

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2020

STRANIERI, PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E GARANZIE PARTECIPATIVE

di Annamaria Bonomo

Abstract: Il lavoro attraverso l'analisi delle ipotesi di deroga adottate dalla nostra amministrazione come ragioni di esclusione della partecipazione nei procedimenti che interessano soggetti stranieri, si interroga, alla luce dell'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990, sull'adeguatezza di una presunzione normativa di vincolatività prevista per la gran parte dei provvedimenti in materia di immigrazione, al fine di misurare gli effetti che tale assunto produce in termini di garanzie partecipative degli stranieri. L'analisi evidenzia come l'adozione di formule standardizzate, confezionate in serie sulla base di parametri rigidi che vincolano il risultato finale, possa rivelarsi inefficace laddove modalità decisionali "su misura" consentirebbero all'amministrazione di modulare più adeguatamente la propria decisione, proprio con riferimento a provvedimenti i cui destinatari si trovano in una condizione di indubbia soggezione nei confronti del potere amministrativo e sono per questo maggiormente vulnerabili.

Abstract: The paper, through the analysis of exemptions applied by our administrative authorities as reasons for omitting the involvement of foreigners in administrative proceedings, enquires, in the light of art. 21-octies law no. 241/1990, on the adequacy of a statutory presumption of binding activity provided for most immigration measures, in order to evaluate the effects that this assumption produces in terms of foreigner's participation guarantees. The analysis shows that the adoption of standardized formulas, packaged in series on the basis of rigid parameters that bind the final result, can prove ineffective, where "tailored" decision-making methods would allow the administration to better calibrate its decision, precisely with regard to measures whose recipients are in a state of undoubted awe with the administrative power and are therefore more defenceless.

STRANIERI, PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E GARANZIE PARTECIPATIVE

di Annamaria Bonomo*

SOMMARIO: 1. Partecipazione e giusto procedimento: cenni introduttivi. – 2. Gli stranieri e il procedimento amministrativo – 3. Le deroghe alle garanzie partecipative nei procedimenti amministrativi in tema di immigrazione. – 4. La deroga relativa all'esigenze di celerità del procedimento. – 5. L'esclusione delle garanzie partecipative in base alla categoria dei vizi non invalidanti. – 6. La natura vincolata dei provvedimenti diretti agli stranieri come ragione di deroga alle garanzie partecipative. – 6.1. Sulla natura vincolata dei provvedimenti in materia di immigrazione. – 7. Discrezionalità e vincolatezza nei provvedimenti relativi all'ingresso e all'allontanamento degli stranieri. – 8. Il rafforzamento delle garanzie partecipative dei cittadini stranieri: dal provvedimento in serie alla decisione "su misura".

1. Partecipazione e giusto procedimento: cenni introduttivi

Quando si parla di partecipazione ci si riferisce ad un fenomeno complesso. Nei rapporti tra amministrazione e privati il contenuto del partecipare è inteso come il prendere parte ad un determinato processo decisionale di cui il soggetto è destinatario, nella duplice dimensione di garanzia dell'interessato e di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa¹. A partire dagli scritti di Mario Nigro² e Feliciano Benvenuti³ il coinvolgimento del soggetto interessato nel procedimento che lo riguarda ha assunto nel nostro sistema una rilevanza progressivamente centrale, che ha portato parte della dottrina, rievocando il *due process* anglosassone⁴, ad individuare con

* Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Bari.

1. Sulle diverse dimensioni della partecipazione, quella garantistica, quella collaborativa e quella, in senso lato, democratica si veda M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, Firenze University Press, 2016, p. 295 ss.

2. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 5 ss. Su Mario Nigro e la sua opera si vedano gli scritti pubblicati sulla *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3. 2010, tra i quali S. Cassese, *Mario Nigro: lo studioso e l'opera*, *ivi*, p. 685 ss.; A. Sandulli, *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, *ivi*, p. 641 ss.; R. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, *ivi*, p. 667 ss.

