo 2001, n. 197 (Regolamento di attuazione della Legge n. 241/90), consente al responsabile del procedimento di procedere "ove debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo e il parere non intervenga entro il termine stabilito dalla legge o da regolamento", indipendentemente dall'acquisizione del parere.

Ancorché la disposizione regolamentare appaia letteralmente dettata per un ambito circoscritto, secondo la previsione dell'art. 1 (provvedimenti di competenza del Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ufficio Affari Amministrativi ...), per l'efficacia interpretativa che assume, non può non costituire un pregnante quadro di riferimento, suscettibile di legittima applicazione analogica, ancor più giustificata nel corpo della riforma introdotta con la legge n. 69/09, di seguito analizzata.

Il comma secondo, del medesimo articolo, stabilisce che "Ove per disposizione di legge o di regolamento l'adozione di un provvedimento debba essere preceduta dall'acquisizione di valutazioni tecniche di organi od enti appositi e questi non provvedano e non rappresentino esigenze istruttorie ai sensi e nei termini di cui all'articolo 17, commi 1 e 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il responsabile del procedimento chiede le suddette valutazioni tecniche agli organismi di cui al comma 1 del suindicato articolo 17, e partecipa agli interessati l'intervenuta richiesta".

Nella fattispecie in esame, trattasi, in concreto, di verificare se le condizioni economiche rappresentate dal datore di lavoro richiedente consentano o meno, secondo ordinari e motivati criteri di ragionevolezza, di assicurare la retribuzione e la contribuzione previdenziale in favore degli assumendi lavoratori; le altre risultanze trovano infatti diretto riscontro (positivo o negativo) nella documentazione allegata, senza necessità di valutazione discrezionale.

Gli elementi sufficienti per l'espletamento della verifica possono, peraltro, agevolmente essere acquisiti direttamente dagli Sportelli per l'Immigrazione, ai quali è già consentito accedere alla banca dati costituita presso l'Agenzia delle Entrate.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

In tale situazione, ai fini dell'eventuale applicazione del disposto di cui all'art. 7 del DPCM 5 marzo 2001, n.197 richiamato, non sembra impossibile ricondurre, ove se ne ravvisino i presupposti, la fattispecie considerata nell'ambito del comma primo, piuttosto che del comma secondo, della previsione regolamentare richiamata, in modo da pervenire alla più celere definizione del procedimento da parte della struttura territoriale.

L'esigenza di definire comunque nei termini il procedimento, invero, appare ormai inderogabile, una volta entrata in vigore la Legge 18 giugno 2009, n. 69 ("Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"), il cui art. 8 ("Certezza dei tempi in caso di attività consultiva e valutazioni tecniche") introduce modificazioni di non poco conto alle previsioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, in particolare all'articolo 16, il cui comma 2 è sostituito dal seguente:

«2. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere obbligatorio o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere facoltativo o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere. Salvo il caso di omessa richiesta del parere, il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri di cui al presente comma».

2.f)--Preavviso di rigetto (art.10 bis legge 241/1990).

L'art. 10-bis della legge n. 241/90, introdotto con la novella dell'anno 2005, stabilisce l'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, nel testo che segue:

“- 1. 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.

Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.”.

Diversamente da quanto osservato per l'avviso di avvio del procedimento, l'omissione del c.d. “preavviso di rigetto” assume incidenza negativa, spesso rilevante sulla legittimità del provvedimento di diniego, ritenuto *“adottato in violazione delle garanzie procedurali sancite dall'art. 10 bis della legge n. 241/90 ... (giacché) l'omessa comunicazione dei motivi ostativi ... ha impedito al ricorrente di rappresentare alcune circostanze che avrebbero eventualmente potuto sovvertire l'esito del procedimento stesso”* (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – ROMA - Sezione Seconda Quater – Ordinanza sospensiva n. 1267/09 del 18 Marzo 2009 - Registro Generale n. 1165/2009).

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, introducendo, altresì, un opportuno e fondamentale chiarimento in relazione alla corretta interpretazione dell'art. 21 octies della legge n. 241/90, norma talvolta considerata derogatoria, in via generale, rispetto agli obblighi procedurali, la cui sistematica inosservanza è stata erroneamente ritenuta sanabile ex post, in sede di impugnazione.

“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 (procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali). 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.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Come già rilevato ... 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 (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 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 (se pure 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, VI, n. 4614/2007).

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, 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, previsto dall'art. 21 – nonies della L. 241/90.

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. 241/90: 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”. (Consiglio di Stato – Sezione Sesta giurisdizionale – Sent. n. 552/2009 del 18/11/08, depositata il 02/02/09).

Sulla natura non perentoria del termine assegnato all'interessato con il preavviso di rigetto, per le ulteriori deduzioni e produzioni, la giurisprudenza si è pronunciata in senso positivo, assegnando all'Amministrazione l'onere di valutare gli elementi difensivi pervenuti in ritardo, rispetto al termine stabilito, ma anteriormente all'adozione del provvedimento definitivo.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

“Il Collegio ritiene fondato ed assorbente il motivo di ricorso riferito al carattere non perentorio del termine di dieci giorni di cui all’art. 10-bis della legge n. 241/1990.

Giova ricordare che l’intera legge in questione, sin dalla sua formulazione originaria ma ancor più a seguito delle successive modifiche, è ispirata al dichiarato scopo di agevolare il privato nei suoi rapporti con la p.a., semplificando le regole del procedimento a suo vantaggio e garantendogli la possibilità di interloquire nel procedimento.

Di conseguenza le regole in materia di partecipazione non possono essere interpretate in modo tale da trasformarle, all’opposto, in cause di preclusione o comunque di ostacolo all’esercizio dei diritti ed alla tutela degli interessi legittimi.

In questa luce, appare chiaro che quando l’art. 10-bis dispone che «Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione [preavviso di rigetto], gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti», questa disposizione comporta solo che l’ufficio non può definire la pratica prima che quel termine sia decorso, e non è tenuto ad attendere oltre.

E’ infatti ragionevole ed opportuno, per non dire necessario, che il diritto del privato di attivarsi nel proprio interesse sia circoscritto entro un preciso limite di tempo; altrimenti l’azione amministrativa resterebbe paralizzata a danno dell’intera collettività.

Però, se la risposta del privato, pur essendo tardiva, perviene in un momento nel quale ancora la pratica non è stata definita, l’ufficio è comunque tenuto a prenderla in considerazione e non se ne può esimere con l’argomento che essa è tardiva.” (T.A.R. Umbria – Perugia – Sent. N. 00041/2009 Reg. Sent.).

2.g)--Adozione e motivazione del provvedimento conclusivo.

Gli articoli 2 e 3 della legge n. 241/90 obbligano l’Amministrazione a concludere i procedimenti, avviati ad istanza di parte, con un provvedimento definitivo espresso, corredato di idonea motivazione, contenente i presupposti di fatto e le ragioni in diritto assunte a fondamento del provvedimento.

La necessità di una motivazione esaustiva e puntuale è stata richiamata con la circolare n. 617 del 6 febbraio 2009, in cui è stato rilevato come “L’esito negativo delle istanze tendenti ad ottenere l’autorizzazione ad assumere dipendenti stranieri è stato, con relativa frequenza, disposto dai Dirigenti degli Sportelli Unici, senza curarne una puntuale ed esaustiva motivazione, sufficiente a ricostruire il processo logico, presupposto al diniego.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Più in particolare, è stata constatata, in più pronunce dei Tribunali Amministrativi, la cosiddetta “motivazione apparente”, limitata a riprodurre il dettato normativo o il parere degli organi consultivi (Questura o Direzione Provinciale del Lavoro), riconducibili alla semplice attestazione di insussistenza dei requisiti normativi, senza che risultino esplicitate, specialmente in relazione all'insufficienza reddituale, le considerazioni svolte a supporto dell'espressione negatoria.

Tale situazione giuridica determina l'annullamento del provvedimento di diniego e, talora, la condanna dell'Amministrazione alla rifusione delle spese legali, non vertendosi ormai più in fattispecie nuova e controversa, tale da giustificare la compensazione, a norma dell'art. 92 Codice di procedura civile.

Occorre, in altri termini, anticipare quella motivazione esaustiva, ancorché sintetica, che sovente viene poi fornita in sede di rapporto contro deduttivo (talvolta neppure tempestivamente), quando la controversia è già pendente ed i costi correlativi, spesso, non sono più evitabili.

Rispetto a tali esigenze di legittimità degli atti emanati, non possono contrapporsi ostacoli di natura tecnica, correlati alla trasmissione telematica dei pareri obbligatori: la motivazione, necessariamente succinta, potrà trovare la sua collocazione nei campi a testo libero, nell'applicativo informatico in uso, qualora gli spazi dedicati risultassero insufficienti.

Per l'inserimento delle motivazioni dei pareri negativi delle Direzioni Provinciali del Lavoro (o delle Questure), potrà infatti essere utilizzato il “campo note”, disponibile sul sistema, con capacità pari a duemila caratteri; qualora questi non fossero sufficienti, il provvedimento dello Sportello potrà comunque fare riferimento alla motivazione resa separatamente e allegata al provvedimento medesimo (o, più utilmente, al preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge n. 241/90), consentendo, in tal modo, il pieno rispetto dell'obbligo di legge.”.

Gli aspetti più critici, in termini di legittimità, riferiti alla motivazione del provvedimento di rilascio (o, in senso più rilevante, di diniego) del nulla osta per lavoro subordinato, attengono essenzialmente alla valutazione della capacità reddituale del datore di lavoro, in rapporto alle unità lavorative oggetto della richiesta di autorizzazione.

La giurisprudenza più recente, a tal proposito, si è attestata sulle seguenti linee interpretative:

- Insufficienza della motivazione riferita genericamente alla carenza del requisito;



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

- Necessità di esplicitare l'analisi della situazione reddituale con indicazione delle ragioni a supporto della valutazione negativa;

2.h)--Conseguenze in termini di annullamento del provvedimento di diniego, di soccombenza di pagamento delle spese legali;

- Possibile configurazione di responsabilità per danno erariale.

“La prescrizione del possesso di un reddito annuo, al netto dell'imposta, di importo almeno doppio, rispetto all'ammontare della retribuzione annuale dovuta al lavoratore da assumere, aumentata dei connessi contributi, da parte del datore di lavoro, è stata introdotta dalla Circolare n. 1/2005 del 25 gennaio 2005 del Ministero del Lavoro esclusivamente per il lavoro domestico, e non per gli altri contratti di lavoro subordinato (fatta eccezione per le ipotesi di cui al D.L. n. 78/09, convertito nella L. 102/09, che ha stabilito limiti di reddito minimi, per assumere lavoratori a sostegno dei bisogni familiari), per i quali vige tuttora la circolare n. 55/2000 dello stesso Ministero, secondo cui (Cfr. punto 1.2) la “capacità economica dell'imprenditore va valutata caso per caso, comunque, dalla Direzione Provinciale del Lavoro in relazione sia al numero dei lavoratori da assumere sia all'esigenza dell'impresa, anche a mezzo di motivata relazione a cura del datore di lavoro richiedente”. Omissis...

Infatti, in tale seconda ipotesi occorre guardare non soltanto alle risorse presenti del datore di lavoro, ma anche alle prospettive future di crescita nel settore, legate anche all'apporto che il lavoratore straniero potrà fornire all'impresa. Peraltro, in tale valutazione rileva non solo il mero risultato netto della gestione economica, ma devono essere presi in considerazione anche altri fattori, come il volume d'affari, le commesse ottenute, la complessiva solidità economica del datore di lavoro ed altri elementi idonei a comprovare l'idoneità dello stesso a sostenere gli oneri della futura assunzione. (TAR Catania, Sez. IV – Sent. Breve, n. 1182 del 21/05/09-23/06/09)

Il provvedimento di rigetto di nulla-osta per lavoro subordinato, nei confronti di lavoratori extracomunitari, è *“inficiato dal difetto di motivazione, quando il suo contenuto è supportato dal riferimento ad una non meglio precisata insufficienza del reddito dell'imprenditore ricorrente; a fronte, infatti, di un reddito documentato l'amministrazione deve esplicitare quale reddito avrebbe considerato sufficiente, e quali parametri ha utilizzato per la valutazione di insufficienza”*. (TAR Catania, Sez. IV – Sent. Breve, n. 1185 del 05/06/09-23/06/09, con condanna dell'amministrazione alle spese).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

“Non è idonea la motivazione del diniego, quando si limita ad affermare che la documentazione integrativa fatta pervenire dal richiedente non si è dimostrata idonea a superare il motivo ostativo, in presenza di una memoria in cui ha illustrato le esigenze dell'impresa e la congruità della richiesta rispetto alla capacità economica della medesima, riferendo in ordine all'espansione della ditta, sia sul piano del fatturato, sia su quello del numero dei lavoratori dipendenti. ...omissis ...

E' evidente che tale affermazione non soddisfa l'obbligo motivazionale, in quanto non consente di capire le ragioni per le quali le deduzioni del ricorrente non permettevano comunque di accogliere l'istanza. Inoltre, tale profilo della motivazione non è aderente alle disposizioni di cui al punto 1.2 della circolare n. 55, giacché è proprio la circolare ad imporre la valorizzazione delle autocertificazioni e delle relazioni illustrative del datore di lavoro, attinenti alla dimostrazione della capacità economica della ditta.

Pertanto, in presenza di siffatte produzioni documentali, l'amministrazione deve esaminarle e motivarle sulla loro specifica rilevanza, in linea con la generale previsione dell'art. 3 della legge 1990 n. 241” (Sentenza breve TAR Piemonte - Torino n. 615/2008 del 27/3-14/4/2008; in senso conforme: TAR Sicilia – Palermo - Sentenza breve, n. 865/09 del 24/04-06/05/09).

Secondo la giurisprudenza più recente, il parere espresso dalla DPL non è vincolante (se non in relazione e limitatamente all'eventuale superamento del numero di quote consentite nell'ambito della programmazione) e può (occorrendo deve) essere disatteso, con idonea e puntuale motivazione.

Il TAR disattende l'eccezione di inammissibilità per difetto di impugnazione del presupposto parere della Direzione Provinciale del Lavoro, che secondo la difesa dell'Amministrazione deve ritenersi vincolante (anche ai sensi della circolare ministeriale n. 3 in data 30 maggio 2005).

“Ai sensi dell'articolo 30-bis, comma 8, del D.P.R. 394/1999, lo Sportello unico «procede alla verifica della regolarità, della completezza e dell'idoneità della documentazione presentata (...) nonché acquisisce dalla Direzione provinciale del lavoro, anche in via telematica, la verifica dell'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del numero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili».



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

A supporto della tesi suindicata, la difesa dell'Amministrazione ha invocato l'articolo 31, comma 3, del regolamento, che però si riferisce alla differente verifica dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi, determinati a norma degli articoli 3, comma 4 e 21, del testo unico 286/1998 (c.d. quote di ingresso e flussi migratori).

Indipendentemente dalle indicazioni richiamate, **“il parere reso dalla D.P.L. ai sensi dell'articolo 30-bis, non può, in assenza di un'espressa qualificazione della normativa, considerarsi parere giuridicamente vincolante, non essendo precluso all'Amministrazione ... di adottare un provvedimento difforme da quello indicato, purché motivando puntualmente detta difformità.”** (Sentenza TAR Umbria, Perugia, Sez. I, n. 250-09 del 25/02-18/05/09).

E' stata riconosciuta inidonea la motivazione del provvedimento di diniego di nulla osta, limitata al disposto *“visto il parere negativo della D.P.L. per incapacità economica”*.

“Considerato che il generico riferimento a tale unico motivo ostativo all'accoglimento dell'istanza non consente, infatti, di ricostruire l'iter logico-giuridico seguito dalla p.a, in quanto non viene indicata alcuna specifica circostanza di fatto, quale l'importo del reddito definito come “inadeguato” rispetto alla possibilità di assunzione, né ragione giuridica posta a fondamento del provvedimento di diniego...

Né... il provvedimento di diniego può ritenersi motivato per relationem al parere della D.P.L., atteso che il richiamo ad un atto diverso può costituire adeguata e valida motivazione solo a condizione che questo sia espressamente “indicato e reso disponibile”, come prescritto dall'art. 3 della legge 241/90, in quanto l'atto impugnato non contiene alcuno specifico riferimento che consenta di poter individuare l'atto presupposto, né ne riporta, almeno in stralcio, le parti significative, né tanto meno detto atto è ad esso allegato” (T.A.R. Lazio, N. 02519/2009 Reg. Ord. Sosp. del 03-04/06/09).

E' stata ravvisata la violazione dell'art. 30 bis, comma 8, DPR n. 394/1999 e degli artt. 22, comma 5 e comma 24, decreto legislativo n. 286/1998, l'eccesso di potere per violazione e vizi del procedimento, travisamento dei fatti e carenza di motivazione, per la mancata considerazione delle ben più alte cifre del volume d'affari e degli acquisti, rispetto all'esiguità del reddito, imputabile alla spesa per manodopera (T.A.R. Toscana, Sentenza breve n. 2/2008 della prima sezione).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

L'indirizzo interpretativo delineato non è isolato: Il collegio aderisce, condividendoli, ai principi espressi nella su richiamata pronuncia del Tar Toscana, e, segnatamente, all'interpretazione ivi offerta dell'art. 30 bis, comma 8, del D.P.R. n. 394/1999, secondo il quale “lo Sportello unico...procede alla verifica della regolarità, della completezza e dell'idoneità della documentazione presentata ai sensi del comma 1, nonché acquisisce dalla Direzione provinciale del lavoro, anche in via telematica, la verifica dell'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del numero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili”.

La disposizione in questione deve essere ragionevolmente interpretata nel senso che, ai fini della verifica della capacità economica dell'impresa, rileva non solo il mero risultato netto della gestione economica, ma questo va riguardato unitamente ad altri fattori come il volume d'affari, le commesse ottenute, la complessiva solidità economica ed altri elementi idonei a comprovare l'idoneità della stessa a sostenere gli oneri della futura assunzione. (T.A.R. Sicilia – Sez. IV – Catania – Sentenza del 10/09/09 n. 2062/09 RG).

Assumono, altresì, rilievo procedimentale gli elementi sopravvenuti nel corso dell'istruttoria, nel senso che la giurisprudenza non sembra orientata a considerare legittima la cristallizzazione della situazione reddituale risultante al momento della domanda, quando il richiedenti provi nuovi cespiti reddituali, successivamente percepiti, prima dell'adozione del provvedimento conclusivo.

In tal senso si è espresso il T.A.R. Emilia Romagna – I Sezione – Bologna, con la recente pronuncia del 21 maggio 2009 (Sentenza breve n. 859/2009): “*In proposito occorre specificare che secondo il condiviso e prevalente indirizzo giurisprudenziale ... occorre tenere nella giusta considerazione la pretesa sostanziale posta alla base dell'impugnazione e, quindi, dare rilievo alle sopravvenienze che possano determinare l'accoglimento della pretesa del ricorrente*” (v. Consiglio di Stato, VI, 14 febbraio 2006 n. 3412 e di recente Tar Bologna 18 febbraio 2009 n. 163).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

2.i) -- Comunicazione del provvedimento definitivo.

La legge non sembra attribuire natura recettizia al provvedimento concessorio (o negatorio) del nulla osta all'assunzione di lavoratori subordinati; trattandosi, in sostanza, di una ordinaria autorizzazione amministrativa, rimane a carico dell'Amministrazione unicamente l'onere di portarne il contenuto a conoscenza del destinatario.

L'art. 31, comma quarto, D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, individua nel datore di lavoro richiedente il soggetto interessato, destinatario della comunicazione e determina, altresì, di quest'ultima la modalità: "In assenza di motivi ostativi di cui al comma 1 e nell'ipotesi di verifica positiva dei limiti di cui al comma 3, lo Sportello unico provvede alla convocazione del datore di lavoro per il rilascio del nullaosta, la cui validità è di sei mesi dalla data del rilascio stesso."

Viene quindi normativamente imposta la comunicazione diretta, al datore di lavoro richiedente, da parte dell'incaricato dello Sportello, del provvedimento autorizzatorio.

Tuttavia, la problematica che più rileva, nell'ambito considerato, attiene invece al decreto di diniego, in relazione al quale non sembrano, per contro, stabilite forme particolari per la comunicazione all'interessato.

Occorre, conseguentemente, ricondurre la fattispecie alle previsioni generali, per dedurre, a carico dell'Amministrazione il solo obbligo di portare il dispositivo e la motivazione nella sfera di conoscenza del destinatario, con piena libertà di forme e ragionevole scelta delle modalità.

Orbene, se, correttamente, si individua l'unico destinatario della comunicazione nella persona del datore di lavoro richiedente (come il solo soggetto interessato), l'invio del provvedimento di diniego, come solitamente avviene, a mezzo del servizio postale, in plico raccomandato con avviso di ricevimento, non sembra aver dato luogo, in generale, a difficoltà di rilievo.

Non sono rari, tuttavia, i casi di mancato recapito della missiva, in conseguenza di una variazione intervenuta nell'indirizzo o, addirittura, per negligenza del destinatario che omette deliberatamente (o per sua perdurante assenza) di curare il ritiro del plico, fermo in giacenza postale.

Ancorché, in tali ipotesi, possa ritenersi operante la presunzione di conoscenza a carico del destinatario, quando l'atto sia giunto all'indirizzo dichiarato nella domanda, in conformità al disposto di cui all'art. 1335 Cod. Civ., fatta salva ovviamente la prova dell'impossibilità di avere



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

avuta notizia, non sembra tuttavia irragionevole valersi, in simili fattispecie, in via facoltativa e analogica della previsione di cui all'art. 21 bis della legge n. 241/90.

Può tornare utile, invero, per esigenze di certezza sulla decorrenza dei termini, stabiliti per eventuali impugnazioni e per ogni altra conseguenza giuridica derivante dalla definizione del procedimento, effettuare una vera e propria notifica (in senso tecnico) dell'atto amministrativo a contenuto sfavorevole per l'interessato.

E' noto come la notificazione costituisca una particolare modalità di comunicazione, tale da assicurare, mediante formalità normativamente determinate, la certezza giuridica sulla data di avvenuta (legale) conoscenza dell'atto, da parte del suo destinatario.

Nell'ambito dei procedimenti considerati, la tipologia più semplice può individuarsi nella trasmissione del provvedimento mediante il servizio di notificazione degli atti amministrativi effettuato dall'Ente Poste, mediante gli speciali plichi di colore verde ed i correlativi moduli per avviso di ricevimento, normalmente utilizzati in materia di violazioni depenalizzate.

Analogamente, la relazione di notificazione, in tal caso necessaria, potrà essere redatta da un impiegato incaricato con ordine di servizio e costituirà prova di quanto ivi attestato, con efficacia privilegiata, a norma dell'art. 2700 Cod. Civile.

In ipotesi residuali, potrà ricorrersi alla notifica per il tramite dei Messi notificatori presso il Comune di residenza del destinatario, modalità che viene a garantire l'esito positivo anche in caso di intervenuto trasferimento ad altro indirizzo, con l'applicazione del disposto di cui agli articoli 140 e 143 Codice di Procedura Civile.

