

Publicato il 08/03/2022

**N. 00548/2022 REG.PROV.COLL.**

**N. 02075/2020 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2075 del 2020, proposto da

- Epifanio Cespedes Flores, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Leonardo Bardi e Leonardo Bottone ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Milano, Via Raffaello Bertieri n. 1;

**contro**

- il Ministero dell'Interno, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il Ministero della Salute, in persona dei rispettivi Ministri pro-tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliati presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

**per l'annullamento,**

- del decreto 11 agosto 2020, prot. n. 5202, notificato il 25 agosto 2020, con cui il Questore della Provincia di Monza e della Brianza ha dichiarato inammissibile la domanda inoltrata ex art. 103 del decreto legge n. 34 del 2020;

- nonché, per quanto occorrer possa, del Decreto Interministeriale 27 maggio 2020, nella misura in cui, nella sua valenza di regolamento volizione-preliminare, costituisce fonte del provvedimento questorile impugnato in via principale;

- nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dei Ministeri dell'Interno, dell'Economia e delle Finanze, del Lavoro e delle Politiche Sociali e della Salute;

Vista l'ordinanza n. 1534/2020 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Udito, all'udienza pubblica del 4 febbraio 2022, il difensore delle Amministrazioni resistenti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso notificato in data 28 ottobre 2020 e depositato il 21 novembre successivo, il ricorrente ha impugnato il decreto 11 agosto 2020, prot. n. 5202, con cui il Questore della Provincia di Monza e della Brianza ha dichiarato inammissibile la domanda inoltrata ex art. 103 del decreto legge n. 34 del 2020, attraverso la quale *"i cittadini stranieri, con permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, non rinnovato o convertito in altro titolo di soggiorno, possono richiedere (...) un permesso di soggiorno temporaneo, valido solo nel territorio nazionale, della durata di mesi sei dalla presentazione dell'istanza"*.

Il ricorrente, già titolare di permesso di soggiorno per motivi di attesa asilo valido fino al 20 maggio 2020, in epoca antecedente al 31 ottobre 2019 ha svolto attività di lavoro subordinato come addetto carico e scarico per una impresa di autotrasporti; il predetto, in data 4 agosto 2020, ha presentato la domanda di cui all'art. 103, comma 2, del decreto legge n. 34 del 2020, al fine di beneficiare, in ragione dell'emergenza pandemica, di un permesso di soggiorno temporaneo, valido solo nel territorio nazionale, della durata di sei mesi dalla presentazione dell'istanza. La Questura di Monza e della Brianza ha concluso il procedimento con un provvedimento di archiviazione/inammissibilità, avendo rilevato l'assenza (i) del passaporto, (ii) del permesso di soggiorni scaduto di validità, (i) di un rapporto lavorativo in un uno dei tre comparti elencati dalla normativa e (i) di una dimora abituale. La parte ricorrente ha evidenziato tuttavia come il proprio passaporto fosse in

possesso della stessa Amministrazione procedente, che era altresì a conoscenza della sua residenza nel Comune di Villasanta, e che la rinuncia alla procedura di asilo avviata in suo favore avrebbe dovuto essere sollecitata in fase endoprocedimentale dalla stessa P.A., che non ha ritenuto nemmeno di comunicare il preavviso di rigetto.

Assumendo l'illegittimità del predetto provvedimento di archiviazione/inammissibilità della sua istanza, il ricorrente ne ha chiesto l'annullamento, in primo luogo, per violazione e/o omessa e/o erronea applicazione dell'art. 2, comma 1, e dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, per violazione e/o omessa e/o erronea applicazione del combinato disposto dell'art. 103 del decreto legge n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020, e dell'art. 7, comma 1, lett. b, del Decreto Interministeriale 27 maggio 2020, per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà della motivazione, per carenza di istruttoria, per travisamento dei fatti e per difetto dei presupposti.

Poi è stata dedotta la violazione del principio dell'effetto utile della Direttiva n. 2003/109/CE, in combinato con il secondo comma dell'art. 10 della Costituzione.