3. F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.

4. Secondo tale nozione il procedimento serve a far sì che la decisione amministrativa non sia imposta dall'alto, ma si formi in contraddittorio con il privato secondo lo schema del procedimento giurisdizionale, consentendo l'emersione di tutti gli interessi in gioco. Cfr. R. Caranta, *Introduction. The future of participation*, in ID (ed.), *Interest Representation in Administrative Proceedings*, Napoli, Jovene, 2008, p. 11 ss. Sull'evoluzione delle garanzie procedurali nei confronti dei pubblici poteri anche nella prospettiva dello spazio giuridico globale si vedano G. Della Cananea, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*

sempre con maggiore convinzione nel dialogo tra amministrazione e amministrati il fulcro dell'effettività della garanzia dei diritti dei cittadini nei confronti delle amministrazioni pubbliche⁵.

Nel nostro ordinamento l'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo, è stato, com'è noto, introdotto in via generale solo con la legge n. 241 del 1990, ma da allora ha ricevuto un graduale consolidamento ad opera del legislatore, della giurisprudenza amministrativa e dell'elaborazione dottrinale⁶ che lo hanno consacrato come principio generale dell'ordinamento giuridico, in base al quale «ogni disposizione che limiti o escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di evitare di vanificare o escludere il principio stesso»⁷. Il fondamento della partecipazione è stato ritrovato nel principio del giusto procedimento⁸, inteso come diritto fondamentale dell'individuo ad una buona azione amministrativa⁹, criterio tuttavia mai inserito in Costituzione, ma solo riconosciuto, dalla Corte costituzionale prima¹⁰ e dalla giurisprudenza amministrativa poi,

a cura di G. Della Cananea, Napoli, Jovene, 2007, p. 11 ss.; A. Massera, *Il diritto del procedimento amministrativo tra vocazione alla protezione delle libertà e pressioni verso la democraticità delle decisioni*, in *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, a cura di G. Falcon, Padova, Cedam, 2008, p. 73 ss.

5. Sull'evoluzione dei rapporti tra società civile e amministrazione, cfr. S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1998, p. 1015 ss.

6. Sul processo di graduale riconoscimento del diritto di partecipazione nel nostro ordinamento cfr. *ex multis* R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriques, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 13 ss.; S. Cognetti, «Quantità» e «qualità» della partecipazione, Milano, Giuffrè, 2000; A. Valastro, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 1, p. 35 ss.; L.R. Perfetti, *Procedimento amministrativo e partecipazione-Report 2011*, in *Ius Publicum*, www.ius-publicum.com, 2011, p. 1 ss.

7. Cons. St., sez. IV, 25.9.1998, n. 569, in *Cons. di Stato*, 1998, p. 1281 ss. Sulla giurisprudenza amministrativa relativa al principio di partecipazione cfr. R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriquez, *La partecipazione*, cit., p. 78 ss.; A. Cardone, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezioni dell'idea di giustizia*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 231 ss.

8. In base a tale principio, sotto il profilo sostanziale, la legge deve definire il procedimento attraverso cui l'amministrazione può limitare la libertà del privato e poi, sotto il profilo procedurale, i destinatari di decisioni della pubblica amministrazione potenzialmente lesive dei loro interessi devono sempre essere messi nella condizione di rappresentare tempestivamente le proprie ragioni, prima che tali decisioni vengano adottate. Cfr. A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, p. 509 ss.; G. Sciullo, *Il principio del «giusto procedimento» tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, p. 291 ss.; F. Saitta, *Verso un «giusto» procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 627 ss.; L. Buffoni, *Il rango costituzionale del «giusto procedimento» e l'archetipo del «processo»*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss.

9. Il diritto ad una buona azione amministrativa è stato codificato nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In argomento D.U. Galetta, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, 133 ss.; R. Bifulco, *Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (eds.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 290; sia consentito rinviare ad A. Bonomo, *The right to good administration and the administrative inaction: a troubled relationship*, in *DPERonline*, n.2/2015.

10. Il riconoscimento del «giusto procedimento» come principio di valore generale dell'ordinamento giuridico ha avuto una storia altalenante. Affermato, com'è noto, per la prima volta, dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza

come criterio di orientamento per il legislatore e l'interprete per garantire il diritto al contraddittorio in sede procedimentale¹¹.