I maggiori costi, conseguenti alla scelta di tali modalità, possono trovare giustificazione in ragione del numero esiguo di fattispecie considerate, a fronte dell'esigenza di celerità nella definizione dei procedimenti.

Per completezza, non può trascurarsi l'alternativa, moderna, economica ed efficace correlata all'utilizzo della posta elettronica certificata: se il destinatario è titolare di casella pec (o se ha eletto il domicilio presso un patronato, una associazione o uno studio professionale che di regola ne sono dotati), la comunicazione può avvenire in tempo reale, con le garanzie di certezza, affidabilità ed efficacia giuridica pari a quelle derivanti da una notificazione tradizionale a mani del destinatario.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La normativa più recente è orientata a privilegiare il flusso telematico, rispetto a quello cartaceo e, in tal senso, notevole utilità potrebbe trarre lo Sportello Unico nell'invitare gli utenti, ancora sprovvisti, a dotarsi di casella di posta certificata, al momento di presentazione della domanda o comunque ad indicare un domicilio, per tutte le comunicazioni, nell'ambito procedimentale, presso un soggetto dotato di tale possibilità.

2.1) --Termini entro i quali il procedimento deve essere definito.

L'art. 22 comma quinto, del T.U. stabilisce che “Lo sportello unico per l'immigrazione, nel complessivo termine massimo di quaranta giorni dalla presentazione della richiesta, a condizione che siano state rispettate le prescrizioni di cui al comma 2 e le prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie, rilascia, in ogni caso, sentito il questore, il nulla osta nel rispetto dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi determinati a norma dell'articolo 3, comma 4, e dell'articolo 21, e, a richiesta del datore di lavoro, trasmette la documentazione, ivi compreso il codice fiscale, agli uffici consolari, ove possibile in via telematica. Il nulla osta al lavoro subordinato ha validità per un periodo non superiore a sei mesi dalla data del rilascio.”.

L'art. 2, della legge n. 241/90, così come modificato dalla legge n. 69/09, stabilisce:

- comma 8: Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

- comma 9: La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale.

Pur non trattandosi, pacificamente, di termine perentorio, l'inosservanza della scadenza di quaranta giorni dovrebbe trovare, opportunamente, idonea e motivata giustificazione, da rendere nota tempestivamente al richiedente, soprattutto alla luce della nuova disposizione legislativa, introdotta recentissimamente con la legge n. 69/09, che ha integrato le previsioni richiamate della legge n. 241/90, con l'aggiunta dell'art. 2 bis, nel testo che segue.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Art. 2 bis: (Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento).

1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

2. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni.

Prima ancora dell'introduzione di tali previsioni sanzionatorie, con la circolare n. 4615 del 13/08/09, è stata richiamata l'attenzione sulla indicata fattispecie, non infrequentemente sottoposta al vaglio giurisdizionale, con esito prevalentemente negativo per l'Amministrazione, aggravato dai costi della soccombenza, attiene all'ingiustificata inosservanza del termine di definizione procedimentale (c.d. "silenzio inadempimento"); si è, infatti, in presenza di una attività che deve necessariamente concludersi con un provvedimento espresso, nel termine complessivo massimo di quaranta giorni, stabilito dalla legge.

“L'irragionevole protrazione della durata del procedimento, oltre la previsione normativa, determina la fissazione di un breve ulteriore termine da nomina di un commissario ad acta, a spese dell'inadempiente parte del giudice e l'eventuale successiva nomina di un commissario ad acta, a spese dell'inadempiente” (tra le altre, Sentenza TAR Puglia - Bari, Sez. II, n. 2035 del 24/07-03/09/08, con condanna alle spese).

Al riguardo, è stata richiamata tale necessità, sia in attuazione di nuovi precetti normativi tendenti alla riduzione al minimo possibile delle controversie (in tal senso, da ultimo, l'art. 23, primo comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69, citato), nell'ambito della diffusione delle buone prassi, sia alla luce della giurisprudenza amministrativa e della Corte dei Conti, laddove, in particolare, *non vengono escluse ipotesi di responsabilità per danno erariale, conseguente alla soccombenza giurisdizionale ed al carico delle spese legali* (C. Conti, Sez. Giurisd. Abruzzo, n. 799 del 2/10/07).

Correlativamente, è stato reiterato l'invito a non sottovalutare l'incidenza della prassi seguita da qualche Collegio giudicante, nel disporre di ufficio e nel contesto stesso della decisione l'invio degli atti al Magistrato contabile, per l'instaurazione del giudizio di responsabilità, a fronte di una ritenuta ipotesi di pregiudizio a carico dell'Erario (Trib. Regionale Giustizia Amm.va di Trento, Sentenza n. 163/2002, 14/03- 17/05/02).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO III

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO PER IL RILASCIO DI NULLA OSTA AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE

3.a)--Art.29 T.U. n. 286/1998.

L'articolo 29 del T.U. ha subito via via rilevanti innovazioni, da ultimo quelle introdotte dalla legge n. 94/2009, per cui è evidente l'opportunità di riportarne il testo novellato per esteso.

“Articolo 29 - Ricongiungimento familiare. -

1 - Lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari:

- a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni;
- b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso;
- c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale;
- d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute.

1-bis. Ove gli stati di cui al comma 1, lettere b), c) e d), non possano essere documentati in modo certo mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere, in ragione della mancanza di una autorità riconosciuta o comunque quando sussistano fondati dubbi sulla



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

autenticità della predetta documentazione, le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, ai sensi dell'articolo 49 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 200, sulla base dell'esame del DNA (acido desossiribonucleico), effettuato a spese degli interessati.

1-ter. Non è consentito il ricongiungimento dei familiari di cui alle lettere a) e d) del comma 1, quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale.

2. Ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di ricongiungimento. I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 29-bis, lo straniero che richiede il ricongiungimento deve dimostrare la disponibilità:

a) di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali. Nel caso di un figlio di età inferiore agli anni quattordici al seguito di uno dei genitori, è sufficiente il consenso del titolare dell'alloggio nel quale il minore effettivamente dimorerà;

b) di un reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale per ogni familiare da ricongiungere. Per il ricongiungimento di due o più figli di età inferiore agli anni quattordici ovvero per il ricongiungimento di due o più familiari dei titolari dello status di protezione sussidiaria è richiesto, in ogni caso, un reddito non inferiore al doppio dell'importo annuo dell'assegno sociale. Ai fini della determinazione del reddito si tiene conto anche del reddito annuo complessivo dei familiari conviventi con il richiedente.

b-bis) di una assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo, a garantire la copertura di tutti i rischi nel territorio nazionale a favore dell'ascendente ultrasessantacinquenne ovvero della sua iscrizione al Servizio sanitario nazionale, previo pagamento di un contributo il cui importo è da determinarsi con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro il 30 ottobre 2008 e da aggiornarsi con cadenza biennale, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

4. E' consentito l'ingresso, al seguito dello straniero titolare di carta di soggiorno o di un visto di ingresso per lavoro subordinato relativo a contratto di durata non inferiore a un anno, o per lavoro autonomo non occasionale, ovvero per studio o per motivi religiosi, dei familiari con i quali è possibile attuare il ricongiungimento, a condizione che ricorrano i requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito di cui al comma 3.

5. Salvo quanto disposto dall'articolo 4, comma 6, è consentito l'ingresso per ricongiungimento al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l'altro genitore, del genitore naturale che dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito di cui al comma 3. Ai fini della sussistenza di tali requisiti si tiene conto del possesso di tali requisiti da parte dell'altro genitore.

6. Al familiare autorizzato all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio nazionale ai sensi dell'articolo 31, comma 3, è rilasciato, in deroga a quanto previsto dall'articolo 5, comma 3-bis, un permesso per assistenza minore, rinnovabile, di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale per i minorenni. Il permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorativa ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro.

7. La domanda di nulla osta al ricongiungimento familiare, corredata della documentazione relativa ai requisiti di cui al comma 3, è presentata allo sportello unico per l'immigrazione presso la prefettura-ufficio territoriale del governo competente per il luogo di dimora del richiedente, il quale ne rilascia copia contrassegnata con timbro datario e sigla del dipendente incaricato del ricevimento. L'ufficio, acquisito dalla questura il parere sulla insussistenza dei motivi ostativi all'ingresso dello straniero nel territorio nazionale, di cui all'articolo 4, comma 3, ultimo periodo, e verificata l'esistenza dei requisiti di cui al comma 3, rilascia il nulla osta ovvero un provvedimento di diniego dello stesso. Il rilascio del visto nei confronti del familiare per il quale e' stato rilasciato il predetto nulla osta e' subordinato all'effettivo accertamento dell'autenticità, da parte dell'autorità consolare italiana, della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute.

8. Il nulla osta al ricongiungimento familiare è rilasciato entro centottanta giorni dalla richiesta.

9. La richiesta di ricongiungimento familiare e' respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

10. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano:

- a) quando il soggiornante chiede il riconoscimento dello status di rifugiato e la sua domanda non è ancora stata oggetto di una decisione definitiva;
- b) agli stranieri destinatari delle misure di protezione temporanea, disposte ai sensi del decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85, ovvero delle misure di cui all'articolo 20;
- c) nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6.”.

L'applicazione del disposto normativo non sembra aver indotto difficoltà in un numero rilevante di fattispecie, sotto il profilo strettamente giuridico, per la parte attinente all'attività degli Sportelli Unici, a differenza di quanto si è potuto constatare, invece, per il rilascio dei visti consolari correlati.

Talune incertezze sono emerse, tuttavia, in relazione alla “novella” introdotta con l'art. 23 della legge n. 189/02 (“Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo”), limitativa dei presupposti autorizzatori, in presenza di “genitori a carico”.

3.b)--Incidenza dello jus superveniens.

In proposito, si è espressa la giurisprudenza di secondo grado, nei termini che seguono.

“La questione principale posta all'esame di questa corte, se cioè sia applicabile lo ius superveniens in materia di coesione familiare, intervenuto nelle more del complesso procedimento diretto al rilascio del visto di ingresso da parte dei familiari dell'istante, è già stata affrontata e risolta dalla Cassazione (Sentenza – Sez. I - n. 15247 del 4 luglio 2006), in relazione ad analogo problema determinato dalla modifica di precedente normativa in materia.

La Suprema Corte ha infatti riconosciuto che in tema di disciplina dell'immigrazione, il rilascio del visto di ingresso allo straniero richiedente il ricongiungimento familiare, si configura come l'atto conclusivo di un procedimento amministrativo a formazione complessa, il quale coinvolge sia le determinazioni espresse dalla Questura, sia le valutazioni dell'Autorità consolare, di guisa che, dovendo gli atti e i provvedimenti amministrativi essere formati nel rispetto della normativa



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

vigente al momento della loro emanazione, il sopravvenire di una nuova legge durante lo svolgimento del procedimento comporta l'applicazione del principio "tempus regit actum", nel senso che ciascuna delle fasi va sottoposta alla disciplina della legge vigente nel tempo in cui viene compiuta.

Pertanto, lo "ius superveniens", costituito dall'art. 23 della legge 30 luglio 2002, n. 189, che ha modificato la lettera c) dell'art.29 d.lgs. n.286 del 1998, aggiungendo alla frase "genitori a carico" la proposizione "qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza ovvero genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute", deve essere applicato qualunque sia la fase del procedimento, e quindi anche dopo il rilascio del nulla osta e sino alla concessione del visto di ingresso.

(Nella specie, una straniera, regolarmente residente in Italia, aveva chiesto e ottenuto il nulla osta all'ingresso della genitrice nel territorio nazionale; l'autorità consolare aveva successivamente negato il visto di ingresso in applicazione del novellato art. 29, lettera c), stante la presenza nel Paese di origine di altra figlia in grado di mantenere la madre; in base al principio affermato, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il diniego del visto di ingresso riformando la sentenza impugnata secondo la quale, invece, ai fini dell'accertamento delle condizioni fissate dal legislatore, occorreva fare riferimento alla normativa vigente all'epoca della proposizione dell'istanza all'autorità di pubblica sicurezza.

Questa Corte ritiene di condividere le argomentazioni svolte dal giudice di legittimità. In particolare il rilascio del visto di ingresso deve essere configurato come l'atto conclusivo di un procedimento a formazione complessa il quale coinvolge sia le determinazioni espresse dalla questura sia le valutazioni dell'autorità consolare, che non si limita ad un accertamento formale dell'autenticità degli atti posti a sua conoscenza ma ha il compito di accertare la sussistenza dei requisiti soggettivi dell'istanza.

Ogni fase del procedimento amministrativo è retta dalla normativa vigente al momento del suo svolgimento e gli atti e provvedimenti amministrativi devono essere formati nel rispetto della normativa vigente al momento della loro emanazione. ... (Corte di Appello di Milano, Decreto 297/09 V.G. del 9 ottobre 2009).

Fermo restando il principio c.d. del "tempus regit actum" ribadito dalle decisioni richiamate, occorre tuttavia tener conto della particolare situazione giuridica, venuta in essere a far data dal 15 febbraio 2007, per effetto dell'entrata in vigore del D. L. vo 8/1/07, n. 5, che, riscrivendo l'art. 29



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

del T.U., ha sottratto ogni discrezionalità in capo all'Amministrazione degli Esteri, nella definizione del sub-procedimento di rilascio del visto di ingresso.

L'autorevole interpretazione della Suprema Corte, quindi, consolida il principio (già affermato dal Consiglio di Stato e dalla migliore dottrina), ma è riferita a fattispecie anteriore alla riforma, - ovvero alla riscrittura del comma 7 dell'art. 29, trasformato nel testo odierno, ad opera del decreto legislativo n. 5/2007 (attuazione della Direttiva 2003/86CE, in vigore dal 15/02/2007) -, quando la discrezionalità amministrativa era necessaria anche nella fase di rilascio del visto di ingresso e la domanda introduttiva era presentata alla Questura, anziché allo Sportello Unico.

In condizioni giuridiche post riforma, non essendo più consentito tale finale scrutinio discrezionale, a fronte della chiara previsione normativa che riserva all'autorità diplomatica il solo accertamento dell'autenticità documentale, resta operante il dispositivo adottato dallo Sportello Unico.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo 160/2008 (5/11/2008), prendendo sempre in esame la fattispecie del ricongiungimento dei genitori, viene riscritta la lettera d) del comma 1 (nel testo ora vigente), ma resta inalterata la competenza dei Consolati, limitata all'accertamento dell'autenticità della documentazione.

Occorre, per i casi ancora pendenti e, più in generale, per eventuali future analoghe situazioni, distinguere secondo l'effettiva incidenza della norma subentrante, rispetto allo stato degli atti di ogni singolo sub-procedimento (da definire in conformità della vecchia norma, se l'istruttoria era già completa; della nuova, se necessita di un completamento o di un supplemento), così come già indicato con la circolare di questo Dipartimento n. 4660 del 28/10/2008.

Nelle decisioni, in materia, di seguito riportate, i giudicanti seguono il ragionamento ispirato a tale criterio cronologico: l'Autorità diplomatica, che ha (dal 15 febbraio 2007) il compito di verificare l'autenticità della documentazione prodotta, secondo la quale è stato rilasciato il nulla osta prefettizio, non può, conseguentemente, rifiutare il visto sulla base dell'entrata in vigore, in data 05/11/2008, del decreto legislativo n. 160, innovativo del punto d) dell'art. 29 T.U. (nel senso che "i genitori non devono avere altri figli nel paese di origine o di provenienza..."), in quanto la fase di competenza prefettizia era stata correttamente definita, sulla scorta della legislazione in vigore, all'atto del rilascio del nulla osta.
"..." - *Con decreto del Tribunale di Firenze depositato in data 05/02/2009, in accoglimento di ricorso ex art. 737 c.p.c. proposto da ..., è stato annullato il provvedimento in data 24/11/2008 del Consolato generale d' Italia a Shanghai ed allo stesso è stato ordinato di "rilasciare il Nulla*



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

osta al ricongiungimento familiare e di disporre il rilascio del visto richiesto dal sig. ... e di disporre ogni altro provvedimento opportuno”;

- avverso tale decreto ha proposto reclamo il Ministero degli Esteri sostenendo l'erroneità di tale decisione per i seguenti motivi:

a) il Tribunale avrebbe errato nel ritenere inapplicabile la nuova disciplina di cui al D.Lgs. 160/08, ritenendo invece applicabile la disciplina vigente al momento della presentazione della istanza di ricongiungimento;

*b) erroneità della decisione anche ipotizzando l'applicabilità della previgente disciplina, per non essere dimostrato che i genitori dell'istante fossero a suo carico;
- a sostegno del motivo di cui sub a) il Ministero degli Esteri ha dedotto che il rilascio del visto di ingresso allo straniero per il ricongiungimento è l'atto conclusivo di un procedimento amministrativo e che l'attività amministrativa è soggetta alle norme vigenti al momento del suo espletamento, talché correttamente il Consolato avrebbe negato il visto in considerazione dello ius superveniens di cui al D. Lgs. 160/08.*

A sostegno del motivo di cui sub b) ha rilevato che l'art. 29 del D. Lgs. 286/98, nel testo precedente all'ultima modifica, poneva come requisito il fatto che i genitori fossero a carico, per cui l'istante per dimostrare la sussistenza di tale requisito avrebbe dovuto dimostrare “trasferimenti di denaro”;

- per tali motivi il Ministero ha chiesto che, in riforma della decisione del Tribunale di Firenze, venga respinto il ricorso del xxxxx; - quest'ultimo si è costituito in giudizio resistendo al gravame, deducendo che:

- quello al ricongiungimento familiare è un diritto come reso evidente dalla rubrica (“Diritto all'unità familiare”) dell'art. 28 del D. Lgs. 286/98, e tale diritto viene esercitato nel momento di presentazione della istanza di ricongiungimento, senza che nuove valutazioni legali possano far venire meno tale diritto, nella fattispecie già accertato tramite la concessione del nulla osta da parte dello Sportello Unico per l'Immigrazione;

- atteso il disposto dell'art. 29 del D. Lgs. 286/98 l'autorità consolare ha il compito di valutare l'autenticità della documentazione prodotta dall'istante, e non anche la sussistenza dei requisiti per il ricongiungimento, per cui il Consolato d'Italia a Shanghai “ha surrettiziamente posto in capo al richiedente la necessità di un requisito ulteriore (previsto dal Dlgs. 160/08) che però non aveva alcun potere per imporre”;



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

- *il resistente ha poi sostenuto la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del D. Lgs. 160/08, nella parte in cui ha modificato l' art. 29 comma 1 lett. d) del D.Lgs. 286/98, in relazione agli artt. 70,76 e 77 Cost. per eccesso di delega;*
- *giòva premettere che il nulla osta al ricongiungimento, acquisito il parere della Questura, è stato rilasciato alla Prefettura di Firenze in data 04/04/2008 nel vigore della precedente disciplina, e che il diniego del visto da parte del Consolato d' Italia a Shanghai è datato 24/11/2008 e quindi emesso vigente la nuova disciplina (entrata in vigore in data 05/11/2008);*

- *ai sensi dell' art. 29 comma 7 "il rilascio del visto nei confronti del familiare per il quale è stato rilasciato il predetto nulla osta è subordinato all' effettivo accertamento dell' autenticità, da parte dell' autorità consolare italiana, della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute"; possono, quindi, ravvisarsi due fasi ben distinte nel procedimento, la prima delle quali, rientrando nella competenza della prefettura – ufficio territoriale del governo, è finalizzata, anche tramite l' acquisizione del parere della questura, alla verifica della sussistenza dei requisiti, e la seconda, di competenza dell' autorità consolare, di natura consequenziale, finalizzata a dare attuazione al nulla osta con il rilascio del visto, previo accertamento della autenticità della documentazione;*

- *risulta quindi evidente come l' autorità consolare non abbia alcuna discrezionalità circa la valutazione della sussistenza dei requisiti, e debba rilasciare il visto se il nulla osta è stato rilasciato sulla base di documenti autentici;*

- *dai rilievi che precedono consegue che il provvedimento finale della prima fase, dotata di una propria autonomia, è stato correttamente adottato sulla base della disciplina in quel momento vigente, mentre la nuova disciplina circa i requisiti non avrebbe potuto portare al diniego del visto, proprio in quanto l' autorità consolare, priva di competenza in ordine alla valutazione della sussistenza dei requisiti, non aveva ragione di far uso della normativa sopravvenuta; - il secondo motivo dedotto dall' Amministrazione reclamante, attinente alla inesistenza del diritto al ricongiungimento anche ipotizzando l' applicabilità della previgente disciplina, per non essere dimostrato che i genitori dell' istante fossero a suo carico, non può trovare ingresso in questo reclamo in quanto non pertinente; infatti con tale motivo viene, nella sostanza, dedotta l' erroneità del nulla osta (ed in tal modo, singolarmente, l' Amministrazione degli Esteri dedurrebbe l' erroneità di un provvedimento di altra amministrazione statale ...), mentre oggetto del ricorso del ... è il provvedimento del Consolato in data 24/11/2008;*



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

- il reclamo dell' Amministrazione, pertanto, deve essere rigettato; considerata la delicatezza in diritto della questione e considerato che la tesi dell' Amministrazione risulta conforme a Cass. sez. I 4 luglio 2006 n. 15247, pare del tutto equa la compensazione delle spese di questo procedimento. “ (Corte di Appello di Firenze, decreto n. 283/09 VG del 12/06/09).

In senso analogo si è espresso il Tribunale di Torino (decreto n. 1227/09 VG del 29/05/09) e, più di recente, la Corte di Appello di Milano (Sez. Volontaria Giurisdizione, Decreto del 8 gennaio 2010, Pres. La Monica, Rel. Laera).

In generale, è comunque da tenere presente che il principio, riassunto nell'espressione “**tempus regit actum**”, va posto in relazione con quanto osservato in materia di rispetto dei termini di definizione del procedimento: se, infatti, la norma novellante sopravviene a procedimento ancora in corso (o in una sua singola fase), a causa del ritardo nella definizione, oltre i termini stabiliti, l'innovazione normativa penalizzante non potrà legittimamente gravare sul destinatario, che già subisce il ritardo.

In senso conforme si è, in proposito, espressa la giurisprudenza amministrativa, precisando che l'eccezione, rispetto al principio, opera quando il termine sia superato in misura irragionevole (diversamente il termine verrebbe ad assumere, surrettiziamente ed illegittimamente, natura perentoria, anziché ordinatoria): “... *Invero, come affermato dalla citata sentenza n. 1968/2007, il “lunghissimo silenzio dell'amministrazione”, che ha lasciato pendente il procedimento senza concluderlo come prescrive l'art. 2 della legge 7.8.1990 n. 241 non può ritorcersi a danno del cittadino nelle ipotesi di provvedimenti sopravvenuti (...), quando la normativa ...impone la conclusione del procedimento entro il termine di sessanta giorni dalla istanza, nella specie superato per inerzia colpevole dell'amministrazione. Come detto, a fronte di un termine di 60 gg. dalla presentazione dell'istanza del 24 febbraio 2004, il ... resistente ha adottato l'atto di diniego il 6 febbraio 2007, con conseguente applicazione della delibera ..., quando, se avesse rispettato i tempi procedurali dallo stesso individuati o comunque assunto il provvedimento espresso in tempi (scaduti ma) ragionevoli, avrebbe valutato la richiesta ai sensi della precedente determinazione Né vale opporre, al riguardo, il fatto che la ricorrente avrebbe potuto attivare il rito speciale del silenzio previsto dall'art. 21 bis della legge 1034/1971 in quanto, seppure si tratti di un rimedio posto a favore dell'interessato per tutelarsi di fronte all'inerzia dell'amministrazione, la mancata attivazione di tale strumento non può comunque costituire una esimente per l'ente pubblico dietro la quale celarsi quando omette di esercitare il potere che ha il dovere di esercitare”*. (T.A.R. Lazio – Roma – Sentenza n. 2420, del 25/02-13/03/2008).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La giurisdizione ordinaria a cui devolvere le impugnazioni in materia di ricongiungimenti familiari è da ritenersi ormai pacifica, come si vede dai provvedimenti giurisdizionali riportati, oltre che, talvolta e di recente, espressamente sancita. (Tar Sicilia, Catania, Sentenza breve n. 140 del 13-29/01/2010).