Inoltre sono stati dedotti la violazione e/o omessa e/o erronea applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, l'illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 103 del decreto legge n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020, la violazione e/o omessa e/o erronea applicazione dell'art. 97 della Costituzione, in relazione ai principi di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A., l'eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà della motivazione, per difetto di istruttoria, per disparità di trattamento e per ingiustizia manifesta.

Infine, è stata eccepita la violazione e/o omessa e/o erronea applicazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 14 e all'art. 1 Primo Protocollo C.E.D.U. e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si sono costituiti in giudizio i Ministeri dell'Interno, dell'Economia e delle Finanze, del Lavoro e delle Politiche Sociali e della Salute, che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 1534/2020 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 4 febbraio 2022, su richiesta del difensore delle Amministrazioni resistenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei sensi di seguito specificati.

2. Assume carattere assorbente la prima censura del gravame, riguardante la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 per mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

Nella specie, la domanda del ricorrente finalizzata a ottenere il permesso di soggiorno di natura temporanea è stata dichiarata inammissibile, in ragione di carenze di natura documentale, ovvero per l'assenza (i) del passaporto, (ii) del permesso di soggiorni scaduto di validità, (i) di un rapporto lavorativo in un uno dei tre comparti elencati dalla normativa e (i) di una dimora abituale; in tale frangente incombeva sull'Amministrazione l'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto, così da consentire al soggetto interessato di poter interloquire e addurre gli elementi in proprio favore, eventualmente integrando la documentazione mancante o esponendo le ragioni per le quali le riscontrate carenze non fossero da considerare ostative al rilascio del permesso in suo favore. In senso contrario, non rileva la circostanza che si tratti di un procedimento a esito vincolato, poiché tale aspetto non impedisce all'amministrato di addurre elementi fattuali in grado di orientare diversamente l'azione dell'Amministrazione. Peraltro, con riguardo ai provvedimenti che in via di fatto risultano a contenuto vincolato, si deve altresì rilevare che l'art. 12, comma 1, lett. i, del decreto legge n. 76 del 2020, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto di giudizio, ha modificato l'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, precisando che la disposizione di cui al secondo periodo dell'art. 21-octies – relativa ai provvedimenti adottati in seguito a violazioni procedurali per i quali l'Amministrazione dimostri in giudizio che il loro contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato – non si applica al provvedimento assunto in violazione dell'art. 10-bis della richiamata legge n. 241 del 1990 (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I ter, 22 giugno 2021, n. 7440).

Del resto, in presenza di situazioni complesse, sia pure da un punto di vista fattuale, cui conseguono effetti di una certa gravità, devono essere assicurate le garanzie partecipative al procedimento, poiché *«la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse come quella in questione; la giurisprudenza più avveduta afferma la sussistenza dell'obbligo di avviso dell'avvio anche nella ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa (cfr. C.d.S. sez. VI 20.4.2000 n. 2443; C.d.S. 2953/2004; 2307/2004 e*

396/2004). Invero, non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19/10/2006, n. 8683). Tale principio è stato riaffermato di recente dalla giurisprudenza sostenendo che "È illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva "comunicazione di avvio del procedimento" ex art. 7 l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerge che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso" (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 26/08/2020, n. 750)"» (Consiglio di Stato, III, 14 settembre 2021, n. 6288; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 4 febbraio 2022, n. 262).

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato, con cui è stata dichiarata inammissibile la richiesta del ricorrente, non è stato preceduto dalla comunicazione del preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, e per quanto evidenziato in precedenza l'impugnata determinazione non può essere ritenuta legittima.

2.1. A ciò consegue l'accoglimento dello scrutinato motivo.

3. La fondatezza di tale censura determina, previo assorbimento delle restanti doglianze, l'accoglimento del ricorso, cui consegue l'annullamento dell'atto impugnato.

4. Avuto riguardo al complessivo andamento della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore del ricorrente a carico delle Amministrazioni resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'atto con lo stesso ricorso impugnato.

Spese compensate, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore del ricorrente a carico delle Amministrazioni resistenti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 4 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Antonio De Vita**

**IL PRESIDENTE**

**Gabriele Nunziata**

IL SEGRETARIO