Alla luce della progressiva valorizzazione del diritto di partecipazione procedimentale nel nostro sistema¹², diventa allora interessante verificare se l'applicazione delle garanzie partecipative sia davvero estesa a tutti i soggetti che si rapportano con i pubblici poteri, ovvero se, e in che misura, le stesse garanzie siano riconosciute anche ai soggetti che non appartengano al nostro Stato, ma a diverso titolo si trovino a confrontarsi con la nostra pubblica amministrazione. Il riferimento è in particolare al diritto dell'immigrazione¹³, ovvero alla disciplina della condizione giuridica dello straniero, spesso caratterizzata da una legislazione di carattere emergenziale, che presenta dei connotati peculiari rispetto ai principi generali del diritto amministrativo, laddove le regole applicabili quando il destinatario dell'esercizio del potere è un soggetto straniero appaiono spesso derogatorie rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che disciplinano il rapporto tra il pubblico potere e i cittadini¹⁴.

La disciplina normativa dell'ampia gamma di poteri di cui le amministrazioni dispongono per governare il fenomeno migratorio ha raggiunto oggi una dimensione tale

2.3.1962 n. 13 (in *Giur. cost.*, 1962, con commento di V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, p. 131 ss.), dalla giurisprudenza costituzionale successiva invece gli è stato assegnato al più «il ruolo di un criterio di orientamento», cfr. Corte cost., sent. 31.5.1995, n. 210, in cui la Corte afferma «se il principio del giusto procedimento non può, in quanto tale, dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia giurisdizionale, deve ad esso essere assegnato almeno il ruolo di “un criterio di orientamento”». In tal senso *ex multis* Corte cost., sent. 19.3.1993, n. 103 secondo la quale tra i principi costituzionali «non è compreso quello del “giusto procedimento” amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 della Costituzione»; Sul punto cfr. S. Mangiameli, *“Giusto procedimento” e “giusto processo”. Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Infine, nella seconda parte dello scorso decennio, gli è stata riconosciuta la dignità di principio costituzionale, cfr. Corte cost., 17.3.2006, n. 104; Corte cost., 25.3.2007, n. 103 e n. 104. Per una rassegna giurisprudenziale sul giusto procedimento cfr. F. Castiello, *Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, 2008, p. 269 ss.; G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 6. 2007. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento”*, cit., p. 281 ss.

11. Cons. St., A.P., 15.9.1999, n.14 in cui il Supremo Collegio affermò che alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse si sostituiva «il sistema della democraticità delle decisioni amministrative e della accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui i destinatari sono stati messi in condizione di contraddire». In argomento M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, spunti dai recenti progetti di riforma*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 5, 2004, p. 1595 e ss.

12. Sulle trasformazioni della disciplina della partecipazione cfr. E. Chiti, *Il presente “ipotetico” della partecipazione al procedimento: la forza e i limiti delle trasformazioni in corso*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 149 ss.

13. Sulle specificità, ma anche promiscuità di tale disciplina cfr. M. Savino, *Il diritto dell'immigrazione: quattro sfide*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 381 ss.

14. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018.

da giustificare una sua autonomia nell'ambito del diritto amministrativo, il diritto amministrativo dello straniero appunto che, a causa della crescita esponenziale del fenomeno migratorio, ha assunto negli ultimi anni un interesse sempre più intenso per la scienza giuridica¹⁵ e si definisce proprio in virtù del modo peculiare di atteggiarsi del rapporto tra autorità e libertà quando i destinatari dell'azione amministrativa siano soggetti stranieri¹⁶.

Indagare sul riconoscimento delle garanzie partecipative ai soggetti stranieri assume interesse nella misura in cui è proprio nei confronti di tali soggetti che l'esigenza di partecipazione assume un peso ancora più rilevante, laddove si tratta spesso di individui che, in quanto formalmente esclusi dal circuito democratico¹⁷, si trovano in una condizione di maggiore soggezione nei confronti di un'amministrazione che, tra l'altro, risponde a regole che sono stabilite da altri, i cittadini di quello stato¹⁸.