3.c)--Insufficienza dell'attestazione di coppia di fatto per ricongiungimento.

“La qualifica di famiglia di fatto riconosciuta in altri Stati ... non vale in Italia per ottenere il permesso di soggiorno in nome del ricongiungimento familiare”.

La Cassazione ha perciò confermato il no della Corte d'appello di Firenze ad un cittadino della Nuova Zelanda che chiedeva il permesso di soggiorno per motivi familiari per seguire in Italia il suo compagno.

Il neozelandese aveva presentato la richiesta al Questore di Livorno basandosi sulla "qualifica" di "partner di fatto" che gli era giuridicamente riconosciuta nel proprio Paese di origine. Il provvedimento negativo della questura è stato confermato dai giudici di merito e ora anche dalla Cassazione.

In particolare, i giudici della prima sezione civile, con la sentenza 6441, hanno sottolineato che per l'ordinamento italiano i partner di fatto ... sono in una condizione giuridica diversa rispetto ai "familiari" cui fanno riferimento le norme sul diritto al ricongiungimento.

In pratica, questo diritto vale soltanto per chi è legato da "vincoli parentali e, in alcuni casi, anche di affinità" (come ad esempio i cosiddetti cugini di secondo grado).

Inoltre i giudici precisano che anche la Corte Costituzionale ha confermato quelle norme che non permettono di applicare alle convivenze di fatto le stesse regole che valgono per la famiglia legittima per quanto riguarda le limitazioni all'immigrazione.

Infine la Cassazione aggiunge che "l'interpretazione estensiva" non può basarsi nemmeno sull'articolo 9 della Carta di Nizza "parte integrante del Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia l'8 agosto 2008" in quanto i principi contenuti nel documento "non sono ancora efficaci in attesa delle ratifiche da parte degli altri Stati dell'Unione". (Cassazione – Prima Sezione Civile – Sentenza n. 6441 – 09).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

3.d)--Inidoneità dell'affidamento volontario –Aspetti particolari correlati al diritto familiare straniero. - Rilevanza dell'istituto musulmano della Kafala.

La giurisprudenza di legittimità è stata di recente investita per l'esame delle problematiche connesse all'applicazione di istituti del diritto familiare musulmano, rilevanti in ambito nazionale in materia di ricongiungimento di minori, con particolare riferimento alle richieste provenienti da parenti non inclusi tra i responsabili della genitorialità.

Particolare rilievo ha assunto l'istituto della c.d. "Kafalah", relativamente a minori affidati a persone estranee al rapporto genitoriale, su cui la Suprema Corte di Cassazione si è espressa più volte, statuendo, in termini innovativi, che l'istituto così denominato è assimilabile all'affidamento, ai fini dell'applicazione dell'art. 29:

“Svolgimento del processo e motivi della decisione:

1. Il Ministero degli Affari Esteri ricorre per cassazione avverso il decreto in data 6 marzo 2007, con il quale la Corte di Appello di Bologna, in modifica del contrario precedente provvedimento del Tribunale di Modena, ha disposto il rilascio del visto (inizialmente negato dal Consolato d'Italia in Casablanca) alla minore J. A. (nata in Marocco nel gennaio 2004) per il ricongiungimento familiare (in Italia), al cittadino marocchino A. C., e alla di lui moglie, ai quali la piccola era stata affidata in custodia "Kafalah", dai suoi genitori (con atto notarile del luglio 2004, redatto da due notai in carica presso il Tribunale di I.).

Resiste il C. con controricorso.

2. Con i due connessi motivi di cui si compone l'odierna impugnazione il Ministero - nel denunciare (anche, non ritualmente, in termini di "vizi di motivazione") la "violazione e falsa applicazione", nella fattispecie, dell'art. 29 del d.lgs. n. 286/98, dalla Corte territoriale posto a base del decreto impugnato (in correlazione all'art. 20 della Convenzione di New York, sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989) - formula conclusivamente (ex art. 366 bis c.p.c.) il seguente quesito di diritto: "se la Kafalah di diritto islamico possa essere considerata rilevante al fine del ricongiungimento familiare ai sensi del predetto art. 29 d.lgs. n. 286, nonostante la sua natura esclusivamente negoziale e l'assenza di ogni intervento giurisdizionale volto alla verifica dei presupposti di fatto della situazione di abbandono del minore e dell'idoneità dei kafil (o affidatari)".



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

3. La tesi per cui al riferito quesito andrebbe data risposta negativa è sostenuta dall'Amministrazione ricorrente sulla base di un sillogismo argomentativo. La cui premessa maggiore è costituita dalla presupposta "natura eccezionale" ("in linea con le politiche di contenimento della immigrazione") dell'istituto del ricongiungimento familiare, che la richiamata disposizione dell'art. 29 d. lgs. 286/98 (non suscettibile per ciò, a suo avviso, di interpretazione analogica od estensiva) circoscriverebbe ai soli specifici rapporti (di filiazione, adozione, affidamento e tutela) ivi testualmente elencati. E la cui premessa minore si risolverebbe nell'assunto che a nessuno di tali rapporti - e non a quello in particolare dell'affidamento ex art. 4 l. 184/1983 (cui a torto, quindi l'avrebbe ritenuta equipollente la Corte bolognese) - sia viceversa equiparabile, per la sua natura prettamente "negoziale", quello di Kafalah.

4. Nessuna delle riferite premesse pare, però, condivisibile.

4/1. Quanto, in primo luogo, alla norma dell'art. 29 d.lgs. n. 286/98, vale, infatti, per questa, come per ogni altra, il canone ermeneutico, di chiusura, della esegesi costituzionalmente adeguata. Laddove, ove plurimi, ed antagonisti, siano i valori costituzionali di riferimento (come, appunto, nel caso del ricongiungimento familiare, con riguardo al quale vengono in gioco, da un lato, l'esigenza di protezione dei minori e, dall'altro, la tutela democratica dei confini dello Stato), potrà considerarsi "adeguata" solo quella interpretazione, della norma ordinaria, che realizzi l'equo bilanciamento di tali superiori interessi, alla luce anche della scala di valori presupposta dal Costituente. Bilanciamento - questo - che con riguardo al t.u. sulle immigrazioni, la stessa Corte Costituzionale (Giudice naturale, in materia) ha già avuto appunto occasione di operare (in sede di controllo di legittimità di altre sue denunciate disposizioni), nel segno di una tendenziale prevalenza del valore di protezione del minore, anche in relazione al minore straniero, rispetto a quelli di difesa del territorio e contenimento dell'immigrazione (cfr. sent.ze nn. 198 e 205/2003). Prevalenza che, a maggior ragione appare peraltro coesistente ad una esegesi costituzionalmente orientata della disciplina sul ricongiungimento, per lo specifico profilo che qui viene un rilievo, ove si consideri che - mentre ai "pericoli di strumentalizzazione ai fini di elusione della normativa in materia di immigrazione", non irragionevolmente paventati dal Ministero ricorrente, può comunque porsi in qualche modo rimedio attraverso i controlli interni al complesso e articolato procedimento autorizzatorio che (previo nulla osta dello Sportello Unico per l'immigrazione e visto d'ingresso dell'autorità consolare) si conclude con il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari - una pregiudiziale esclusione (come quella che pretende l'Amministrazione) del requisito per il ricongiungimento familiare per i minori affidati in "Kafalah", penalizzerebbe (anche con vulnus al principio di eguaglianza) tutti i minori, di paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la Kafalah è - come si dirà - l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

4/2. Negli ordinamenti musulmani, infatti - stante la sancita illiceità di qualsiasi rapporto sessuale fuori dal matrimonio, l'esclusa giuridicità, ad ogni effetto, nei confronti del padre, dei figli naturali, e la considerazione di quelli adottati come "non veri figli" [Sura, XXXIII, versetto 4] - il dovere di fratellanza e di solidarietà, cui pure esorta il Corano [ivi, versetto 5], è assolto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, attraverso l'unico strumento, appunto, di tutela e protezione dell'infanzia, definito "Kafalah". Mediante il quale il minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia, ed assistenza (hadana) nell'ambito della propria famiglia (legittima), può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (kafil), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato (makful) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie. Ogni singolo Paese di area islamica ha disciplinato, in maniera più o meno dettagliata, la Kafalah. La quale - espressamente riconosciuta come istituto di protezione del fanciullo anche nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (sub. art. 20) - è nella maggior parte delle legislazioni disposta con procedura giudiziaria, o previo accordo (tra affidanti e affidatari) comunque autorizzato da un Giudice, e con previsione di autorizzazioni, da richiedersi dal kefil all'Autorità competente, per atti di particolare rilievo, come, tra l'altro, l'espatrio. E ciò anche nel caso specifico del Marocco (cui appartengono il richiedente e la minore di cui si discute), che ha regolato, con tali modalità, la Kafalah (non espressamente menzionata nel Code du statut personnel et successoral) nel (successivo) dahir portant loi n. 1-93-165 del 10 settembre 1993 e nell'ancor più recente d.p.l. n. 1-02-172 del 13 giugno 2002, intitolato alla "prise en charge des enfant abandonnes".

4/3. Venendo allora al secondo assunto dell'Avvocatura, non si vede (alla luce di una interpretazione costituzionalmente adeguata, come detto, della normativa di riferimento) come possa quindi pregiudizialmente escludersi, agli effetti del ricongiungimento familiare, l'equiparabilità della Kafalah islamica all'affidamento.

Atteso, in definitiva, che - fuori dai casi (per cui restano margini di dubbio) in cui la Kafalah abbia base esclusivamente negoziale, in assenza di controllo alcuno della autorità sull'idoneità dell'affidatario e l'effettività delle esigenze dell'affidamento (quale invece previsto dallo Stato del Marocco) - tra la Kafalah islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la Kafalah, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la Kafalah (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente a fino alla maggiore età dell'affidato.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

4/4. Per cui, conclusivamente, può darsi risposta affermativa al quesito di diritto, come sopra formulato, con enunciazione del principio per cui la Kafalah di diritto islamico, come disciplinata (nella specie) dalla legislazione del Marocco, può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare, e dare titolo allo stesso, ai sensi, dell'art. 29, co. 2, d. lgs. n. 286/1998.

5. Il principio così enunciato non si pone in contrasto con la precedente sentenza n. 21395/2005 di questa stessa Sezione che (occupandosi, per la prima volta, dell'istituto della Kafalah prevista dalla legge marocchina) ha bensì escluso il potere di rappresentanza legale dell'affidatario nei confronti di un makful espatriato in Italia (con riconoscimento della permanenza di un siffatto potere in capo all'autorità del Marocco competente), ma ciò per il profilo esclusivamente processuale della (denegata) legittimazione autonoma del kafil (nella specie per altro rappresentato da una coppia italiana) ad opporsi alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore - mentre, sul piano sostanziale, anche quella sentenza ha a sua volta, riconosciuto che "la kafalah attribuisce agli affidatari un potere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo".

5. Il ricorso va, pertanto, respinto."

(Cassazione, sentenza n. 7472/2008 depositata il 20 marzo 2008; in senso conforme, Cass. 18174/2008; Cass. 19734/2008)

Ferma restando la risposta al quesito in diritto, nel senso dell'equipollenza della kafala all'affidamento, ai fini di cui all'art. 29 del T.U., la giurisprudenza di merito ne ha delineato meglio i confini, nell'applicazione concreta, evidenziando (punto 4-2 della sentenza) come ogni singolo paese di area islamica ne abbia disciplinato, in maniera più o meno dettagliata, l'istituto e come, nella maggior parte delle legislazioni, l'affidamento sia disposto con procedura giudiziaria o previo accordo, comunque autorizzato da un Giudice, con previsione di autorizzazioni da richiedersi dall'affidatario all'Autorità competente, per atti di particolare rilievo, come l'espatrio.

In tal modo limitandone, ai fini del ricongiungimento, la corretta applicabilità ai soli casi di kafala giudiziaria, stabilendo che, proprio nei casi di accordo negoziale, non sorretto da verifica giurisdizionale nel paese di residenza del minore, esso non sia sufficiente a giustificare la domanda di ricongiungimento, quando dall'istruttoria, ne emerga la preordinazione unicamente a tal fine (come, ivi, si evince dal punto 4-1).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Il Tribunale di Genova, sempre a proposito di un minore marocchino, così si esprime nel decreto di seguito riportato: *“Occorre premettere che oggetto del presente giudizio è il riconoscimento, ai fini del ricongiungimento familiare, dell'affidamento volontario ai ricorrenti della minore ... disposto dalla madre, ... davanti ai Notai di Diritto Musulmano, presso il Tribunale di prima istanza di Rommani (Marocco).*

Ritiene questo Giudice il quale conosce e condivide l'orientamento giurisprudenziale che considera ricompreso l'istituto Musulmano della kafala ai fini del ricongiungimento familiare (si veda il precedente provvedimento di questo G.D. di accoglimento in data 7/1/2009, relativo ad una fattispecie sempre riguardante lo Stato del Marocco), corretto il provvedimento in data 15/5/2008, con il quale l'Ambasciata d' Italia ha ritenuto insussistenti i presupposti previsti dall'art. 29 del T.U. N. 286/98, come successivamente modificato, benché l'Ufficio Immigrazione di Genova avesse rilasciato nulla osta al ricongiungimento familiare.

Ed invero nel caso di specie risulta prodotta solo in copia la documentazione riguardante la minore e, soprattutto, non risulta essere stata effettuata dal Tribunale dello Stato del Marocco, come avvenuto nel precedente richiamato, alcuna valutazione in ordine allo stato di abbandono della minore, trattandosi, nel caso di specie, di affidamento volontario della figlia sedicenne da parte della madre che si trova in Marocco ai congiunti, i quali si trovano in Italia con regolare permesso di soggiorno e che già hanno ottenuto il ricongiungimento per la figlia minore.

In realtà, come altra sentenza di questo Tribunale, ha già riconosciuto, con pronuncia in data 3/6/2008, in ipotesi del tutto analoga, ponendo in particolare evidenza la mancanza di una effettiva convivenza tra i soggetti coinvolti, trattasi di strumento che non è stato utilizzato per la protezione di minori che non possono contare su diretti responsabili della genitorialità, ipotesi tutelata anche dalla normativa internazionale citata dalla ricorrente, quanto piuttosto per allargare le ipotesi di ricongiungimento a parenti non inclusi tra i responsabili della genitorialità, pur in presenza di genitore idoneo ad esercitare la potestà genitoriale, convivente con la minore.

In realtà nel caso in esame la forma di protezione della tutela diverrebbe efficace solo a seguito del ricongiungimento, mancando di qualsivoglia contenuto nella fase pregressa.

Deve pertanto trovare conferma il provvedimento impugnato con conseguente rigetto del ricorso. Spese compensate.” (Tribunale Civile di Genova, Decreto n. 3672/08 V.G. del 27/09/2009).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Si veda anche il decreto, sempre del Tribunale di Genova n. 847-316/08 R.G. V.G., del 31/05-03/06/08, che interviene su una richiesta di ricongiungimento familiare, proposta da cittadina ecuadoriana, paese (l' Ecuador) non di religione islamica, ma cristiano-cattolica, alla quale è stato negato correttamente dall'Ambasciata di Quito (Ecuador) il visto per la nipote minore a lei affidata con "atto volontario di tutela", laddove il Giudice così si esprime:

"In questo caso il ricongiungimento porterebbe non ad una conservazione di strumenti di tutela già in funzione, ma anzi ad una sostituzione della genitorialità naturale di strumenti di tutela che avrebbero come scopo non la protezione del minore, ma il suo ingresso nel nostro paese, trovando ospitalità presso un parente".

Buona prassi vorrebbe, in definitiva, una puntuale verifica, da parte dello Sportello Unico, mediante idonea istruttoria, limitata ai casi di affidamento "consensuale", stipulato per contratto e non sottoposto a sindacato giurisdizionale, circa i presupposti, le intenzioni e le finalità volute delle parti, dichiarando non idonei, per il ricongiungimento, quei patti, all'evidenza, finalizzati al solo ingresso del minore, in ipotesi, neppure in stato di abbandono.

L'indagine potrà essere condotta con i mezzi ordinariamente a disposizione, esaminando la documentazione prodotta, richiedendone di nuova e, in particolare, assumendo specifiche informazioni anche per il tramite delle autorità diplomatiche.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO IV

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO PER L'EMERSIONE DEL LAVORO IRREGOLARE (D.L. 9/9/2002, N. 195 CONVERTITO IN LEGGE 9/10/2002, N. 222 -- LEGGE 102/2009) INCIDENZA E RAPPORTI DERIVANTI DA PROVVEDIMENTI ESPULSIVI

In materia di emersione dal lavoro irregolare, appare opportuno richiamare, anzitutto, una fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato, nel cui ambito vengono consolidati due essenziali principi:

- insufficienza della semplice denuncia per reati ostativi ai fini del diniego dell'emersione;
- equipollenza della sentenza c.d. "patteggiata" con l'ordinaria sentenza di condanna, ai fini del rigetto della domanda di regolarizzazione.

Il Consiglio di Stato si esprime, in particolare sul secondo aspetto, nei termini seguenti.

“Il Collegio ritiene che l'appello non possa trovare accoglimento, in presenza di un diniego di regolarizzazione escluso dalla normativa vigente, nonché per manifesta infondatezza delle censure di incostituzionalità, sollevate in rapporto alla normativa stessa.

Per quanto riguarda infatti, in primo luogo, l'eccezione di incostituzionalità della norma applicata nel caso di specie (art. 1, comma 8, lettera c del D.L. n. 195/02), sotto il profilo della lieve entità del fatto commesso, non può non rilevarsi che la Suprema Corte – pur ritenendo insufficiente, ai fini dell'applicazione della norma stessa – una mera denuncia (sentenza n. 78/2005 cit), non ha in alcun modo escluso che fossero ostativa alla regolarizzazione sentenze di condanna e, anzi, con riferimento alla medesima normativa, comma 8, lettera a), non ha ravvisato l'incostituzionalità della disposizione, che preclude la legalizzazione del lavoro irregolare dei cittadini extracomunitari, che fossero già stati destinatari di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Una disposizione, quella appena richiamata, che risulta applicabile anche ove la predetta modalità di espulsione fosse riconducibile non a motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, ma al mero ingresso clandestino in Italia e all'assenza di documenti, ovvero alla permanenza sul territorio nazionale al di là del termine fissato in un decreto di espulsione: quanto sopra, non essendo stata ravvisata manifesta irragionevolezza di una disposizione, che penalizza “...la pervicace volontà di rimanere in Italia”, con sottrazione ai normali controlli (Corte Cost. 26.5.2006, n. 206).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

In più occasioni, del resto, la Suprema Corte ha sottolineato l'ampia discrezionalità del legislatore nella materia di cui trattasi, in quanto materia collegata a svariati interessi pubblici, fra cui la sicurezza, la sanità, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione (Corte Cost., nn. 62/1994, 144/1970 e 104/1969).

Sarebbe ben difficile ipotizzare, pertanto, che non rientrasse nella predetta discrezionalità la preclusa regolarizzazione di chi avesse riportato condanne penali per determinate tipologie di reati, anche a prescindere dall'entità dell'infrazione.

Quanto alla natura delle sentenze di patteggiamento, ex art. 444 c.p.p., deve essere ricordata la legge 27.3.2001, n. 97, il cui art. 1 ha modificato l'art. 653, comma 1 bis c.p.p., in base al quale “la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; la medesima legge n. 97/01 (e, successivamente, la legge 12.6.2003, n. 134) hanno poi modificato l'art. 445, comma 1, c.p.p., stabilendo che la sentenza di condanna emessa a seguito di patteggiamento non abbia effetto nei giudizi civili o amministrativi, “salvo quanto previsto dall'art. 653”; in assenza di diverse disposizioni di legge, inoltre, la sentenza stessa “è equiparata ad una pronuncia di condanna”.

A tale riguardo la Corte Costituzionale – con sentenza n. 394 del 25.7.2002 – ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10, comma 1, della legge 27.3.2001, n. 97, “nella parte in cui prevede che gli articoli 1 e 2 della stessa legge si riferiscono anche alle sentenze di applicazione della pena su richiesta, pronunciate anteriormente alla sua entrata in vigore”; nel caso di specie, tuttavia, la sentenza di condanna ostativa alla regolarizzazione risulta emessa nel 2003, con conseguente insussistenza delle ragioni di affidamento, che la Suprema Corte riconosceva solo in funzione di una applicazione retroattiva, originariamente prevista, della disposizione in esame.

La predetta equiparazione della sentenza patteggiata a sentenza di condanna, d'altra parte, non appare di per sè irragionevole, implicando il patteggiamento solo una riduzione di pena per motivi di economia processuale, ma non anche un diverso giudizio di disvalore della condotta, qualificata dall'ordinamento come reato (condotta che il patteggiamento non esclude sul piano oggettivo, essendovi spontanea rinuncia al relativo accertamento in via dibattimentale).

La manifesta infondatezza di eventuali questioni di costituzionalità delle norme sopra richiamate, infine, non può venire meno per la peculiare posizione dei lavoratori extracomunitari, in quanto costituirebbe irragionevole disparità di trattamento, a favore di questi ultimi, una permanente



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

distinzione fra sentenze patteggiate e sentenze di condanna ed incidendo, d'altra parte, l'assenza di possibili distinzioni sul profilo specifico della pericolosità sociale, che il legislatore ha collegato in via assoluta (e, ancora una volta, non irragionevole, in rapporto alle complesse problematiche del fenomeno immigratorio) a determinate tipologie di reato.

Rientra fra tali tipologie – per quanto risulta dagli atti di causa, non confutabili sul punto con meri scritti difensivi – il reato oggetto della condanna di cui si discute, emessa ai sensi dell'art. 648 del codice penale e quindi per ricettazione, implicante pena edittale alla reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, con conseguente riconduzione della fattispecie all'ambito applicativo dell'art. 381, comma 1, c.p.p..

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma sia della sentenza appellata che dell'atto impugnato in primo grado di giudizio; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio stesso ne ritiene equa la compensazione, tenuto conto della complessità di indirizzi legislativi, sui quali si è più volte pronunciata la Corte Costituzionale. (Consiglio di Stato – Sezione Sesta giurisdizionale – Sent. N. 1683-09 del 03/02-19/03/2009).

Con una ulteriore, importante e recentissima pronuncia il Consiglio di Stato ha ribadito la necessità, ai fini dell'emersione, del perfezionamento del periodo trimestrale di lavoro, da parte dello straniero, alle dipendenze del datore richiedente, non bastando che il rapporto irregolare sia solo iniziato nel trimestre pregresso.

“Deve all'uopo rammentarsi che l'art. 1, comma 1 del D.L. 9 settembre 2002, n. 195, conv. in L. 9 ottobre 2002, n. 222 ha stabilito che “chiunque, nell'esercizio di un'attività di impresa sia in forma individuale che societaria, ha occupato, nei tre mesi antecedenti la data di entrata in vigore del presente decreto, alle proprie dipendenze lavoratori extracomunitari in posizione irregolare, può denunciare, entro la data dell'11 novembre 2002, la sussistenza del rapporto di lavoro alla Prefettura - Ufficio territoriale del Governo competente per territorio, mediante la presentazione, a proprie spese, di apposita dichiarazione attraverso gli uffici postali. Qualora si tratti di società operanti in Italia, la denuncia è sottoscritta e presentata dal legale rappresentante. A tutti gli effetti, la data di presentazione è quella recata dal timbro dell'ufficio postale accettante. La dichiarazione di emersione è presentata dal richiedente, a proprie spese, agli uffici postali”.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

“In sede di prima applicazione della citata disposizione, numerose decisioni di primo grado ebbero a fornire una interpretazione ampliativa della medesima, coincidente con quella contenuta nella decisione appellata in epigrafe e censurata dalla difesa erariale.

Più di recente, la giurisprudenza ha radicalmente rivisto tale orientamento ed è pervenuta al convincimento che è” legittimo il diniego di regolarizzazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 195 del 2002, conv. in l. n. 222 del 2002, per mancanza di un'occupazione lavorativa durante l'intero periodo preso a riferimento dal legislatore (10 giugno-10 settembre 2002), atteso che la soluzione interpretativa della legge in base alla quale si esclude la necessità di una prestazione lavorativa di carattere continuativo per l'intero periodo di tre mesi risulta incompatibile con il sistema delineato dalla normativa in questione (in quanto il contributo richiesto dal comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 195 del 2002 è correlato all'attività lavorativa svoltasi per un intero trimestre), oltre che con le finalità proprie della normativa stessa (che non sono nel senso di assecondare iniziative concernenti situazioni che possono rappresentare la dissimulazione di un rapporto fittizio o sorto unicamente per la sola finalità della regolarizzazione).” (Consiglio Stato , sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4643).

“Con ciò la giurisprudenza si è uniformata ad un completo ed approfondito arresto dell'Adunanza Plenaria, secondo cui “la norma di cui all'art. 1, comma 1, d.l. 9 settembre 2002, n. 195, nonché quella analoga dell'art. 33 l. 30 luglio 2002 n. 189, avendo la specifica finalità di consentire, in via eccezionale, la “legalizzazione” di situazioni di lavoro irregolare verificatesi nei tre mesi antecedenti alla data del 10 settembre 2002, ossia la regolarizzazione di un rapporto di lavoro il dipendente già instaurato, può trovare corretta applicazione soltanto nei casi in cui l'attività lavorativa in parola, avendo avuto almeno la durata minima di un trimestre, fissata dalla norma di legge, risulti idonea ad offrire un sufficiente affidamento per la esistenza di un serio impegno lavorativo e la effettiva prosecuzione e la possibile successiva stabilizzazione del rapporto, apparendo chiaramente estranea alle finalità delle norme in parola quella di assecondare iniziative concernenti situazioni le quali, per la scarsa durata e per la conseguente precarietà che le caratterizza, possono rappresentare la dissimulazione di un rapporto fittizio o sorto unicamente per la sola finalità di regolarizzazione.” (Consiglio di Stato – VI Sez. giurisd. – Sentenza n. 7763 del 10/11/09-11/12/09).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

4.a)--Procedimento per l'espulsione amministrativa (art. 13 T.U. n.286/1998).

In materia di espulsioni, a fronte di prassi interpretative ormai consolidate, non sono state ultimamente evidenziate difficoltà particolari o particolarmente frequenti; non sarà, inutile, tuttavia, ribadire la necessità di una puntuale e congrua motivazione, come rammenta la Suprema Corte, nella sua recente ordinanza:

L'obbligo di motivazione del decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero - di cui al comma terzo dell'art. 13 del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - comporta che in esso **sia chiaramente esposta la specifica situazione di fatto assunta a presupposto ed autorizzante l'espulsione, contestazione in fatto che costituisce elemento del tutto immutabile**. Solo alla stregua di essa l'espellendo è in grado di apprestare le sue difese dinanzi al giudice dell'opposizione, essendo irrilevanti, nel decreto, eventuali erronee evocazioni delle norme di legge, non attagliantisi all'ipotesi di fatto contestata, sempreché dall'errato richiamo non discenda confusione che possa indurre errore scusabile nell'apprestamento delle dette difese (nella specie, la S.C. ha escluso che nel decreto di espulsione che addebitava alla straniera il fatto di essere entrata in Italia senza avere poi tempestivamente richiesto il titolo di soggiorno fosse ravvisabile contraddittorietà della motivazione, per essere stato richiamato l'art. 13, comma secondo, lettera a - evocante un'entrata clandestina -, in luogo dell'art. 5, comma secondo, del testo unico, potendo integrare l'erronea evocazione della disposizione mero errore materiale) (Sez. 1, Sentenza n. 1828 del 7/02/2003). ... L'obbligo di motivazione del decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero - di cui al terzo comma dell'art. 13 D.Lgs. 286/1998 - deve essere inteso in funzione dello scopo della motivazione stessa, che è quello di consentire al destinatario la tempestiva tutela dei propri diritti mediante l'opposizione, facendo, cioè, valere le proprie ragioni dinanzi al giudice chiamato ad esercitare il dovuto controllo giurisdizionale sull'atto, onde detto obbligo, pur quando non siano state indicate le norme di legge violate, deve ritenersi soddisfatto se il provvedimento, pur senza indicarli direttamente, richiami purtuttavia, anche solo in sintesi, gli elementi necessari e sufficienti dei quali, con la normale diligenza, sia possibile la cognizione certa e completa, affinché il destinatario possa individuare la violazione addebitatagli cui si riferisce la misura adottata" (Sez. 1, Sentenza n. 6535 del 7/05/2002).
Alla luce di tutti i principi innanzi esposti - di cui il giudice del rinvio dovrà tenere conto nel riesaminare la causa - il provvedimento impugnato deve essere cassato, mancando in esso ogni risposta al punto 2) dei motivi di ricorso in ordine alla insussistenza della violazione contestata al ricorrente e mancanza dei presupposti di fatto per l'emissione del provvedimento. Lacuna che non poteva essere giustificata con l'affermazione per la quale "per Giurisprudenza costante della S.C. rientra in pieno nel cosiddetto potere di discrezionalità della P.A. ossia la facoltà di specificare



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

e/o giustificare i motivi posti alla base dell'emissione dei prestampati il cui contenuto non può e non deve in alcun modo essere valutato dal G. di P., ben potendosi adire alla Magistratura Amministrativa nella sede Giurisdizionale del Tribunale Amministrativo regionale competente". Ciò tenuto conto del principio - innanzi richiamato - per il quale il giudice di pace è "tenuto a verificare la carenza di un titolo che giustificasse la presenza del ricorrente sul territorio nazionale" (Cass., Sez. U, Sentenza n. 22217 del 2006), mentre nella concreta fattispecie dal provvedimento impugnato non è dato evincere neppure sulla base di quali presupposti il provvedimento amministrativo impugnato sia stato emesso. (Cass. Sez. I, Ordinanza n. 462 del 13 gennaio 2010).

Appare, altresì, di indubbia utilità la diffusione dei principi stabiliti dalla Suprema Corte di Cassazione, nella sua recentissima decisione che, ancorché riferita alla fattispecie regolata dall'art. 31 del T.U., non può non indurre conseguenze di rilievo, nell'ambito in esame.

4.b)--Condizioni di espellibilità dei genitori di minori.

Il Supremo Collegio, rettificando un precedente orientamento, ha inteso limitare i casi di autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale di genitori clandestini di minori a situazioni di emergenza, senza possibilità di interpretazioni estensive e ritenendo, in genere, prevalente la tutela della legalità e della sicurezza, rispetto alle esigenze del minore non connotate da elementi di assoluta e dimostrata eccezionalità.

“SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il cittadino albanese ---, con ricorso 15 novembre 2007 proposto innanzi al Tribunale per i minorenni di Milano, chiese di essere autorizzato ai sensi dell'art. 31 del T.U. sull'Immigrazione alla temporanea permanenza sul territorio nazionale anche in deroga alle altre norme del d.lgs. n. 286 del 1998 nell'interesse dei figli minori --- e --- nati dal matrimonio celebrato il 26 febbraio 1997 con ---, titolare di permesso di soggiorno ed in attesa della cittadinanza italiana a seguito di adozione da parte del sig. ---, pronunciata con sentenza n. 15/2005 dal Tribunale di Busto Arsizio.

Il Tribunale adito respinse l'istanza con decreto 24 settembre 2008 che, impugnato dall'istante innanzi alla Corte d'appello di Milano, è stato confermato con decreto n. 1009 depositato il 5 febbraio 2009.

Avverso tale pronuncia --- ha proposto il presente ricorso per cassazione in basa a due motivi.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorrente col primo motivo, articolato in duplice profilo e corredato di conclusivo e pertinente quesito di diritto, deduce

1.- violazione dell'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 e dell'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia. Sostiene a conforto che la circostanza che la presenza del genitore di un minore straniero è indispensabile, sia per l'attuazione di un processo positivo d'individuazione-separazione, sia per il sano sviluppo psico-fisico, concreta la condizione transeunte ed eccezionale che legittima la deroga agli ordinari principi in tema d'immigrazione;

2.- violazione dell'art. 115 c.p.c. per non aver la Corte territoriale preso in esame prova decisiva, rappresentata dalla relazione redatta dai servizi sociali del Comune di Gallarate su incarico del Tribunale per i minori, da cui era emerso che il suo allontanamento dalla famiglia comporterebbe “non solo destabilizzarla, ma riguardo ai figli, un vero e proprio depauperamento sentimentale che andrebbe necessariamente ad incidere sul loro futuro”, e che approfondiva nel resto le condizioni di disagio quanto meno del figlio ---.

Col secondo motivo il ricorrente deduce vizio d'omessa ed illogica motivazione, deducendone la non attinenza alle ragioni sottostanti la domanda, fondata sulla rappresentata necessità di completare il faticoso percorso di riavvicinamento ai propri figli, da tempo avviato.

Il primo motivo è privo di fondamento.

La Corte territoriale ha respinto il reclamo proposto dall'odierno ricorrente in ragione dell'accertata insussistenza di una qualche situazione eccezionale e contingente relativa ai figli minori, tale da integrare il presupposto necessario della rivendicata autorizzazione al genitore, privo di permesso di soggiorno, alla permanenza in territorio italiano, che non può concretarsi nella condizione di mero disagio del minore, quale quella rappresentata come eccezionale nel ricorso, dipendente dall'incertezza relativa al completamento del ciclo scolastico, laddove il minore ha il diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione.

Tale statuizione, sorretta da puntuale tessuto argomentativo e fondata sull'apprezzamento delle circostanze dedotte dal ricorrente a sostegno del reclamo, è immune da critica. Fonda infatti l'approdo conclusivo sull'interpretazione del disposto normativo dell'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 condotta nel solco dell'indirizzo esegetico ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, che ha ravvisato le esigenze di tutela del minore che si trovi nel territorio italiano che consentono al suo familiare la permanenza per un periodo di tempo determinato, solo se i gravi



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore concretino una situazione d'emergenza rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso, che il Tribunale per i minori accerti, anche attraverso c.t.u., essere eccezionale e temporanea, e ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore, sia fisico che psichico, tanto da richiedere la presenza del genitore nel territorio dello Stato.

Tenendo ben presente l'inserimento della disposizione normativa nell'ambito delle norme contenute nel titolo IV del t.u. finalizzate all'unità familiare, suddetta ricostruzione della voluntas legis, necessariamente restrittiva in ragione della natura eccezionale del dettato normativo che prevede l'autorizzazione in discorso "anche in deroga alle altre disposizioni" della legge, subordina la necessità di garantire al minore che il suo ordinario processo educativo, formativo o scolastico, si realizzi con l'assistenza del genitore che merita invece di essere allontanato dal territorio italiano, al più generale interesse della tutela delle frontiere, che si esprime nelle esigenze di ordine pubblico che convalidano il decreto d'espulsione. In questo contesto sistematico, privilegia suddetta esigenza, dandovi concreta attuazione, solo se, apprezzata in relazione all'età ed alle condizioni del minore, assuma carattere di emergenza, non necessariamente correlata a condizioni di salute, e sia altresì contingente ed eccezionale, dunque non abbia tendenziale stabilità.

Appare invero evidente che la specifica previsione che l'ingresso o la permanenza del familiare possono essere autorizzati "per un periodo di tempo determinato" non è compatibile con la tutela di situazioni caratterizzate da essenziale normalità e tendenziale stabilità, in quanto collegate al normale processo educativo-formativo del minore.

Il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia del resto trova adeguata garanzia nel riconoscimento del diritto all'unità familiare, regolato dagli artt. 29 e 30 d.lgs. cit., che lo tutelano attraverso l'istituto del ricongiungimento, il quale può essere invocato soltanto nell'ipotesi di regolare presenza in Italia del genitore o del minore, laddove, del resto, quest'ultimo, ai sensi dell'art. 19, secondo comma, d.lgs. cit., ha diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione (cfr., ex plurimis, Cass n. 11624/2001, n. 3991/2002, n. 9088/2002, n. 17194/2003, n. 4301/2004, n. 396/2006).

La tesi opposta, propugnata dal ricorrente, fondata sulla natura autonoma della disposizione contenuta nell'art. 31 consentirebbe lo stabile radicamento nel territorio italiano di siffatto nucleo e finirebbe col "legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri strumentalizzando l'infanzia".



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Ad ulteriore conferma, i recenti arresti n. 747/2007 e n. 10135/2007, postisi in continuità con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 22216 del 2006, hanno escluso dal paradigma del disposto normativo le esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione nel tessuto sociale che renda le condizioni di vita del minore consone alle esigenze evolutive proprie dell'età e migliori rispetto a quelle godute o godibili nel paese di origine o altrove, in quanto si ricollegano al normale processo educativo-formativo del minore stesso e sono perciò d'indeterminabile o lunghissima durata. Indi successiva sentenza n. 4197/2008 ha affermato la compatibilità di tale interpretazione con l'art. 3 della Convenzione di New York 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata con Legge 27 maggio 1991 n. 175 e richiamata dall'art. 28 dello stesso d.lgs n. 286/1998 in tema di diritto all'unità familiare, che attribuisce efficacia preminente all'interesse superiore del fanciullo, chiarendo che le esigenze di legalità sottese all'espulsione non sono recessive rispetto al suddetto interesse, atteso peraltro che la convenzione rappresenta norma d'indirizzo generale che non ha portata né generale né illimitata. La conclusione, nonostante il richiamo nel testo normativo al diritto all'unità familiare protetto dalla convenzione, in uno sforzo di equo bilanciamento tra le esigenze rappresentate dal legislatore, ha valorizzato il criterio interpretativo sistematico attribuendo prevalenza al diritto all'unità familiare, rubricato nello stesso art. 31 "a favore del minore", rispetto al generale interesse alla legalità solo nei casi che secondo corretta esegesi, condotta alla stregua della stessa lettera della norma, possano giustificare la prevista, e per sua stessa natura eccezionale, "deroga".

Il bilanciamento dell'interesse dello straniero alla permanenza nel territorio dello Stato con altri valori dotati di tutela costituzionale nel senso più rigoroso innanzi prospettato trova ulteriore conferma nel disposto dell'art. 28 lett. c) del regolamento di attuazione del t.u. (d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394), che in relazione al divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita (art. 19 comma 2 lett. d) del t.u.) prevede il rilascio del permesso di soggiorno "per cure mediche, per il tempo attestato mediante idonea certificazione sanitaria".

È noto a questo collegio che a diversa soluzione è pervenuta questa Corte con la sentenza n. 22080 del 2009, che ha ritenuto ipotizzabile la grave compromissione del diritto del minore ad un percorso di crescita armonico e compiuto derivante dall'allontanamento di un genitore. L'arresto, isolato nel complessivo panorama giurisprudenziale, si pone in contrasto inconsapevole con il consolidato indirizzo esegetico riferito in quanto non coltiva, nel suo articolato tessuto argomentativo, alcun argomento critico che lo smentisca o ne confuti la correttezza in chiave esegetica. Improntata all'esigenza di tutela del superiore interesse del fanciullo, inquadrata nel complessivo contrasto di protezione sia costituzionale che convenzionale internazionale, la decisione affronta la tematica dell'istituto in questa segmentata prospettiva, offrendone una lettura apparentemente estensiva ma in realtà riduttiva, in quanto orientata alla sola salvaguardia delle esigenze del minore, omettendone l'inquadramento sistematico nel complessivo impianto normativo, alla cui voluntas, rimasta inesplorata, non risulta attribuita



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

alcuna rilevanza ermeneutica benché, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, l'intenzione del legislatore funga da criterio comprimario nella ricostruzione della mens legis.

Analogamente, l'ordinanza di questa Corte n. 823/2010, emessa ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c., che richiama il precedente sopra indicato, asserendo che l'allontanamento di un genitore o l'impossibilità anche solo di vederlo costituisce un sicuro danno che può porre in pericolo il suo sviluppo psico-fisico, non ripercorre, tanto meno confuta espressamente l'esegesi consolidata, cui la relazione del relatore nominato ai sensi dell'art. 377 c.p.c. aveva fatto riferimento. Non si ritiene pertanto di trarre da tale ultimissima giurisprudenza alcun argomento che, nonostante il contrasto col pregresso consolidato orientamento, induca ad una sua rivisitazione o alla rimessione alle sezioni unite.

Muovendo da esatti presupposti, la Corte territoriale col decreto impugnato ha concluso nel senso che l'art. 31 del testo unico non può essere diretto a salvaguardare la normale situazione di convivenza dei minori con il proprio genitore, essendo invece essa correlata esclusivamente alla sussistenza di situazioni particolari, le quali non possono assumere carattere di normalità e stabilità collegate al ciclo scolastico. Può aggiungersi che il fatto che essi si siano inseriti con profitto nella scuola e che ivi abbiano intrecciato stabili amicizie non è circostanza eccezionale né transeunte, poiché la scolarizzazione dei minori medesimi fino al compimento dell'istruzione obbligatoria rappresenta un'esigenza ordinaria, collegata al loro normale processo educativo-formativo.

Appare, quindi, palese come la Corte territoriale abbia fatto corretta applicazione dei principi sopra enunciati.

L'esigenza rappresentata dal ricorrente e ribadita anche nel presente ricorso si correla a situazione normale, siccome relativa alle comuni necessità evolutive proprie dell'età, destinata a durare non già per un tempo determinato ma almeno sino alla maggiore età dei suoi figli.

Il secondo motivo è inammissibile in quanto non espone quesito che, sia pur omettendo rigidità formali, concretizzi in un'esposizione chiara e sintetica il fatto controverso, in relazione al quale si assume la sussistenza del vizio di motivazione, ed illustri il successivo momento di sintesi attraverso cui poter cogliere la fondatezza dalla censura (Cass. S.U. n. 16528/2008, Cass. n. 4556/2009).

Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato. ... (Cassazione, Sezione I Civile, Sentenza n. 5856 del 14/01-10/03/2010).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Per completezza di esposizione ed in relazione ad eventuali procedimenti diversamente definiti, va ricordato che la stessa Suprema Corte si era in precedenza ed altrettanto recentemente, così espressa: “... *La ratio della previsione, eccezionale perché costituisce deroga alle altre disposizioni del Dlgs. 286/98 sulla presenza dello straniero sul territorio nazionale, va individuata in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori.*”

Va per di più considerato che la norma in esame individua due differenti ipotesi, l'autorizzazione all'ingresso in Italia del genitore che si trova all'estero, ovvero alla permanenza del genitore che già si trova in Italia, da cui potrebbero derivare, una diversa valutazione dei gravi motivi (così Cass. sez. un. n. 22216 del 2006, la quale aggiunge che la presenza di gravi motivi dovrebbe essere puntualmente dedotta e accertata, solo in caso di autorizzazione all'ingresso del familiare; ciò non potrebbe valere sempre e comunque, quando venga, come nella specie, richiesta l'autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore, già presente, che altrimenti dovrebbe immediatamente allontanarsi: i gravi motivi potrebbero essere attuali, ma pure dedotti quale possibile (o magari probabile) conseguenza dell'improvviso allontanamento del genitore).

Invero, non può ragionevolmente dubitarsi che, per un minore, specie se in tenerissima età, subire l'allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui e di poterlo anche soltanto vedere, costituisca un sicuro danno che può porre in serio pericolo lo sviluppo psicofisico, armonico e compiuto.

Né si può ritenere che l'interesse del minore venga strumentalizzato al solo fine di legittimare la presenza di soggetti privi dei requisiti dovuti per la permanenza in Italia. Com'è noto, l'art. 31, più volte ricordato, riconosce allo straniero adulto la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno, necessariamente temporaneo o non convertibile in permesso per motivi di lavoro”.
(Cassazione, I Sez. Civile, n. 823 del 19/01/2010).

In tale situazione di fluidità giurisprudenziale, può ravvisarsi l'opportunità di un attento esame delle singole fattispecie, all'esito di una penetrante istruttoria, per individuare le condizioni di rilevante eccezionalità e temporaneità, tali da legittimare la deroga di cui all'art. 31 del T.U..

Una convincente motivazione, peraltro, sarà opportuna in caso di diniego, ispirata alla giurisprudenza, ormai restrittiva, della Suprema Corte.

Debbono, altresì, richiamarsi alcune precisazioni in ordine ad aspetti problematici residuali, segnalati da singole strutture territoriali.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

4.c)--Espulsione a seguito di diniego di rinnovo di permesso di soggiorno di soggetto già espulso sotto altre generalità titolare di successivo nulla osta al lavoro e inserito nel contesto sociale.

Con la più volte richiamata circolare n. 4615 del 13/08/09, sono state chiarite talune perplessità circa la possibilità di revoca del provvedimento inibitorio al reingresso (ed al conseguente rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno), in relazione a stranieri già espulsi sotto generalità non proprie, ammessi al rientro nell'ambito dei flussi, con le vere generalità, ai quali è stato poi negato il rinnovo del permesso di soggiorno in occasione degli accertamenti foto dattiloscopici, quando già risultavano inseriti nel contesto socio economico.

Al riguardo, è stato precisato come, in tali situazioni, non “possa prescindere dal comportamento doloso del soggetto che non solo è entrato illegalmente sul suolo italiano, ma ha coscientemente declinato false generalità ai pubblici ufficiali incaricati delle verifiche, rappresentando stati e condizioni personali non corrispondenti a verità, nel tentativo di ingannare le istituzioni.

Una tale condotta, a prescindere dalla rilevanza in ambito penale, non può ragionevolmente risolversi in senso positivo per l'autore e connota, all'evidenza, la pericolosità del soggetto, in misura più o meno grave, in ragione del contesto in cui si è consumata.

Difformemente dall'indirizzo ministeriale sembrano, peraltro, esprimersi taluni interpreti di primo grado, ritenendo insufficiente la sola declinazione di false generalità (in quanto reato non ricompreso nella previsione ostativa di cui all'art. 4, terzo comma, del T.U.), o l'assoggettamento pregresso a provvedimento espulsivo, ritenendo prevalente l'avvenuto radicamento nel tessuto socio economico, tale da escludere ogni presunzione di pericolosità sociale (TAR Campania – Napoli – n. 1656-05 Reg. Sent. del 09/02/05, oltre alla richiamata Sent. n. 1524-08 del 10/04/1998 del TAR Emilia-Romagna - Bologna).

In senso conforme alle linee guida ministeriali depone, invece, la giurisprudenza amministrativa più recente, statuendo, già in primo grado, che “*in caso di ottenimento di un permesso di soggiorno mediante l'esibizione di documenti falsi, risulta irrilevante il profilo della eventuale responsabilità penale del cittadino extracomunitario, essendo sufficiente, ai fini dell'annullamento o del diniego del permesso, l'oggettiva falsità dei documenti esibiti all'Amministrazione*” (cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 3.12.2009, Sentenza breve n. 5271, con la giurisprudenza ivi richiamata) -. (TAR Lombardia, Milano, Sentenza n. 6270/2009 del 15-29/12/2009).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Ma, soprattutto, appare confermativo dell'indirizzo assunto dall'Amministrazione, l'autorevole pronuncia del Consiglio di Stato, che affronta la problematica derivante dal rigetto di una domanda di permesso di soggiorno, per attesa occupazione, introducendo una rilevante, analitica distinzione derivante dalla qualificazione giuridica dei titoli autorizzatori:

“Va quindi ribadito che il permesso di soggiorno in attesa di occupazione è cosa diversa dal permesso di soggiorno rilasciato dopo la legalizzazione del rapporto di lavoro irregolare e rientra nello stesso regime dell'ordinario permesso di soggiorno ex D.lgs 286\1998;

- esso, pertanto, non può essere rilasciato quando mancano i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nello Stato italiano, come dispone l'art.5, comma 5, del D.lgs 286\1998, tenuto conto che, ai sensi del precedente art.4, comma 6, s.l., l'ingresso nel territorio dello Stato è vietato agli stranieri espulsi, “salvo che non abbiano ottenuto la speciale autorizzazione o che sia trascorso il periodo di divieto di ingresso”, condizioni a cui non ha ottemperato il ricorrente;

- l'impossibilità di rilascio in presenza di intervenuta espulsione differenzia la disciplina del caso in esame dall'ipotesi di regolarizzazione del lavoro irregolare, secondo quanto previsto dall'art.1, comma 8 della legge n. 222\2002, disciplina in cui non rientra più la posizione del ricorrente, a seguito dell'ormai inoppugnabile definizione in senso negativo della relativa istanza proposta dal suo ex datore di lavoro. Il diniego di rilascio del permesso di soggiorno, quindi, non è subordinato, dagli artt. 4 e 5 del D.lgs.286\1998, alla valutazione della pericolosità dello straniero o alla presenza di particolari precedenti penali a suo carico, né è prevista deroga se nel frattempo si è inserito sotto il profilo sociale, rendendosi così non pertinenti le censure svolte sotto questi profili nel ricorso e in appello, basate sull'erroneo presupposto che la disciplina applicabile permanga quella posta dalla legge 222\2002 (anche se è peraltro da notare che la regolarizzazione, in base all'art.1, comma 8, della l.222\2002, non può essere concessa se il provvedimento di espulsione non è revocabile e, quindi, come precisa la stessa norma, allorché il destinatario, come il ricorrente, abbia lasciato il territorio nazionale e si trovi nelle condizioni di cui all'art.13, comma 13, del D.lgs. 286\98, cioè non sia rientrato nel territorio dello Stato in base a speciale autorizzazione del Ministro dell'interno, dal che si desume che il provvedimento espulsivo, non revocabile, era ostativo pure alla regolarizzazione, al di là della sua archiviazione disposta a seguito di licenziamento);



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

- poiché a seguito dei rilievi fotodattiloscopici il ricorrente risultava, sia pure sotto false generalità (in relazione alla data di nascita, 22.2.1982 anziché 22.3.1982) già destinatario del provvedimento di espulsione suddetto, in quanto “clandestino”, il richiesto permesso è stato correttamente negato dalla Questura di Pesaro, senza che, appunto si dovesse procedere ad ulteriori indagini sulla condotta tenuta nel periodo di permanenza nel territorio dello Stato e sulla sua situazione lavorativa, stante il regime ordinario di rilascio del permesso di soggiorno a cui era sottoposto il ricorrente;

- l'accertamento fotodattiloscopico, espressamente previsto dall'art.5, comma 2 bis, del D.lgs 286/1998 ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, è legislativamente idoneo e sufficiente all'identificazione personale del richiedente, anche e specialmente in relazione a precedenti atti e rapporti intrattenuti con le Autorità preposte all'immigrazione, senza che il relativo esito possa essere posto in dubbio in mancanza di specifica querela di falso, e senza che tale metodologia risulti irragionevole e compressiva dei diritti costituzionalmente garantiti, possedendo una consolidata affidabilità scientifica e apparendo l'unico mezzo proporzionato e ragionevole disponibile per l'identificazione personale in condizioni peculiari ove rileva la tutela della sicurezza pubblica.” (Consiglio di Stato, Sezione VI Giur. – n. 2199-06 del 13/12/05-20/04/2006).

Nella fattispecie in considerazione, conseguentemente, non può che trovare applicazione l'autorevole indirizzo del Consiglio di Stato, posto che, in presenza di richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno (momento in cui emerge la condotta illecita pregressa dello straniero, espulso in precedenza come “alias”), la previsione normativa applicabile appare indubbiamente quella “ordinaria”, in relazione a cui la valutazione è necessariamente quella più restrittiva, indicata nelle linee guida.

4.d)--Espulsione di soggetto convivente con minore.

La Suprema Corte di Cassazione ha accolto l'impugnazione dell'Amministrazione avverso il decreto con cui il Giudice di pace aveva annullato il decreto di espulsione emesso nei confronti di uno straniero trattenutosi in Italia, senza il permesso di soggiorno, rilevando che conviveva con figlio minore della sorella, cittadino italiano.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La decisione, per la sua evidente rilevanza, merita di essere riportata per esteso, nella sua parte motiva:

“Il dicastero ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 19, comma secondo, d.lgs. n. 286/1998, assumendo quale presupposto del divieto di espulsione la convivenza con parente italiano entro il quarto grado espressamente voluta da quest'ultimo, che, quindi, deve possedere la capacità di agire.

In altri termini, la norma non può essere applicata se il cittadino italiano non sia in grado di esprimere la volontà di instaurare con il parente straniero una comunione di vita che giustifica, in nome del prevalente interesse all'unità familiare, la sottrazione dello straniero alle regole generali che vietano il permanere nel territorio di chi non sia in regola con le disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno in Italia.

(...) Il giudice a quo ha applicato una disposizione di legge (art. 19 comma 2, lett. c), del T.U. n. 286/1998) evidentemente dettata a tutela del diritto al mantenimento dell'unità familiare.

Già la Corte costituzionale, con ordinanza del 20 luglio 2000, n. 313, ha considerato che la previsione del divieto di espulsione per lo straniero coniugato con un cittadino italiano o convivente con cittadini che siano con lui in rapporto di parentela entro il quarto grado risponde all'esigenza di tutelare, da un lato, l'unità della famiglia e, dall'altro, il vincolo parentale, e riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici.

La particolarità del caso in esame è rappresentata dalla circostanza che il parente italiano entro il quarto grado con cui il ricorrente convive (profilo, quest'ultimo, incontestato) è un minore, che alla data di adozione del provvedimento impugnato aveva appena compiuto quattro anni.

Tale aspetto peculiare è sottolineato dall'amministrazione ricorrente che l'ha indicato quale elemento ostativo all'accoglimento dell'istanza giudiziale volta a neutralizzare il provvedimento espulsivo: e in effetti, proprio in relazione alla menzionata circostanza, la questione di dirittosollevata nel ricorso si caratterizza per una particolare delicatezza, tenuto anche conto delle conseguenze che la soluzione prescelta può comportare in linea generale.

Si tratta allora di verificare l'applicabilità al caso di specie della previsione di cui all'art. 19, comma 2, lett. c), del T.U. n. 286/1998; tale disposizione, come accennato, è chiaramente volta a tutelare, in funzione dell'interesse all'unità familiare - ritenuto evidentemente prevalente - chi si trovi in situazione irregolare e non potrebbe altrimenti trattenersi nel territorio nazionale.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Perché tale tutela possa esplicarsi è necessario che al rapporto parentale entro il quarto grado con un cittadino italiano si accompagni la convivenza con lo stesso; e tale elemento è decisivo in quanto il legislatore lo ha evidentemente ritenuto idoneo a esprimere la volontà del cittadino italiano di instaurare, con il parente straniero, una comunione di vita che giustifica, in nome appunto del prevalente interesse all'unità familiare, la sottrazione dello straniero alle regole generali.

Ora è chiaro che la convivenza è frutto di una scelta libera e consapevole e soprattutto adeguata ai propri desideri e alle proprie esigenze; è l'attenzione a tali aspirazioni e bisogni che permette di scegliere ciò che più si adatta alla propria situazione, peraltro suscettibile di mutare nel tempo.

Ciò considerato, una manifestazione di volontà nel senso indicato non può essere validamente espressa da chi, come il minore, non abbia capacità d'agire.

Diversamente, oltre a contraddire un principio fondamentale dell'ordinamento, si offrirebbe all'extracomunitario un possibile espediente con cui legittimare situazioni di clandestinità.

(...) Va dunque affermato il principio secondo cui la situazione di convivenza dello straniero con parente entro il quarto grado di cittadinanza italiana che sia minore di età non configura la condizione di inespellibilità dello straniero prevista dall'art. 19, comma secondo, lettera c) del d.lgs. n. 286/1998.

Per le ragioni illustrate, il ricorso va accolto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può decidersi nel merito con il rigetto del ricorso introduttivo del giudizio. Le spese della presente fase di legittimità fanno carico all'intimata, in ossequio al principio della soccombenza. (Corte di Cassazione, Sez. I Civile, Sent. n. 15246 del 4 luglio 2006).

Ulteriore aspetto da considerare attiene all'impossibilità di tradurre il provvedimento espulsivo in una lingua conosciuta dallo straniero, sovente contestata dai difensori, sotto il profilo della violazione del diritto alla difesa, quale vizio sufficiente a determinare l'annullamento dell'atto.

La giurisprudenza amministrativa non ha condiviso tale orientamento, limitando gli effetti della mancata (e, in ipotesi, possibile) traduzione all'esclusione della decadenza, ai fini dell'impugnazione:



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

“In ogni caso l’omessa traduzione di un provvedimento riguardante un cittadino straniero in una lingua dallo stesso conosciuta, non costituisce di per sé motivo di illegittimità, potendo semmai consentire l’eventuale rimessione in termini in caso di tardività di proposizione del gravame”
(TAR Lombardia – Milano – n. 6270-09 Reg. Sent. del 15-29/12/09, che richiama giurisprudenza consolidata, fra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. VI, 18.9.2009, n. 5622).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO V

VIZI PROCEDIMENTALI E RIMEDIO DELL'AUTOTUTELA (L.241/1990)

La dottrina non ha mancato di evidenziare che *“fino alla recente riforma della L. 7 agosto 1990 n.241, operata con la L.15/2005, il nostro diritto positivo non conosceva una norma che definisse e regolasse, in linea generale, il potere della P.A. di ritirare i propri provvedimenti non più rispondenti alle finalità per cui sono stati emessi ovvero divenuti contrastanti con le stesse.*

“Tale potestà, tuttavia, è da sempre ammessa dalla giurisprudenza e dalla dottrina, che la considerano una manifestazione della medesima potestà di amministrazione attiva di cui sono espressione i provvedimenti da ritirare.

“Il potere di ritiro degli atti amministrativi trova la propria giustificazione dogmatica nella natura intrinsecamente dinamica dell'azione amministrativa, ossia nell'esigenza strutturale della P.A. di adeguare la propria azione in modo da renderla sempre aderente sia ai fini di utilità pubblica perseguiti con i vari provvedimenti che alle norme giuridiche che presiedono al corretto svolgimento dell'operato amministrativo. Venendo meno lo scopo d'interesse generale perseguito dal provvedimento o la sua conformità alle dette norme giuridiche, dev'essere riconosciuto alla P.A. il fisiologico potere di far cessare gli effetti di quel provvedimento.

“Fra le potestà di ritiro degli atti amministrativi si distinguono quella di revoca in senso proprio da altre aventi finalità simili ma non coincidenti.

“Con la denominazione di revoca amministrativa la migliore dottrina (A.M.Sandulli, M.S. Giannini ed altri) ha essenzialmente inteso individuare quei provvedimenti con cui la P.A. ritira

precedenti provvedimenti ad efficacia durevole per sopravvenute ragioni di pubblico interesse determinate da mutamenti dell'originaria situazione in cui i provvedimenti da revocare sono stati assunti.

“Dalla revoca, caratterizzata da motivazioni attinenti al c.d. merito amministrativo, si distingue, fra gli altri provvedimenti di ritiro, la c.d. rimozione amministrativa (A.M.Sandulli), pure preordinata a far cessare un precedente provvedimento, ma per ragioni di legittimità e non di opportunità amministrativa.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

“La rimozione è l’atto con cui la P.A. ritira un provvedimento ad efficacia durevole che, pur essendo stato legittimamente adottato, diviene antiggiuridico per il verificarsi di fatti nuovi che incidono negativamente sulla corrispondenza dell’atto alle norme che ne regolano la formazione o che delimitano il potere di cui è espressione.

“La differenza fra le finalità giuridico-istituzionali proprie ai due tipi di ritiri involge che la revoca è provvedimento sempre discrezionale mentre la rimozione è atto dovuto, soprattutto quando la permanenza in vita degli effetti del provvedimento divenuto illegittimo causa la lesione di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo altrui.

“Il ritiro di un provvedimento divenuto antiggiuridico, infatti, a differenza di quello non più opportuno, costituisce atto di doverosa conformazione della P.A. al principio di legalità dell’azione amministrativa ed assume rilevanza non solo per l’ordinamento settoriale della stessa P.A. ma anche per quello generale; perciò, la rimozione del provvedimento non più conforme a legge non può restare affidata ad un apprezzamento “elastico” della stessa P.A. circa la maggiore o minore convenienza amministrativa a procedervi, ma occorre che ne siano fatti cessare gli effetti per il futuro (salvo che non sia possibile sanare l’antigiuridicità sopravvenuta dell’atto).

“Il diverso grado deontico che caratterizza le due figure provvedimentali condiziona inevitabilmente anche il grado di tutela giuridica di cui gode colui che abbia un interesse al ritiro del provvedimento inopportuno o non più legittimo. La revoca, infatti, postulando un margine di scelta discrezionale da parte della P.A., comporta che la soddisfazione dell’interesse del privato possa realizzarsi solo se la P.A. reputi conveniente per sé (id est per il pubblico interesse) ritirare l’atto inopportuno; invece, con riguardo alla rimozione, la soddisfazione dell’interesse individuale al ritiro del provvedimento divenuto antiggiuridico non è condizionato da un apprezzamento della P.A., ma costituisce l’oggetto di una diretta pretesa del privato verso la P.A. che, secondo i casi, può essere collegata ad un diritto soggettivo o ad un interesse legittimo di costui.” (Claudio Silvis, La revoca dei provvedimenti di espulsione ..., pagina Web).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

5.a)--Art. 21 quinques (revoca del provvedimento)

La previsione normativa richiamata è così formulata:

“1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

1 – ter. -- omissis --

5.b)--Art.21 septies (nullità del provvedimento).

1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

5.c)--Art.21 octies (annullabilità del provvedimento).

1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.
2. Non è annullabile il 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. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

5.d)--Art.21 nonies (annullamento d'ufficio).

1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.
 2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".
-

5.e)--Introduzione.

La “novella” dell’anno 2005, introdotta dalla legge n. 15, concernente modifiche ed integrazioni alla legge n. 241/90, riprende ed amplia il disposto contenuto nella precedente Legge 30 dicembre 2004, n. 311 - "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)" -, che all’art. 1, comma 136, stabilisce:



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

“Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante.”.

Le prime linee guida, in relazione alle innovazioni normative, vengono impartite dalla PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA -, con la “Direttiva in materia di annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi, ai sensi dell'articolo 1, comma 136, della legge 30.12.2004, n. 311 e dell'articolo 21-nonies della legge 7.8.1990, n. 241, come introdotto dalla legge 11.2.2005, n. 15”, del 17 ottobre 2005, nei termini che seguono.

“1. Premessa. - La disciplina legislativa dell'istituto dell'annullamento d'ufficio è stata recentemente introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 1, comma 136, della Legge Finanziaria per il 2005 (legge 30.12.2004, n. 311) e dalla legge 11.2.2005 n. 15 (recante modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241).

Nel corso del 2005 la materia del procedimento amministrativo è stata oggetto di significativi interventi legislativi volti a modificare il rapporto Stato-cittadini, collocando questi ultimi al centro dell'attività di una Pubblica Amministrazione la cui potestà risulta sempre più finalizzata alla soddisfazione dei bisogni individuali su larga scala.

Le recenti disposizioni legislative relative all'annullamento d'ufficio vanno pertanto inquadrare nel percorso di progressivo avvicinamento dell'amministrazione pubblica ai cittadini e, in particolare, devono essere lette congiuntamente alle due importanti innovazioni normative relative alla generalizzazione degli istituti della dichiarazione di inizio attività (DIA) e del silenzio-assenso, introdotte come novella degli articoli 19 e 20 della legge n. 241/1990 dall'art. 3 del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.omissis....

...2. L'annullamento d'ufficio nella legge 11/02/2005, n. 15 (art. 21 nonies legge 241/1990).

La presente circolare intende fornire alle pubbliche amministrazioni prime indicazioni interpretative delle nuove norme in materia di annullamento d'ufficio, individuando modalità e criteri di riferimento che evitino incertezze sul piano applicativo, allo scopo di pervenire ad un indirizzo amministrativo univoco.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Pur essendo temporalmente successiva all'intervento normativo operato dall'articolo 1, comma 136, della legge n. 311/2004, si ritiene opportuno chiarire preliminarmente i profili applicativi della norma prevista dalla legge n. 15/2005, che ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina "generale" dell'annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi (articolo 21-nonies legge n. 241/1990).

Nel contesto normativo delineato in premessa, la nuova normativa generale sull'annullamento d'ufficio, già soltanto per il fatto di rappresentare la legificazione di principi ricostruiti in passato soltanto in via dottrinarica e giurisprudenziale, fornisce un quadro compiuto in ordine alla materia dell'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo assicurando maggiore stabilità ad un istituto di particolare rilevanza per la cura degli interessi dei cittadini.

L'annullamento d'ufficio è un provvedimento amministrativo di secondo grado la cui emanazione comporta la perdita di efficacia, con effetto retroattivo, di un provvedimento inficiato dalla presenza "originaria" di uno o più vizi di legittimità.

Oggetto dell'annullamento d'ufficio è dunque un provvedimento che, pur constando di tutti gli elementi essenziali per la sua giuridica esistenza, presenta uno dei tradizionali vizi di legittimità delineati dall'articolo 26 del Testo Unico 26.6.1924, n. 1054 sul Consiglio di Stato.

La legge n. 15 del 2005, conformemente al predetto articolo 26 e all'unanime dottrina e giurisprudenza, ha quindi specificato, introducendo l'articolo 21-octies nel corpo della legge n. 241/1990, che è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Il legislatore ha già da tempo previsto che la presenza di uno di tali vizi può condurre di per sé all'annullamento dell'atto da parte dell'autorità giudiziaria e da parte della stessa Pubblica amministrazione, anche se limitatamente ai casi in cui è chiamata a conoscere in sede giustiziale dei ricorsi amministrativi.

Con l'articolo 21-nonies della legge n. 241/1990 trova, invece, compiuta disciplina legislativa la potestà dell'autorità amministrativa di provvedere di propria iniziativa, nel perseguimento dell'interesse pubblico, all'annullamento di atti che risultino inficiati da uno dei vizi di legittimità ricordati.

In particolare, l'articolo 21-nonies dispone che il provvedimento illegittimo possa essere annullato d'ufficio dallo stesso organo che lo ha emanato, o da altro organo previsto dalla legge,



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Per procedere, quindi, l'amministrazione competente all'annullamento d'ufficio ha l'obbligo di verificare:

- la giuridica esistenza di un provvedimento amministrativo;*
- la ricorrenza di uno di vizi di legittimità del provvedimento (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza);*
- la sussistenza di ragioni di interesse pubblico per l'annullamento d'ufficio.*

Nella valutazione della ricorrenza di ragioni di interesse pubblico all'annullamento dovrà tenersi conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Infine, ricorrendo tutte le altre condizioni previste dall'articolo 21-nonies, la pubblica amministrazione competente potrà procedere all'annullamento d'ufficio entro un termine ragionevole.

Il disposto dell'articolo 21-nonies, pur consolidando normativamente principi giurisprudenziali non controversi, deve essere in ogni caso interpretato anche in coerenza con i principi generali dell'azione amministrativa.

Elemento necessario per poter procedere all'annullamento dell'atto illegittimo è, in primo luogo, l'interesse pubblico.

L'interesse pubblico alla base del provvedimento di autotutela, come costantemente precisato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, non può esaurirsi nel mero interesse al ripristino della legalità violata.

Ai fini di una corretta valutazione dell'esistenza, nel caso concreto, dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto, le Pubbliche Amministrazioni dovranno tener conto anche della circostanza che la propria attività è costituzionalmente orientata secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento (articolo 97 Cost.), ed è retta dai principi generali dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, così come modificato dall'art. 1 della legge 11.2.2005, n. 15.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Risponde all'interesse pubblico l'annullamento d'ufficio improntato a criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, nonché di "proporzionalità" dell'azione amministrativa.

Tale ultimo criterio, pur non essendo esplicitamente previsto dall'articolo 1 della legge n. 241/1990 tra i principi generali dell'attività amministrativa, rientra nei "principi del diritto comunitario", assolutamente consolidati anche nella giurisprudenza italiana, di cui al medesimo articolo 1 della legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2005.

Il principio di proporzionalità va inteso come dovere in capo alla Pubblica Amministrazione di non comprimere le situazioni giuridiche soggettive dei privati, se non nei casi di stretta necessità ovvero di indispensabilità.

In ossequio al principio di proporzionalità, che obbliga ad assicurare il minor danno possibile agli interessi privati coinvolti e solo se strettamente necessario, l'amministrazione competente dovrà valutare sia la sussistenza di effetti giuridici ampliativi che il provvedimento ha eventualmente prodotto nella sfera giuridica dei privati (nei quali potrebbe essersi ingenerato un ragionevole affidamento in ordine alla definitività dell'assetto delle posizioni di interesse o di diritto composte con il provvedimento), sia gli eventuali effetti ampliativi conseguenti dall'annullamento d'ufficio dell'atto.

Sempre nell'ottica della proporzionalità, inoltre, dovranno essere valutati i pregiudizi a carico dei privati derivanti dall'atto illegittimo.

L'amministrazione, pertanto, procederà al ritiro d'ufficio dell'atto illegittimo una volta riscontrato che l'interesse pubblico all'annullamento è prevalente rispetto a quello alla conservazione dell'atto, alla luce degli interessi privati coinvolti, avendo riguardo, in particolare, al principio dell'ordinamento comunitario della "proporzionalità".

In altri termini, in considerazione del principio di proporzionalità, l'amministrazione procederà all'annullamento d'ufficio quando ciò sia necessario al fine di evitare un danno non proporzionato agli interessi dei privati coinvolti nel procedimento.

Nella motivazione del provvedimento sarà poi necessario esplicitare l'apprezzamento – anche sul piano comparativo – in merito al sacrificio imposto al privato, ovvero circa la possibilità di ovviare all'errore commesso con appositi strumenti giuridici (in questo senso, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 12 ottobre 2004, n. 6554).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Peraltro, se il vizio che inficia il provvedimento può essere rimosso senza addivenire all'annullamento dell'atto, l'amministrazione dovrà procedere in tal senso.

Nel caso di atti endoprocedimentali illegittimi, ivi compresi gli atti che rappresentano il momento conclusivo di subprocedimenti che afferiscono a procedimenti complessi, la potestas di adottare l'atto di ritiro è in primo luogo in capo all'amministrazione che ha emesso l'atto endoprocedimentale.

In particolare, in fase endoprocedimentale, l'amministrazione competente valuterà la ricorrenza dell'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dell'atto avendo riguardo al rispetto del principio di proporzionalità, come sopra illustrato, nonché all'interesse ad evitare, in ossequio al principio di economicità dell'azione amministrativa, che l'atto endoprocedimentale illegittimo provochi l'illegittimità derivata del provvedimento conclusivo del procedimento principale, con le prevedibili ricadute in termini di ampliamento del contenzioso.

Altro elemento che l'amministrazione dovrà valutare è il trascorrere del tempo, sia perché esso tende ad attenuare progressivamente l'interesse pubblico ad annullare, riducendone l'attualità e la concretezza, sia perché favorisce il consolidamento dell'assetto degli interessi privati creato dall'atto annullabile.

La scelta operata in via generale dall'articolo 21-nonies è quella che consente alle pubbliche amministrazioni di procedere all'annullamento d'ufficio "entro un termine ragionevole".

Pertanto, più tempo sarà trascorso dall'emanazione dell'atto illegittimo, più dovrà essere approfondita la valutazione dell'amministrazione ed intenso lo sforzo di motivazione circa l'esistenza dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto.

Inoltre, la "ragionevolezza" del termine dovrà essere valutata di volta in volta, oltre che in relazione al tempo, anche in considerazione del grado di illegittimità del provvedimento, della graduazione degli interessi pubblici e privati in gioco, ecc.

3. L'annullamento ex art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 30/12/2004

La portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'articolo 1 della legge n. 311/2004 può essere chiarita alla luce delle disposizioni della legge 15/2005 che hanno disciplinato in via generale il silenzio d'ufficio.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Il comma 136 citato stabilisce che, “al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l’annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l’esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L’annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall’eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall’acquisizione dell’efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”.

Tali disposizioni si applicano esclusivamente ai casi in cui l’atto di annullamento rinvenga il suo fondamento nella finalità ex lege di interesse pubblico di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche.

Pertanto, l’amministrazione che intenda procedere ai sensi del comma 136 occorre che motivi adeguatamente, anche attraverso l’allegazione di un eventuale prospetto illustrativo, in ordine ai risparmi che si intendono acquisire con l’annullamento dell’atto.

Inoltre, alla luce di quanto oggi disposto in via generale dal sopravvenuto art. 21-nonies sulla necessità di un “termine ragionevole” per l’annullamento, anche l’inciso “può sempre essere disposto” usato dal comma 136 non dovrà essere interpretato disgiuntamente dal principio di ragionevolezza, destinato ex lege a segnare il limite temporale massimo all’annullamento d’ufficio dell’atto. D’altro canto, poiché lo stesso comma 136, nel secondo periodo, stabilisce ipso iure la durata massima del termine ragionevole, “non oltre tre anni” dall’acquisizione di efficacia del provvedimento, qualora questo incida su rapporti contrattuali o convenzionali, può ricavarsi che, limitatamente alle altre ipotesi di possibile risparmio previste dal primo periodo, il termine conforme al principio di ragionevolezza possa in taluni casi anche superare, sia pure con la necessaria adeguata motivazione, i tre anni dall’acquisizione di efficacia del provvedimento.

In altre parole, le pubbliche amministrazioni devono considerare il termine triennale quale termine ragionevole massimo ex lege, nello specifico caso di annullamento d’ufficio di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati, nel presupposto che in simili ipotesi il decorso di un lasso di tempo maggiore finirebbe per fondare legittimi affidamenti nelle parti private.

In tal senso, l’art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 opera, limitatamente alle particolari fattispecie previste dal medesimo comma 136, ed esclusivamente per le ipotesi di cui al secondo periodo, una forfezzazione prudenziale rispetto alla misura di un termine “ragionevole”, da ritenere possibile esclusivamente per le fattispecie di cui al primo periodo.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Nell'ipotesi di cui al primo periodo, infatti, si può ritenere sussistente la ragionevolezza del termine fino a che, perdurando l'esecuzione del provvedimento illegittimo, l'annullamento di quest'ultimo comporti un sicuro risparmio per la pubblica amministrazione.

Diversa è invece da ritenersi l'ipotesi del provvedimento illegittimo la cui esecuzione sia già terminata. In questo caso, l'Amministrazione potrà procedere all'annullamento secondo i criteri generali validi per tutte le altre ipotesi previste al di fuori del comma 136, quindi previamente valutando, caso per caso, gli assetti privati consolidati, la ragionevolezza del tempo trascorso, nonché l'effettivo interesse pubblico, attuale e concreto, all'annullamento (anche in relazione alla quantificazione dell'effettivo possibile risparmio ed all'entità del sacrificio eventualmente richiesto ai privati).

Nell'inciso “può sempre essere disposto l'annullamento...” non è peraltro individuabile neppure un fattore che osti alla possibilità di procedere alla sanatoria nei casi previsti dall'art. 21-nonies della legge n. 241/90.

Per quanto riguarda gli interessi dei destinatari degli atti da annullare, il comma 136 prevede che l'Amministrazione debba “tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante”.

Tale disposizione si applica, peraltro, solo alle fattispecie di cui al secondo periodo del comma in esame, in quanto per tutte le altre fattispecie il legislatore si limita a richiedere che l'amministrazione, nel valutare se procedere o meno all'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, operi “tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati”, senza prevedere l'obbligo di corrispondere somme a titolo di ristoro dei pregiudizi eventualmente arrecati.

Inoltre, la formula generica “tenere indenni” utilizzata dal legislatore fa ritenere che un eventuale indennizzo dei pregiudizi subiti non sia l'unica strada percorribile. Altri strumenti quindi potrebbero essere utilizzati a tal fine, quali, ad esempio: la previsione di una decorrenza non retroattiva del provvedimento, la sostituzione del provvedimento annullato con altro che, avendo come destinatari gli stessi interessati, riduca loro l'eventuale danno patrimoniale.

Il ristoro economico dei danni subiti dovrà essere considerato quindi uno strumento residuale, relativo a pregiudizi non riparabili altrimenti, atteso il fine, imposto dal comma 136, di conseguire risparmi per l'Amministrazione.”.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Le richiamate circolari (n. 617 e n. 4615 del 2009) di questo Dicastero hanno precisato il quadro entro cui le linee guida della Presidenza del Consiglio trovano applicazione, in materia di immigrazione; in particolare, l'attenzione delle strutture territoriali è stata richiamata sui seguenti elementi.

5.f)--Esercizio dell'autotutela rispetto a normative dichiarate costituzionalmente illegittime.

In presenza di alcune rilevanti decisioni della Corte Costituzionale, contenenti la declaratoria di illegittimità della normativa nella materia considerata, si è evidenziata l'estensione dell'incidenza demolitoria, anche rispetto ai procedimenti non ancora definiti, al momento della pubblicazione della pronuncia.

Al riguardo, deve quindi rimarcarsi come doveroso l'esercizio dell'autotutela, rivedendo ed, eventualmente, revocando il provvedimento adottato in conformità di previsioni normative successivamente riconosciute incostituzionali, quando ancora siano pendenti i termini per l'impugnazione, o questa sia stata proposta e non ancora definita.

E' di tutta evidenza, infatti, l'interesse dell'Amministrazione ad evitare fattispecie contenziose proiettate verso la soccombenza dell'erario, in termini di spese procedurali e possibili pregiudizi risarcitori.

Particolare rilevanza assumono, in tale contesto, i rigetti delle istanze di emersione correlati a semplici denunce, già risultanti a carico degli interessati: com'è noto, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 78/05, ha dichiarato illegittima la norma giustificatrice posta a fondamento di tali dinieghi.

Sarà cura degli uffici, pertanto, provvedere in autotutela, conformandosi alla statuizione del giudice delle leggi, nel senso di cui sopra ed in pendenza di eventuali relativi procedimenti, al fine di evitare danni erariali.

5.g)--Rapporti tra procedimento amministrativo e processo penale, in presenza di misure cautelari adottate dall'autorità giudiziaria.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

L'adozione di misure cautelari da parte delle Autorità inquirenti, nel corso di indagini penali, per fatti attinenti ai procedimenti amministrativi radicati presso gli S.U.I., ha talvolta indotto incertezze sulla giuridica possibilità di definizione entro i termini di legge e sulle conseguenze prospettabili, in caso negativo.

La misura tipica, che, per tali fattispecie, ricorre con più frequenza è il sequestro, irrogabile nella sua duplice articolazione funzionale, preventiva o probatoria.

Al riguardo, può osservarsi che il sequestro imposto a soli fini probatori (tendente ad assicurare possibili fonti di prova) non incide, in genere, in maniera significativa, sull'iter procedimentale amministrativo connesso, potendo i documenti sequestrati essere previamente riprodotti fotostaticamente (al momento dell'esecuzione, ovvero mediante successiva estrazione di copia con l'autorizzazione dell'A.G.) ed essere in tale forma posti a fondamento del provvedimento conclusivo.

Diversa e ben più rilevante incidenza assume invece il sequestro preventivo, finalizzato ad impedire ulteriori conseguenze nella commissione dell'illecito, in quanto non sempre è limitato all'indisponibilità di supporti documentali cartacei o informatici.

In tali situazioni, è ravvisabile l'opportunità di formulare all'organo inquirente una specifica domanda di dissequestro, compiutamente motivata con la rappresentazione delle esigenze dell'Amministrazione di adempiere a precisi obblighi normativi e regolamentari.

Al riguardo, si ritiene che occorrerebbe verificare, presso la Procura competente, la possibilità di accelerare la definizione delle indagini e, qualora ciò non fosse possibile, le quote relative alle pratiche sequestrate dovrebbero essere considerate non più impegnate e si dovrebbe procedere con l'esame delle domande successive.

5.h)--Insufficiente motivazione dei dinieghi di nulla osta all'assunzione di lavoratori stranieri.

La fattispecie di soccombenza che maggiormente rileva, sotto il profilo della frequenza di pronunce contenenti liquidazione di spese, attiene all'insufficiente motivazione dei dinieghi di nulla osta all'assunzione di lavoratori stranieri, correlata alla capacità reddituale dei datori di lavoro richiedenti.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La giurisprudenza appare, in materia, ormai consolidata nell'orientamento univoco inteso a dichiarare non legittimi i provvedimenti il cui contenuto è supportato dal riferimento ad una non meglio precisata insufficienza del reddito dell'imprenditore ricorrente; a fronte, infatti, di un reddito documentato l'amministrazione deve esplicitare quale reddito avrebbe considerato sufficiente, e quali parametri ha utilizzato per la valutazione di insufficienza. (tra le altre, TAR Catania, Sez. IV, Sent. breve – n. 1185 del 05/06/09-23/06/09, con condanna dell'amministrazione alle spese).

Appaiono apprezzabili, in tale ottica, le iniziative segnalate, assunte a livello periferico, tendenti ad uniformare i criteri di valutazione, d'intesa con le Direzioni Provinciali del Lavoro, mediante parametri predeterminati, tali da assicurare condizioni paritarie e trasparenti, da trasfondere, quando si prospetti l'ipotesi di rigetto, nel preavviso ex art. 10 bis L. 241/90 e, successivamente, nelle singole motivazioni provvedimentali.

Deve, in ogni caso, richiamarsi l'attenzione dei Dirigenti degli Sportelli Unici, ai quali fa carico la responsabilità derivante dall'adozione di provvedimenti definitivi viziati, a che sia curata compiutamente l'istruttoria, con l'acquisizione di analitici elementi di valutazione, applicando, all'occorrenza, le previsioni di cui all'art. 8 della richiamata legge n. 69/09, in relazione all'art. 7 del DPCM 5 marzo 2001, n. 197.”.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO VI

ATTI SOLLECITATORI RISPETTO ALL'ESERCIZIO DELL'AUTOTUTELA

DIFFIDA STRAGIUDIZIALE

L'autotutela si configura, quindi come potere-dovere in capo all'Amministrazione, la cui attivazione, sicuramente discrezionale, avviene di ufficio, ma, più spesso, a seguito di richiesta, da parte dei soggetti interessati (o contro interessati).

L'atto tipico, inteso ad ottenere un rimedio, rispetto ad una ipotesi illegittimità di un atto amministrativo o di un comportamento (in genere il silenzio), è costituito dalla diffida, intimata ai fini di evitare l'instaurazione di un procedimento di impugnazione.

Nel contesto normativo e regolamentare delineato, a fronte, in particolare, della volontà del legislatore intesa, ormai esplicitamente, ad evitare l'attività contenziosa, gli atti di significazione o di intimazione (richieste o diffide) assumono rilievo non trascurabile, tale da configurare un vero e proprio dovere di esame e risposta, non eludibile senza conseguenze significative, in termini di possibile successiva condanna a rifondere le spese legali, di risarcimento del danno e di responsabilità per pregiudizio all'erario, fino a integrare, nei casi più gravi, l'ipotesi di reato di cui all'art. 328, comma secondo, del Codice penale.

E' sufficiente, in proposito, riportare la recente decisione della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui *“può essere riconosciuto il risarcimento del danno sopportato da un soggetto per ottenere l'annullamento di un provvedimento amministrativo in sede di autotutela (danno consistente nelle spese legali sostenute per proporre ricorso contro l'atto illegittimo), non essendo esclusa la qualificazione di tali spese come danno risarcibile, per il solo fatto che esse si riferiscono ad un procedimento amministrativo”*.

Più in particolare, così si esprime il Supremo Collegio, in una parte rilevante della motivazione *“... Si tratta invece di stabilire se, in linea di principio, la P.A. possa essere tenuta responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il mancato o ritardato annullamento di un atto illegittimo, nell'esercizio del potere di autotutela, ove tale comportamento abbia arrecato danno al privato, o se ciò costituisca violazione di principi fondamentali dell'ordinamento.*



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Questa Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi sul punto, con riferimento ad un caso simile a quello di specie, ed ha affermato che può essere riconosciuto il risarcimento del danno sopportato da un soggetto per ottenere l'annullamento di un provvedimento amministrativo in sede di autotutela (danno consistente nelle spese legali sostenute per proporre ricorso contro l'atto illegittimo), non essendo esclusa la qualificazione di tali spese come danno risarcibile, per il solo fatto che esse si riferiscono ad un procedimento amministrativo (Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 2004, n. 13801).

Nel caso in esame l'ingiustizia del danno è messa in questione sotto un diverso profilo, cioè nel senso che si dovrebbe ritenere sottratto al giudice ordinario il potere di valutare tempi e modalità di esercizio del potere di autotutela.

La soluzione, tuttavia, non può essere diversa, in quanto il danno di cui si chiede il risarcimento in realtà deriva dal compimento dell'atto illegittimo, essendo l'intervento in autotutela solo il mezzo che avrebbe potuto eliminarne tempestivamente gli effetti.

Ove il provvedimento di autotutela non venga tempestivamente adottato, al punto di costringere il privato ad affrontare spese legali e d'altro genere per proporre ricorso e per ottenere per questa via l'annullamento dell'atto, la responsabilità della P.A. permane ed è innegabile.

Non si tratta, quindi, dell'indebita interferenza della giurisdizione sulle modalità di esercizio del potere amministrativo, ma dell'accertamento che il danno conseguente all'atto illegittimo ha esplicito tutti i suoi effetti, per non essere la P.A. tempestivamente intervenuta ad evitarli, con i mezzi che la legge le attribuisce.” (Cassazione civile, Sezione III, Sentenza 19 gennaio 2010, n. 698).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO VII

PRINCIPALI CASI CONTROVERSI A CUI APPLICARE IL RIMEDIO DELL'AUTOTUTELA

(ART. 21 NONIES LEGGE 241/1990 - ART. 1 COMMA 136 LEGGE 311/2006)

Le disposizioni normative, regolamentari e le istruzioni ministeriali possono trovare concreta applicazione in una serie di casistiche, che hanno dato luogo a controversie utilmente prevenibili mediante l'istituto richiamato; si riporta, a tal fine, una sintesi giurisprudenziale, per facilità di consultazione, ancorché, in parte, già rappresentata nella trattazione dei singoli procedimenti.

7.a)--Regolarizzazione lavoratori extracomunitari:

7.a.1)--Insufficienza della semplice denuncia a carico dello straniero per legittimare il diniego; sufficienza quando è seguita da condanna.

In base al principio enunciato dalla Corte costituzionale, non può che ritenersi illegittimo il decreto prefettizio, recante rigetto di una domanda di regolarizzazione di lavoratore extracomunitario, denunciato per uno dei reati di cui agli articoli 380 e 381 c.p.p., senza previa verifica della colpevolezza o della pericolosità del denunciato, anche indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni per l'inizio del procedimento penale a suo carico (cfr anche, in tal senso, Cons. St., sez. VI, 3.8.2007, n. 4315, 23.7.2008, n.3640 e 16. 12. 2008 n. 6230). – (Cons. St. sez.VI, n. 3956 del 17/06/2009).

Se è vero, infatti, che la semplice denuncia non può essere considerata, da sola, elemento sufficiente per il diniego, mancando ogni sorta di accertamento sui fatti denunciati (in tal senso è stata riconosciuta l'incostituzionalità della norma), tuttavia, l'Amministrazione può desumere, dalla denuncia, indizi utili a svolgere autonomi accertamenti, da cui trarre motivate conclusioni, supportate da precisi riscontri istruttori, sulla pericolosità dello straniero, specialmente quando il procedimento penale non abbia seguito (per estinzione, difetto di procedibilità o quant'altro).

Il Consiglio di Stato conferma tale indirizzo interpretativo: Invero il costante indirizzo della Sezione, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, ha più volte in passato ritenuto che “ai fini dell'adozione del decreto questorile di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

soggiorno di uno straniero, il giudizio di pericolosità sociale non postula necessariamente l'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna, essendo sufficienti una serie di indizi e di fatti". (Cons. St., sez. VI, 3.8.2007, n. 4315, Consiglio Stato, sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5597).

L'Amministrazione è tenuta, quindi, a verificare (mediante opportuna istruttoria) gli elementi relativi alla posizione dell'interessato ed alla sua condotta, senza basarsi unicamente sulla sussistenza dei presupposti (la semplice denuncia) per applicare nel caso sottoposto al suo esame la norma di legge poi dichiarata incostituzionale.

Sotto tale profilo, infatti, sussiste il vizio di carenza di motivazione; significativa, in proposito, appare la motivazione adottata dal Consiglio di Stato: *“Invero risulta dagli atti di causa che l'odierno appellante non ha subito alcuna condanna penale, ma che è stato soltanto denunciato, in epoca remota, per il reato di ricettazione.*

E che tale denuncia costituì la causale unica del provvedimento impugnato. Come è noto, nelle more del giudizio, muovendo dalla considerazione che la denuncia penale, comunque formulata e ancorché contenga l'espreso riferimento a una o più fattispecie criminose, è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 7, lett. c), della legge n. 189 del 2002 e dell'art. 1, comma 8, lett. c), del decreto-legge n. 195 del 2002 (conv. nella n. 222/2002), nella parte in cui facevano derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli artt. 380 e 381 cod. proc. pen. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza (v. Corte Costit. Sent. n. 78 del 18 febbraio 2005).

Analogo principio è stato successivamente espresso dalla Consulta con la decisione n. 466 del 2005.

La giurisprudenza ne ha desunto che le relative norme continuano ad applicarsi - con conseguente preclusione dell'invocata regolarizzazione - nei soli casi in cui le denunce siano state positivamente vagliate dall'Autorità giudiziaria.

“Di qui l'illegittimità degli atti impugnati, atteso che l'Amministrazione ha respinto la richiesta di regolarizzazione sulla base di una mera denuncia e del conseguente avvio del relativo procedimento penale, non seguito ancora da atti giudiziari che rivelassero compiuta con esito favorevole una qualche verifica, anche incidentale, in ordine ai fatti esposti in denuncia.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Ne consegue l'accoglimento del ricorso in appello, l'annullamento dell'impugnata decisione, e, per l'effetto, l'accoglimento del ricorso di primo grado ed il conseguente annullamento dell'impugnato diniego." (Cons. St. – Sez. VI Giur. – n. 4261 del 17/03-01/07/09; n. 3956 del 27/01-17/06/09).

Per appurare la insussistenza del presupposto della prestazione lavorativa nei tre mesi antecedenti alla entrata in vigore del d. l. n. 195 del 2002, ai fini della non regolarizzabilità del lavoratore extracomunitario, non è affatto indispensabile una condanna, e tantomeno una condanna in via definitiva, a carico del "fittizio" datore di lavoro, per avere predisposto documentazione falsa -tra cui buste paga apparentemente regolari- idonea a regolarizzare, ex d. l. n. 195 del 2002, lavoratori extracomunitari clandestinamente entrati sul territorio nazionale, anche mediante la creazione di "ditte paravento" per nulla operative. Per giungere a ritenere insussistente il presupposto suddetto la pubblica autorità potrebbe basarsi anche soltanto su una serie di elementi concorrenti e convergenti che, senza raggiungere il grado di certezza che caratterizza le sentenze in sede penale, siano stati accettabilmente verificati e costituiscano il risultato -attendibile e adeguatamente motivato- di una congrua attività istruttoria. (TAR Veneto, Venezia, Sentenza n.16/2008 del 14/12/07-09/01/08).

E' esclusa la possibilità di regolarizzazione in presenza di una prestazione lavorativa inferiore al trimestre, in quanto il contributo versato è parametrato a tale durata minima. (Cons. di Stato – Ad. Plen. Sentenza n.4/2006; Sez. VI Giur. Sentenza n. 4258 del 17/03/09-01/07/09).

7.a.2)--La condanna penale patteggiata è causa ostativa alla regolarizzazione.

L'equiparazione della sentenza patteggiata a sentenza di condanna non appare irragionevole, implicando il patteggiamento solo una riduzione di pena per motivi di economia processuale, ma non anche un diverso giudizio di disvalore della condotta, qualificata dall'ordinamento come reato (condotta che il patteggiamento non esclude sul piano oggettivo, essendovi spontanea rinuncia al relativo accertamento in via dibattimentale).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La manifesta infondatezza di eventuali questioni di costituzionalità non può venire meno per la peculiare posizione dei lavoratori extracomunitari, in quanto costituirebbe irragionevole disparità di trattamento, a favore di questi ultimi, una permanente distinzione fra sentenze pateggiate e sentenze di condanna ed incidendo, d'altra parte, l'assenza di possibili distinzioni sul profilo specifico della pericolosità sociale, che il legislatore ha collegato in via assoluta (e, ancora una volta, non irragionevole, in rapporto alle complesse problematiche del fenomeno immigratorio) a determinate tipologie di reato. (Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1683 del 3/2-19/03/09).

7.a.3)—E' ostativa alla regolarizzazione la segnalazione di Schengen. Non sussiste l'obbligo per l'Amministrazione di verificare i presupposti e la natura dell'iscrizione, quando vi è certezza dell'identità del soggetto.

La segnalazione operata a carico di uno straniero perché pericoloso per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di una delle parti contraenti, contemplata nella disposizione di cui all'art. 5, comma primo, lett. e) della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen, costituisce un fattore inibitorio del rilascio del visto di ingresso e che il venir meno di una tale valutazione costituisce un presupposto in mancanza del quale il visto non può essere rilasciato e, dunque, è legittimamente negato.

Il riferimento normativo riportato nel provvedimento deve essere, pertanto, considerato una ragione sufficiente a supportare il diniego di visto di ingresso, mentre la necessità di indicare i motivi che hanno originato il parere negativo delle autorità di sicurezza deve essere esclusa, attesa l'impossibilità, in generale, di accedere ai dati presenti nel suddetto sistema. Il ricorrente, peraltro, non ha dimostrato l'esistenza di errori e/o omonimie, atti a comprovare l'insussistenza del presupposto di fatto posto a fondamento del provvedimento impugnato, il cui contenuto, sostanzialmente vincolato, giustifica l'omessa comunicazione del preavviso, ex art. 10 bis della legge n. 241/90 (in tal senso: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I quater, n. 9118/08 del 15/07-23/10/08, n. 1858/06 RG; Consiglio di Stato, Sez. VI giur., Sentenza n. 4894/2009 del 17/03-04/08/2009).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

7.b)--Rilascio nulla osta per lavoro subordinato:

La prescrizione del possesso di un reddito annuo, al netto dell'imposta, di importo almeno doppio, rispetto all'ammontare della retribuzione annuale dovuta al lavoratore da assumere, aumentata dei connessi contributi, da parte del datore di lavoro, è stata introdotta dalla Circolare n. 1/2005 del 25 gennaio 2005 del Ministero del Lavoro esclusivamente per il lavoro domestico, e non per gli altri contratti di lavoro subordinato, per i quali vige tuttora la circolare n. 55/2000 dello stesso Ministero, secondo cui (Cfr. punto 1.2) la “capacità economica dell'imprenditore va valutata caso per caso, comunque, dalla Direzione Provinciale del Lavoro in relazione sia al numero dei lavoratori da assumere sia all'esigenza dell'impresa, anche a mezzo di motivata relazione a cura del datore di lavoro richiedente”.

Tale regime differenziato si giustifica con il fatto che:

- il lavoratore domestico, all'interno della famiglia, non produce reddito, e quindi con il proprio apporto lavorativo non incrementa le risorse del datore di lavoro;
- viceversa, il lavoratore inserito in un'attività imprenditoriale con il proprio apporto può contribuire ad implementare il reddito del datore di lavoro, e quindi la capacità di quest'ultimo di dare occupazione.

Infatti, in tale seconda ipotesi occorre guardare non soltanto alle risorse presenti del datore di lavoro, ma anche alle prospettive future di crescita nel settore, legate anche all'apporto che il lavoratore straniero potrà fornire all'impresa. Peraltro, in tale valutazione rileva non solo il mero risultato netto della gestione economica, ma devono essere presi in considerazione anche altri fattori, come il volume d'affari, le commesse ottenute, la complessiva solidità economica del datore di lavoro ed altri elementi idonei a comprovare l'idoneità dello stesso a sostenere gli oneri della futura assunzione. (TAR Catania, Sez. IV – Sent. Breve, n. 1182 del 21/05/09-23/06/09).

7.b.1)--Reddito posseduto dal datore di lavoro insufficiente motivazione.

Il provvedimento di rigetto di nulla-osta per lavoro subordinato, nei confronti di lavoratori extracomunitari, è inficiato dal difetto di motivazione, quando il suo contenuto è supportato dal riferimento ad una non meglio precisata insufficienza del reddito dell'imprenditore ricorrente; a fronte, infatti, di un reddito documentato l'amministrazione deve esplicitare quale reddito avrebbe considerato sufficiente, e quali parametri ha utilizzato per la valutazione di insufficienza. (TAR Catania, Sez. IV – Sent. Breve, n. 1185 del 05/06/09-23/06/09, con condanna dell'amministrazione alle spese).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Non è idonea la motivazione del diniego, quando si limita ad affermare che *la documentazione integrativa fatta pervenire dal richiedente non si è dimostrata idonea a superare il motivo ostativo*, in presenza di *una memoria in cui ha illustrato le esigenze dell'impresa e la congruità della richiesta rispetto alla capacità economica della medesima, riferendo in ordine all'espansione della ditta, sia sul piano del fatturato, sia su quello del numero dei lavoratori dipendenti.*

E' evidente che tale affermazione non soddisfa l'obbligo motivazionale, in quanto non consente di capire le ragioni per le quali le deduzioni del ricorrente non permettevano comunque di accogliere l'istanza. Inoltre, tale profilo della motivazione non è aderente alle disposizioni di cui al punto 1.2 della circolare n. 55, giacché è proprio la circolare ad imporre la valorizzazione delle autocertificazioni e delle relazioni illustrative del datore di lavoro, attinenti alla dimostrazione della capacità economica della ditta. Pertanto, in presenza di siffatte produzioni documentali, l'amministrazione deve esaminarle e a motivare sulla loro specifica rilevanza, in linea con la generale previsione dell'art. 3 della legge 1990 n. 241. (TAR Piemonte – Torino – Sent. Breve, n. 615 del 27/03-14/04/08; in senso conforme: TAR Sicilia, Palermo – Sent. Breve, n. 865 del 24/04-06/05/09).

Il parere espresso dalla DPL non è vincolante (se non in relazione e limitatamente all'eventuale superamento del numero di quote consentite nell'ambito della programmazione) e può (occorrendo deve) essere disatteso, con idonea e puntuale motivazione.

Il TAR disattende l'eccezione di inammissibilità per difetto di impugnazione del presupposto parere della Direzione Provinciale del Lavoro, che secondo la difesa dell'Amministrazione deve ritenersi vincolante (anche ai sensi della circolare ministeriale n. 3 in data 30 maggio 2005). *Ai sensi dell'articolo 30-bis, comma 8, del d.P.R. 394/1999, lo Sportello unico «procede alla verifica della regolarità, della completezza e dell'idoneità della documentazione presentata (...) nonché acquisisce dalla Direzione provinciale del lavoro, anche in via telematica, la verifica dell'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del numero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili». A supporto della tesi suindicata, la difesa dell'Amministrazione invoca l'articolo 31, comma 3, del regolamento, che però si riferisce alla differente verifica dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi, determinati a norma degli articoli 3, comma 4 e 21, del testo unico 286/1998 (c.d. quote di ingresso e flussi migratori).*



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Quale che sia l'indicazione al riguardo contenuta nella circolare, il parere reso dalla D.P.L. ai sensi dell'articolo 30-bis, non può, in assenza di un'espressa qualificazione della normativa, considerarsi parere giuridicamente vincolante, non essendo precluso all'Amministrazione di P.S. di adottare un provvedimento difforme da quello indicato, purché motivando puntualmente detta difformità. (TAR Umbria, Perugia, Sez. I, Sentenza n. 250/2009 del 25/02-18/05/09).

7.b.2)--Revoca del nulla osta per cessazione dell'attività accertata in epoca successiva al rilascio.

Il provvedimento di revoca del nulla osta al lavoro, indipendentemente da come è denominato, rappresenta un vero e proprio annullamento d'ufficio per difetto, ab origine, dei presupposti per il relativo rilascio. ... omissisAtteso il tempo trascorso (oltre un anno) tra il rilascio del nulla osta, l'ingresso del lavoratore straniero in Italia e l'adozione dei provvedimenti impugnati, l'Amministrazione deve valutare e motivare riguardo l'affidamento maturato dal ricorrente e la sussistenza della buona fede dello stesso, al fine di concedere il permesso di soggiorno per l'assunzione da parte di altra ditta. (TAR Marche, Ancona, Ordin. Sosp. n. 268 del 06-07/05/09).

In caso di omesso esercizio dell'autotutela, ai fini di evitare la controversia, il danno erariale può concretizzarsi negli esborsi in eccedenza rispetto all'utilità della spesa per l'amministrazione, consistenti nelle spese legali che non avrebbe sopportato, se non avesse affrontato la controversia, malgrado un giudizio prognostico ex ante rendesse evidente l'illegittimità del provvedimento adottato; appare evidente l'incidenza causale che nella determinazione del danno è imputabile al responsabile, il quale ha indotto il giudizio, anziché adottare più congrue soluzioni. (C. Conti, Sez. Giurisd. Abruzzo, n. 799 del 2/10/07).

7.b.3)--Obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento di rilascio del nulla osta con un provvedimento motivato nel termine di legge. Conseguenze del silenzio inadempimento.

Ai sensi dell'art. 22 comma 5 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 "lo sportello unico per l'immigrazione, nel complessivo termine massimo di quaranta giorni dalla presentazione della richiesta, a condizione che siano state rispettate le prescrizioni di cui al comma 2 e le prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie, rilascia, in ogni caso, sentito il questore, il nulla osta nel rispetto dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi determinati a



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

norma dell'articolo 3, comma 4, e dell'articolo 21, e, a richiesta del datore di lavoro, trasmette la documentazione, ivi compreso il codice fiscale, agli uffici consolari, ove possibile in via telematica. Il nulla osta al lavoro subordinato ha validità per un periodo non superiore a sei mesi dalla data del rilascio”. Si è quindi in presenza di una attività che deve concludersi con un provvedimento espresso. In quest’ambito, in considerazione del complesso di elementi e requisiti che l’amministrazione deve acquisire e valutare, l’esame della fondatezza della pretesa può condurre solo alla declaratoria dell’obbligo di provvedere entro il termine fissato dal giudice. (TAR Puglia, Sez. II, Sentenza n. 2035 del 24/07-03/09/08).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO VIII

REVOCA DEL PROVVEDIMENTO DI ESPULSIONE - CONDIZIONI

8.a)--Straniero precedentemente espulso sotto false generalità, ammesso (attraverso la procedura dei flussi programmati) all'ingresso con le vere generalità e quindi inserito nel contesto socio-economico - Bilanciamento degli interessi - Insufficienza dell'affidamento, conseguente all'avvenuto successivo inserimento nell'attività lavorativa regolare, ai fini della revoca.

*“L'impossibilità di rilascio (del permesso di soggiorno) in presenza di intervenuta espulsione **differenzia la disciplina del caso in esame dall'ipotesi di regolarizzazione del lavoro irregolare**, secondo quanto previsto dall'art.1, comma 8 della legge n. 222\2002, disciplina in cui non rientra più la posizione del ricorrente, a seguito dell'ormai inoppugnabile definizione in senso negativo della relativa istanza proposta dal suo ex datore di lavoro. Il diniego di rilascio del permesso di soggiorno, quindi, non è subordinato, dagli artt. 4 e 5 del D.lgs.286\1998, alla valutazione della pericolosità dello straniero o alla presenza di particolari precedenti penali a suo carico, né è prevista deroga se nel frattempo si è inserito sotto il profilo sociale, rendendosi così non pertinenti le censure svolte sotto questi profili nel ricorso e in appello, basate sull'erroneo presupposto che la disciplina applicabile permanga quella posta dalla legge 222\2002 (anche se è peraltro da notare che la regolarizzazione, in base all'art.1, comma 8, della l.222\2002, non può essere concessa se il provvedimento di espulsione non è revocabile e, quindi, come precisa la stessa norma, allorché il destinatario, come il ricorrente, abbia lasciato il territorio nazionale e si trovi nelle condizioni di cui all'art.13, comma 13, del D.lgs. 286\98, cioè non sia rientrato nel territorio dello Stato in base a speciale autorizzazione del Ministro dell'interno, dal che si desume che il provvedimento espulsivo, non revocabile, era ostativo pure alla regolarizzazione, al di là della sua archiviazione disposta a seguito di licenziamento).*

*Poiché a seguito dei rilievi fotodattiloscopici il ricorrente risultava, sia pure sotto false generalità (in relazione alla data di nascita, 22.2.1982 anziché 22.3.1982) già destinatario del provvedimento di espulsione suddetto, in quanto “clandestino”, il richiesto permesso è stato correttamente negato ..., senza che, appunto si dovesse procedere ad ulteriori indagini sulla condotta tenuta nel periodo di permanenza nel territorio dello Stato e sulla sua situazione lavorativa, **stante il regime ordinario di rilascio del permesso di soggiorno** a cui era sottoposto il ricorrente”. (Consiglio di Stato, Sezione VI Giur. – Sentenza n. 2199/2006 del 13/12/05-20/04/06).*



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

8.b)--Straniero precedentemente espulso ed emerso dal lavoro irregolare – Richiesta di revoca dell'espulsione – Rilevanza dell'avvenuto inserimento nel contesto sociale.

Quando, invece, la presenza dello straniero sul territorio nazionale derivi da provvedimenti di natura “straordinaria” (tipicamente, l'emersione dal lavoro irregolare), la giurisprudenza appare orientata a privilegiare la tutela dell'affidamento, correlato al precedente provvedimento autorizzatorio alla permanenza, nel cui ambito assume rilevante incidenza l'avvenuto inserimento dello straniero nel contesto economico-sociale.

Pertanto, la valutazione delle richieste di revoca di precedenti espulsioni non potrà prescindere dalla considerazione (tendenzialmente prevalente) dell'avvenuta permanenza, per così dire “in buona fede” (tecnicamente: affidamento) in favore dello straniero, che ha prestato la propria attività lavorativa, senza incorrere in comportamenti gravemente illeciti e lesivi dell'ordine o della sicurezza pubblica.

L'eventuale rigetto della domanda di revoca dell'espulsione dovrà, conseguentemente, risultare supportato da ampia, adeguata istruttoria e puntuale motivazione; tali considerazioni emergono all'esame della recente pronuncia del Consiglio di Stato, adottata in fattispecie analoga, attinente all'annullamento di permesso di soggiorno, precedentemente rilasciato a soggetto già espulso e poi ammesso all'emersione.

La Sezione condivide, al riguardo, l'osservazione formulata dai primi giudici, i quali hanno correttamente rilevato che con il provvedimento impugnato l'amministrazione abbia sostanzialmente disposto l'annullamento d'ufficio del permesso di soggiorno originariamente assentito al ricorrente, senza adeguatamente motivare in ordine all'effettiva e attuale sussistenza di motivi ostativi alla permanenza dello straniero sul territorio italiano; ciò in evidente pregiudizio dell'affidamento del cittadino straniero sulle prerogative derivanti dall'accordata misura di regolarizzazione. Sotto questo profilo, peraltro, il richiamo operato dai giudici di primo grado alla disciplina introdotta dall'art. 1 del d.l. 195/2002 (in particolare per ciò che riguarda la valutazione delle “circostanze obiettive riguardanti l'inserimento sociale” dello straniero già destinatario di provvedimento di espulsione), non costituisce affatto applicazione analogica di una disciplina transitoria ed eccezionale; piuttosto esso individua i parametri di valutazione dell'interesse pubblico specifico ed attuale alla rimozione dell'atto.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

In ogni caso, va evidenziato che la posizione del richiedente il rinnovo, che abbia già visto positivamente valutata la propria posizione ai fini della sanatoria in applicazione del D.P.C.M. 16 ottobre 1998, si differenzia, proprio in ragione del precedente rilascio del permesso di soggiorno; pertanto, le condizioni di esercizio dell'autotutela non possono circoscriversi al rilievo del mero ripristino della legalità, ma si devono estendere alla individuazione di specifiche esigenze di pubblica sicurezza, nell'esercizio di una completa e circostanziata attività di autotutela che tenga conto anche della lecita permanenza dello straniero nel territorio dello Stato.

Deve, quindi, escludersi che la Questura possa disporre il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno in contrasto con il precedente provvedimento di regolarizzazione della posizione lavorativa, dovendo ogni eventuale riesame dello stesso essere informato alle regole per l'adozione del contrarius actus, con ogni effetto sull'attualità dell'interesse pubblico al ritiro del precedente atto di segno positivo. (Consiglio di Stato, Sezione VI Giur. – Sentenza n. 3091/2009 del 20/01/09-20/05/09).

8.c)--Impugnazione del diniego di nulla osta al lavoro subordinato – Legittimazione del solo datore di lavoro richiedente – Inammissibilità del ricorso proposto dallo straniero proposto quale lavoratore.

La giurisprudenza più recente, sebbene in primo grado, sembra orientata ad escludere la legittimazione dello straniero, in favore del quale è stato richiesto il nulla osta, ad impugnarne il diniego.

A fronte, infatti di talune pronunce che ritengono ammissibile il gravame proposto dallo straniero (cfr. TAR Marche – Ancona – Sentenza n. 875/2009 del 08/07-05/08/09; TAR Veneto – Venezia – Sentenza n. 328/2009 del 28/01/09), ritenendo il diniego atto connotato da pluralità di destinatari, senza particolare analitica motivazione, sembra in realtà più condivisibile (sul principio) l'ampia e articolata motivazione in contrario, adottata dal TAR Lombardia. (Sentenza n.4058/2009, del 9/6-17/06/2009).

Ad una attenta lettura, tuttavia, non sfugge l'oggetto del giudizio, attinente ad una fattispecie di "silenzio inadempimento"; il ricorrente, infatti, non può impugnare un provvedimento del quale ignora, in ipotesi, anche l'esistenza e che, comunque, non è stato adottato, ma deduce l'illegittimità di un comportamento, di cui chiede la rimozione giuridica con il rimedio consentito



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

dall'ordinamento (nomina di commissario ad acta, per l'adozione del decreto conclusivo), più in ragione della violazione della legge n. 241/90 che non delle disposizioni del T.U..

Altra fondamentale distinzione, a tal proposito, ma anche, come si è detto, in linea generale, attiene alle due differenti fattispecie relative, rispettivamente, alla concessione o diniego del nulla osta al lavoro o, invece, alla decisione sulla richiesta di regolarizzazione.

La posizione di fatto e giuridica dello straniero è, indubbiamente, diversa per ciascuna delle ipotesi considerate: la situazione relativa allo straniero in attesa di nulla osta, non può che essere quella delineata dal TAR Lombardia (ancorché, come si è visto, in fattispecie di silenzio inadempimento):

“Quanto alla legitimatio ad causam dell' odierno ricorrente, intesa nei termini tradizionali come sopra plasticamente rappresentati e da valutarsi in via astratta, essa non può dirsi sussistente, anche se, il riverberarsi degli effetti della sentenza attinge la posizione del ricorrente.

L'eventuale accoglimento della pretesa da esso vantata, infatti, produrrebbe effetti mediati nei propri confronti, tenuto conto del petitum avanzato nel ricorso (testualmente: annullamento del silenzio sulla domanda di nulla osta e nomina del Commissario ad acta per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento di rilascio del nulla osta all'assunzione di lavoratore straniero).

Rispetto, poi, alla legittimazione a ricorrere, è indubbio che la stessa deve essere valutata in concreto e postula una verifica della azione amministrativa sottoposta a scrutinio, condotta alla luce del costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale “la legittimazione ad impugnare un provvedimento amministrativo deve essere direttamente correlata alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal provvedimento e postula l'esistenza di un interesse attuale e concreto all'annullamento dell'atto; altrimenti l'impugnativa verrebbe degradata al rango di azione popolare a tutela dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, con conseguente ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, in insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che la normativa legislativa e quella costituzionale hanno attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa.” (Consiglio Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4544; nello stesso senso Cons. Stato sez.VI, 1 luglio 2008 n.3326).

Come è noto, infatti, nel processo amministrativo, come nel processo civile, salva espressa previsione di legge, “non è ammessa l'azione popolare, ossia l'azione volta ad ottenere un mero controllo oggettivo della legittimità di un provvedimento amministrativo da parte del giudice per iniziativa del “quisque de populo”(così, Consiglio Stato , sez. VI, 05 dicembre 2002, n. 6657):



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

questo “polo restrittivo” dell’elaborazione giurisprudenziale costituisce un cardine del sistema processuale amministrativo e non è mai stato seriamente posto in dubbio.

Ne è corollario la costante affermazione della necessità che sussista un interesse a ricorrere, connotato tanto dalla personalità e dall’attualità della lesione subita, quanto dal vantaggio ottenibile. (ex multis Consiglio Stato , sez. IV, 23 giugno 2005, n. 3352).

Consegue da ciò che – per affermare la legittimazione al ricorso del lavoratore extracomunitario oggetto della domanda nominativa di nulla osta – è necessario verificare se, in capo allo stesso, sussista la titolarità dell’interesse sostanziale leso.

A tal fine, non v’è dubbio che l’esame debba partire proprio dalla disciplina dei flussi migratori prevista dagli artt. 21 e ss del d.lgs. n.286/1998, onde stabilire se da essa sia ricavabile una posizione di interesse legittimo, ritagliata dal legislatore del T.U. sull’immigrazione in capo all’aspirante lavoratore straniero, così come individuato nella richiesta di nulla osta.

Ebbene, valorizzando la nota definizione di interesse legittimo, già avallata dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza n.500/1999, come “la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene”, deve senz’altro escludersi in capo all’odierno ricorrente la titolarità del suindicato interesse sostanziale.

Il nulla osta di cui è causa, infatti, dev’essere rilasciato al datore di lavoro autore della richiesta nominativa di assunzione e, su impulso dello stesso datore, dev’essere trasmesso agli Uffici consolari del paese di residenza o di origine del lavoratore.

Nessuna iniziativa è prevista, in tale contesto, in capo al lavoratore che, del resto, per la stessa ratio della normativa in questione (concernente i flussi di ingresso dei cittadini extracomunitari), deve presumersi essere dimorante all’estero, in territorio extracomunitario. A conferma di tale assunto, basti notare che, soltanto dopo che la documentazione elaborata dallo sportello unico è stata trasmessa, “a richiesta del datore di lavoro”, agli Uffici consolari del paese di residenza o di origine dello straniero, tali uffici da ultimo menzionati, “dopo gli accertamenti di rito”, provvedono a rilasciare allo straniero il visto d’ingresso (comma 6° art. cit.), senza il quale il lavoratore extracomunitario non può fare ingresso in Italia per motivi di lavoro (comma 8°).

Da quanto suesposto appare chiaro come, rispetto al nulla osta di che trattasi, l’unico soggetto che possa vantare una posizione giuridica qualificata e differenziata al rilascio è il datore di lavoro che ha sottoscritto la domanda di assunzione e a cui è rimessa, in via esclusiva, la decisione di trasmettere il nulla osta alle autorità consolari del Paese di provenienza del lavoratore extracomunitario, per l’ulteriore prosieguo della procedura d’ingresso in Italia del lavoratore medesimo.

Nessuna posizione giuridica qualificata vanta, quindi, in ordine al medesimo documento, il lavoratore extracomunitario.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

In tal senso, il Collegio non può che dissentire dalla recente decisione, richiamata nel ricorso introduttivo, assunta dal TAR Veneto in ordine ad analoga vicenda, laddove si è ritenuto ammissibile il ricorso sul presupposto che, benché l'originaria richiesta di nulla osta nominativo al lavoro sia stata presentata da un soggetto diverso dal ricorrente (e, cioè, dal datore di lavoro), "il provvedimento finale di cui si chiede l'adozione si configura come atto avente una pluralità di destinatari, uno dei quali è certamente la cittadina straniera odierna ricorrente." (cfr. Tar Veneto sent. n. 328/2009).

Da tale qualificazione, secondo la cit. sentenza, conseguirebbe una legittimazione concorrente alla proposizione del ricorso avverso l'inerzia serbata dall'Amministrazione, in quanto, in merito alla pretesa sostanziale, anche il ricorrente sarebbe titolare di un interesse qualificato e differenziato da far valere in giudizio.

Senonché, mentre è in parte condivisibile la premessa per cui il nulla osta si presenta come atto avente astrattamente una pluralità di destinatari, in virtù degli effetti mediati che lo stesso esplica in capo al lavoratore, non altrettanto avallabile è la conclusione raggiunta a proposito della legittimazione a ricorrere, stante il difetto di titolarità di un interesse qualificato e differenziato in capo al lavoratore extracomunitario in ordine al predetto nulla osta.

A parere di questo giudice, infatti, preme ribadire come l'unico interesse legittimo che emerge, in relazione alla procedura per cui è causa, sia quello del datore di lavoro a cui soltanto è attribuita, nel contesto in esame, la possibilità di influire sul corretto esercizio del potere dell'amministrazione procedente.

Tanto premesso, il ricorso va dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione attiva al ricorso." (TAR Lombardia – Milano – Sentenza n. 4058/2009 Reg. Sent. del 09/06-17/06/09).

Diversa appare, all'evidenza, la situazione dello straniero in attesa di regolarizzazione; egli, infatti, è già presente sul territorio nazionale ed il diniego, o il silenzio inadempimento, ancorché operanti direttamente e formalmente nei confronti del datore di lavoro richiedente, incidono in maniera sostanziale sul diritto a svolgere attività lavorativa, costituzionalmente tutelato.

Alla luce di tali considerazioni, nel senso di concedere, ragionevolmente, una tutela più incisiva al soggetto già presente nello Stato (rispetto a chi si trova ancora all'estero), con riguardo (e prevalenza) al suo diritto di lavorare legalmente, può probabilmente leggersi la statuizione del TAR Marche, elidendone, almeno in parte, il contrasto con il TAR Lombardia, secondo le pronunce citate.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO IX

IL REGIME GIURIDICO DELLE IMPUGNAZIONI – L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

I provvedimenti di rigetto sono, com'è noto, suscettibili di impugnazione, alternativamente in via gerarchica, giurisdizionale o straordinaria.

Il D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, disciplina l'iter dei ricorsi amministrativi, non giurisdizionali, nei termini che seguono.

9.a)--Ricorsi gerarchici (Capo I –D.P.R.1199/1971) – Art. 1 --- Ricorso

Contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità e di merito, da parte di chi vi abbia interesse.

Contro gli atti amministrativi dei Ministri, di enti pubblici o di organi collegiali è ammesso ricorso da parte di chi vi abbia interesse nei casi, nei limiti e con le modalità previsti dalla legge o dagli ordinamenti dei singoli enti.

La comunicazione degli atti soggetti a ricorso ai sensi del presente articolo deve recare l'indicazione del termine e dell'organo cui il ricorso deve essere presentato.

9.a.1)--Art. 2 ---Termine – Presentazione.

Il ricorso deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla data della notificazione o della comunicazione in via amministrativa dell'atto impugnato e da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza.

Il ricorso è presentato all'organo indicato nella comunicazione o a quello che ha emanato l'atto impugnato direttamente o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Nel primo caso, l'ufficio ne rilascia ricevuta. Quando il ricorso è inviato a mezzo posta, la data di spedizione vale quale data di presentazione.

I ricorsi rivolti, nel termine prescritto, a organi diversi da quello competente, ma appartenenti alla medesima amministrazione, non sono soggetti a dichiarazione di irricevibilità e i ricorsi stessi sono trasmessi d'ufficio all'organo competente.

9.a.2)---Art. 3 ---Sospensione dell'esecuzione.

D'ufficio o su domanda del ricorrente proposta nello stesso ricorso o in successiva istanza da presentarsi nei modi previsti dall'art 2, secondo comma, l'organo decidente può sospendere per gravi motivi l'esecuzione dell'atto impugnato.

9.a.3)---Art. 4 ---Istruttoria.

L'organo decidente, qualora non vi abbia già provveduto il ricorrente, comunica il ricorso agli altri soggetti direttamente interessati ed individuabili sulla base dell'atto impugnato.

Entro venti giorni dalla comunicazione del ricorso gli interessati possono presentare all'organo cui è diretto deduzioni e documenti.

L'organo decidente può disporre gli accertamenti che ritiene utili ai fini della decisione del ricorso.

9.a.4)---Art. 5---Decisione.

L'organo decidente, se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto, lo dichiara inammissibile. Se ravvisa una irregolarità sanabile, assegna al ricorrente un termine per la regolarizzazione e, se questi non vi provvede, dichiara il ricorso improcedibile. Se riconosce infondato il ricorso, lo respinge. Se lo accoglie per incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'organo competente. Se lo accoglie per altri motivi di legittimità o per motivi di merito, annulla o riforma l'atto salvo, ove occorra, il rinvio dell'affare all'organo che lo ha emanato.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

La decisione deve essere motivata e deve essere emessa e comunicata all'organo o all'ente che ha emanato l'atto impugnato, al ricorrente e agli altri interessati, ai quali sia stato comunicato il ricorso, in via amministrativa o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

9.a.5)---Art. 6---Silenzio.

Decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica.”.

Art. 7... omissis ...

E' opportuno richiamare l'attenzione sulla disposizione di cui all'art. 1, secondo cui il rimedio gerarchico opera esclusivamente avverso provvedimenti non definitivi: nella prassi, rinvenibili prevalentemente nell'attività delle Questure.

La qualificazione giuridica degli atti amministrativi “non definitivi”, quando non risulti direttamente definita dalla norma per il singolo atto, non è, in generale, di agevole ed immediata constatazione; tuttavia, nell'ambito della competenza prefettizia in esame, non sono emerse, in proposito, difficoltà di rilievo, trattandosi di tipologie ricorrenti, la cui natura giuridica è pacifica, con la correlativa facoltà di impugnazione gerarchica, di regola, esplicitamente riportata sul provvedimento medesimo.

Verificata l'osservanza dei termini entro cui il ricorso è stato presentato, al fine di valutarne la ricevibilità, resta quindi da definirne l'ammissibilità, prima di passare all'istruttoria ed alla fase di merito.

Condizioni imprescindibili per l'ammissibilità dell'impugnazione sono, com'è noto, la sussistenza dell'interesse (nelle sue solite connotazioni di attualità e concretezza) e la legittimazione (in capo al titolare del rapporto giuridico, in genere ed in sostanza il soggetto destinatario diretto del provvedimento impugnato).



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Prescindendo dalla verifica (teoricamente necessaria) sull'esistenza di eventuali controinteressati, a cui effettuare la comunicazione di legge, la fase istruttoria, nell'ambito considerato, si esaurisce, di regola, con l'acquisizione del rapporto controdeduttivo a cura dell'organo che ha emanato il provvedimento.

Particolare cura dovrà, peraltro, aversi nell'osservanza dei termini, in considerazione dell'obbligo normativo di provvedere entro novanta giorni (diversamente può formarsi un silenzio rigetto, in ipotesi illegittimo e possibile fonte di responsabilità), ancorché le controdeduzioni non fossero ancora disponibili: la decisione dovrà essere assunta allo stato degli atti, provvedendo, se necessario (non quando si pongono solo questioni in diritto, ma sono controversi elementi in fatto) ad attingere da altre fonti le informazioni indispensabili.

La formula adottata dal legislatore (art. 4, u.c.) è talmente ampia da non escludere, ma, anzi, da rendere doveroso il ricorso a fonti di prova di qualunque genere e, quindi, non solo documentali, qualora se ne ravvisi (motivatamente) la rilevanza ai fini della definizione.

La motivazione, come sempre, deve essere puntuale ed esaustiva; nella prassi risulta spesso trascurata l'opportunità, concessa dal legislatore, di riformare (anziché annullare o confermare) il provvedimento gravato; così come la possibilità di rinviare gli atti all'organo emanante, ai fini di un motivato riesame o di una diversa più approfondita istruttoria.

Analogamente, nel corso dell'istruttoria, risulterà estremamente opportuno valutare la necessità di sospendere o meno l'esecutorietà dell'atto, a norma dell'art. 2 (previsione ora confermata in via generale dall'art. 21 quater, comma secondo, della legge n. 241/90).

La decisione preliminare sulla sospensione deve ritenersi obbligatoria, secondo i principi generali, quando il ricorrente ne abbia fatta richiesta; può, tuttavia, risultare altrettanto necessaria, di ufficio, quando emergano fondati indizi sulla illegittimità del provvedimento oggetto del riesame.

L'esecuzione anticipata, infatti, può, in tali ipotesi, indurre pregiudizi risarcibili; la legge prescrive, quale presupposto, l'esistenza di "gravi motivi" (art. 2 DPR 1199/71), ovvero, in forma equipollente, di "gravi ragioni" (art. 21 quater, L. 241/90).

Entrambe le espressioni normative, nella giurisprudenza prevalente, sono sempre state analizzate sotto la duplice articolazione, rispettivamente in termini di pregiudizio grave, a carico del ricorrente, e di probabile illegittimità in diritto nella motivazione provvedimentoale in esame.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo

Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Occorre, in buona sostanza, una ragionata previsione circa l'esito del ricorso, in funzione degli elementi addotti dal ricorrente, rapportati alle evidenze istruttorie disponibili; il presupposto del danno grave, nella tipologia di competenza, di regola sussiste, trattandosi, in genere, di limitazioni a diritti costituzionali (ingresso e permanenza sul territorio; svolgimento di attività lavorativa); l'elemento in fatto, tuttavia, deve coesistere con la presunta prevedibile illegittimità in diritto, correlata ai vizi tipici, quali eccesso di potere, violazione di legge (in particolare della legge n. 241/90).

Trattasi di rimedi che, lungi dal considerarsi desueti, acquistano nuovo vigore alla luce delle previsioni normative tendenti alla riduzione dell'attività contenziosa (ed in materia di buone prassi, con ricadute non irrilevanti sulla valutazione dell'attività svolta), spesso sufficienti ad accelerare significativamente la definizione dei procedimenti, senza seguiti giurisdizionali.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO X

RICORSI STRAORDINARI AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA (CAPO III – D.P.R. N. 1199/1971)

L'impugnazione straordinaria è ammessa, a differenza di quella gerarchica, solo contro atti definitivi; la normativa di riferimento è la seguente, limitata alle parti applicabili.

10.a)--Art. 8 -- Ricorso.

Contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse.

Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato.

10.b)--Art. 9 --Termine – Presentazione.

Il ricorso deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell'atto impugnato o da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza.

Nel detto termine, il ricorso deve essere notificato nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali ad uno almeno dei controinteressati e presentato con la prova dell'eseguita notificazione all'organo che ha emanato l'atto o al Ministero competente, direttamente o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Nel primo caso l'ufficio ne rilascia ricevuta. Quando il ricorso è inviato a mezzo posta, la data di spedizione vale quale data di presentazione.

L'organo, che ha ricevuto il ricorso, lo trasmette immediatamente al Ministero competente, al quale riferisce.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Ai controinteressati è assegnato un termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso per presentare al Ministero che istruisce l'affare deduzioni e documenti ed eventualmente per proporre ricorso incidentale.

Quando il ricorso sia stato notificato ad alcuni soltanto dei controinteressati, il Ministero ordina l'integrazione del procedimento, determinando i soggetti cui il ricorso stesso deve essere notificato e le modalità e i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere all'integrazione.

Art.10. ... omissis ...

10.c)--Art. 11-- Istruttoria del ricorso - Richiesta di parere.

Entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto dall'art. 9, quarto comma, il ricorso, istruito dal Ministero competente, è trasmesso, insieme con gli atti e i documenti che vi si riferiscono, al Consiglio di Stato per il parere.

Trascorso il detto termine, il ricorrente può richiedere, con atto notificato al Ministero competente, se il ricorso sia stato trasmesso al Consiglio di Stato. In caso di risposta negativa o di mancata risposta entro trenta giorni, lo stesso ricorrente può depositare direttamente copia del ricorso presso il Consiglio di Stato.

I ricorsi con i quali si impugnano atti di enti pubblici in materie per le quali manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato Ministero devono essere presentati alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che ne cura la relativa istruttoria.

10.d)--Art. 12 -- Organo competente ad esprimere il parere sul ricorso straordinario.

Il parere sul ricorso straordinario è espresso dalla sezione o dalla commissione speciale, alla quale il ricorso è assegnato.

La sezione o la commissione speciale, se rileva che il punto di diritto sottoposto al loro esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, può rimettere il ricorso all'Adunanza generale.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Prima dell'espressione del parere il presidente del Consiglio di Stato può deferire alla Adunanza generale qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza.

Nei casi previsti nei due commi precedenti l'Adunanza generale esprime il parere su preavviso della sezione o della commissione speciale, alla quale il ricorso è assegnato.

10.e)--Art. 13 -- Parere su ricorso straordinario.

L'organo al quale è assegnato il ricorso, se riconosce che l'istruttoria è incompleta o che i fatti affermati nell'atto impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed a produrre nuovi documenti. Se il ricorso sia stato notificato ad alcuni soltanto dei controinteressati, manda allo stesso Ministero di ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri secondo le modalità previste nell'art. 9, quinto comma. Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati. Se l'istruttoria è completa e il contraddittorio è regolare, esprime parere:

- a) per la dichiarazione di inammissibilità, se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto, salva la facoltà dell'assegnazione di un breve termine per presentare all'organo competente il ricorso proposto, per errore ritenuto scusabile, contro atti non definitivi;
- b) per l'assegnazione al ricorrente di un termine per la regolarizzazione, se ravvisa una irregolarità sanabile, e, se questi non vi provvede, per la dichiarazione di improcedibilità del ricorso;
- c) per la reiezione, se riconosce infondato il ricorso;



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

d) per accoglimento e la rimessione degli atti all'organo competente, se riconosce fondato il ricorso per il motivo di incompetenza;

e) per l'accoglimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, se riconosce fondato il ricorso per altri motivi di legittimità.

10.f)--Art. 14 --Decisione del ricorso straordinario.

La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato.

Qualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo, del decreto stesso deve essere data, a cura dell'amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati.

Nel caso di omissione da parte dell'amministrazione, può provvedervi la parte interessata, ma le spese sono a carico dell'amministrazione stessa.”

Art. 15 e seguenti ...omissis

L'adempimento a carico della struttura periferica, per i casi di impugnazione straordinaria, è limitato all'invio alla struttura centrale di una relazione contro deduttiva completa e tempestiva, corredata di copia degli atti e dei documenti del procedimento; in particolare, occorre allegare la copia del decreto impugnato, completo della relazione di notificazione, per consentire la valutazione preliminare sulla tempestività del ricorso.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

E' senz'altro opportuno curare l'invio delle controdeduzioni e della documentazione unitamente al ricorso, senza attendere la specifica richiesta della Direzione Centrale, per esigenze di celerità.

Contestualmente, dovrà essere effettuata la valutazione sulla necessità di sospendere il provvedimento impugnato, conformemente a quanto già rilevato in materia di ricorsi gerarchici: ovvero, secondo una ragionata previsione circa l'esito del ricorso, in funzione delle evidenze istruttorie disponibili e delle considerazioni in diritto, avanzate dal ricorrente.

In tale fase, occorrerà, doverosamente, esaminare l'adozione di eventuali iniziative di autotutela, come evidenziato nella specifica sezione.

Il rapporto alla struttura centrale dovrà considerare le condizioni di ricevibilità (legate alla tempestività del ricorso); di procedibilità (tipicamente, il difetto di interesse, in presenza di una sopravvenuta revoca, rettifica, modifica del decreto iniziale); quelle di ammissibilità, correlate, in genere, a precedente impugnazione in sede giurisdizionale, in violazione del principio di alternatività e, quindi, le considerazioni di merito.

All'esito del procedimento, sarà cura della struttura periferica far notificare il Decreto Presidenziale all'interessato, di regola al domicilio eletto presso il suo difensore.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CAPITOLO XI

DISCIPLINA TRIBUTARIA DEI RICORSI GERARCHICI E STRAORDINARI

(D.P.R. N. 642/1972)

11.a)--Verifica della corresponsione dell'imposta di bollo.

Il D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642, integrato con il D.M. 20 agosto 1992 e le successive disposizioni, assoggetta i ricorsi (gerarchici e straordinari) all'imposta di bollo, che deve essere corrisposta (ordinariamente a mezzo marche) ogni quattro fogli, oltre che sulla procura al difensore, che è, ai fini fiscali, considerata atto autonomo, in ragione di Euro 14,62 -. (Art. 3, parte I, Tariffa Allegato A).

La struttura ricevente, qualora verifichi la mancata preventiva corresponsione dell'imposta, dovrà attivarsi, al fine di evitare la responsabilità solidale nei confronti dell'erario, anche in relazione alle conseguenti sanzioni.

L'atto redatto in violazione della norma, se presentato personalmente, potrebbe, opportunamente, essere restituito con invito alla regolarizzazione; in caso di rifiuto o di trasmissione per corrispondenza, dovrà essere inviato in originale all'Agenzia delle Entrate per l'applicazione dell'imposta e delle sanzioni, curandone preventivamente l'estrazione di copia in carta libera da inoltrare comunque alla Direzione Centrale per il seguito dell'istruttoria, senza indurre ritardi.

11.b)--Estratto della normativa relativa agli obblighi dei funzionari e delle sanzioni.

L'omessa verifica della corresponsione dell'imposta di bollo, oltre che a produrre pregiudizio all'erario, è espressamente sanzionata, secondo le disposizioni che seguono, stabilite dal D.P.R. n. 642/1972.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

Art. 19.

Obblighi degli arbitri, dei funzionari e dei pubblici ufficiali.

*Salvo quanto disposto dai successivi articoli 20 e 21, i giudici, i funzionari e i dipendenti dell'Amministrazione dello Stato, degli enti pubblici territoriali e dei rispettivi organi di controllo, i pubblici ufficiali, i cancellieri e segretari, nonché gli arbitri **non possono rifiutarsi** di ricevere in deposito o accettare la produzione o assumere a base dei loro provvedimenti, allegare o enunciare nei loro atti, i documenti, gli atti e registri non in regola con le disposizioni del presente decreto. **Tuttavia gli atti, i documenti e i registri o la copia degli stessi devono essere inviati a cura dell'ufficio che li ha ricevuti e, per l'autorità giudiziaria, a cura del cancelliere o segretario, per la loro regolarizzazione ai sensi dell'art. 31, al competente ufficio del registro (oggi Agenzia delle Entrate) entro trenta giorni dalla data di ricevimento ovvero dalla data del deposito o della pubblicazione del provvedimento giurisdizionale o del lodo .***

Art. 24.

Sanzioni a carico di soggetti tenuti a specifici adempimenti.

L'inosservanza degli obblighi stabiliti dall'articolo 19 è punita, per ogni atto, documento o registro, con sanzione amministrativa da lire duecentomila a lire quattrocentomila.

Art. 31.

Regolarizzazione degli atti emessi in violazione delle norme del presente decreto.

Gli atti e i documenti soggetti a bollo, per i quali l'imposta dovuta non sia stata assolta o sia stata assolta in misura insufficiente, debbono essere sempre regolarizzati mediante il pagamento dell'imposta non corrisposta o del supplemento di essa nella misura vigente al momento dell'accertamento della violazione.

*La regolarizzazione è eseguita esclusivamente dagli Uffici del registro mediante **annotazione** sull'atto o documento della sanzione amministrativa riscossa.*

Nell'ipotesi prevista dall'art. 19 la regolarizzazione avviene sull'originale o sulla copia inviata all'ufficio del registro.



Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo
Servizio II Ufficio Studi e contenzioso - Tel. 06-465-26198 – E-mail : piero.raimondi@interno.it

CONCLUSIONI

Possono, in conclusione e per completezza, delinearsi ancora alcuni cenni in materia di impugnazioni in sede giurisdizionale.

Gli adempimenti correlati alle impugnazioni davanti ai Tribunali Amministrativi Regionali sono curati dalle Avvocature Distrettuali dello Stato, per quanto riguarda la costituzione e la difesa in giudizio; ancorché il soggetto intimato resti, di regola, il Ministero, in quanto dotato di personalità giuridica, la struttura periferica resta coinvolta per la formulazione del rapporto contro deduttivo, da redigere in analogia a quanto indicato per i ricorsi straordinari e da inviare tempestivamente all'Avvocatura richiedente ed alla struttura centrale.

Trovano applicazione le considerazioni relative all'autotutela, mentre per quanto riguarda la sospensione interinale dell'esecutorietà del provvedimento, provvede normalmente il Tribunale: ai fini di una decisione favorevole all'Amministrazione, appare, tuttavia, indispensabile fornire il rapporto in tempi estremamente ristretti.

Le impugnazioni devolute ai Tribunali Ordinari sono, analogamente, gestite dalle Avvocature Distrettuali, spesso con delega a funzionari della struttura prefettizia territoriale, che potranno svolgere le funzioni di rappresentanza, richiedendo e seguendo le istruzioni dell'organo delegante.

I ricorsi davanti ai Giudici di Pace non necessitano, com'è noto, di rappresentanza e difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato; i funzionari incaricati potranno sostenere le ragioni dell'Amministrazione senza particolari vincoli o formalità, per la natura del giudizio e la procedura semplificata che lo regola.