2. Gli stranieri e il procedimento amministrativo

La disciplina normativa del rapporto tra gli stranieri, ossia secondo la definizione datane dal d.lgs. n. 286/1998 («*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione*», d'ora in poi TU sull'immigrazione)¹⁹, i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi che si trovino sul territorio italiano, e l'esercizio dell'azione amministrativa non presenta deroghe espresse rispetto a quella applicabile ai cittadini italiani e appartenenti all'Unione Europea²⁰.

15. Su questi temi per tutti M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 3, p. 739 ss.; Id., *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012; G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2017, p. 15 ss. ove ult. riff.

16. M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit. p. 357, il quale sottolinea la forte specialità del diritto dell'immigrazione e dei connessi poteri riconosciuti all'Amministrazione.

17. Sulla portata della domanda di partecipazione degli immigrati finalizzata all'attraversamento del confine posto tra inclusione/esclusione dallo spazio, pubblico, della cittadinanza cfr. L. Lo Schiavo, *Immigrazione, cittadinanza, partecipazione: le nuove domande di inclusione nello spazio pubblico. Processi di auto-organizzazione e partecipazione degli immigrati*, in *Quaderni di intercultura*, 2009, p. 1 ss.

18. Cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?* in A.A.V.V., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale* (Convegno scientifico 19-20 maggio 2016), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 165, 168, il quale osserva come «Il processo deliberativo statale dal quale la legislazione sull'immigrazione trae origine è contrassegnato da un evidente squilibrio: le decisioni (della maggioranza) dei cittadini incidono sulle libertà di altri soggetti (i non cittadini)».

19. Art. 1, co. 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. Per la definizione, all'interno di tale categoria, delle differenti figure di regolare, irregolare, clandestino, asilante, cfr. E. Rosi, *Regolari, irregolari, clandestini. Le novità del testo sull'immigrazione*, in *D&G*, 2002, fasc. 3, p. 11 ss.

20. Sulla condizione giuridica degli stranieri nella costituzione e nel diritto dell'Ue cfr. A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2018. C. Corsi, voce *Straniero (diritto costituzionale)*, Enc. Dir., Annali VI,

All'interno della categoria degli stranieri intesi in via generale come non cittadini, in quanto privi della cittadinanza dello Stato sul cui territorio essi si trovino a titolo temporaneo o per soggiorno²¹, occorre com'è noto distinguere tra la posizione del c.d. migrante volontario (o economico)²² e quella del c.d. migrante involontario²³. Tale distinzione non ha un carattere meramente descrittivo, ma incide sulla posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a tale soggetto assicurata nel nostro ordinamento, in quanto è principalmente al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si applica la disciplina del TU dell'immigrazione relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia²⁴. È a quest'ultima categoria che sono dedicate le riflessioni che seguono.

Sul piano del diritto positivo la posizione dei soggetti stranieri extra-comunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato italiano appare assimilabile a quella dei cittadini italiani od europei, e neanche l'amministrazione, in base ad una riserva di legge rinforzata in materia di «condizione giuridica dello straniero» (art. 10, co. 2 Cost.), ha la possibilità di disciplinare diversamente la materia introducendo trattamenti di tipo differenziato²⁵. L'assenza della cittadinanza italiana od europea non dovrebbe quindi rappresentare un limite all'estensione della normativa relativa ai rapporti tra

Milano, Giuffrè, 2013, p. 861 ss., E. Grosso, voce «*Straniero (status costituzionale dello)*», in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. XV, UTET, Torino, 1999, p. 156 ss.

21. In realtà all'accezione negativa di non cittadino si affianca l'accezione positiva dell'essere cittadino di un altro Stato estero.

22. Il «migrante volontario» è colui che sceglie di lasciare volontariamente la propria residenza o il Paese di origine in cerca di lavoro e di migliori condizioni di vita. Questo termine comprende, di solito, tutti i casi in cui la decisione di migrare viene presa liberamente dal soggetto per ragioni di convenienza personale e senza l'intervento di fattori esterni che lo costringono. Un migrante volontario, a differenza di un migrante forzato o involontario, non è perseguitato nel suo proprio Stato e può tornare, in qualsiasi momento, al suo Paese o alla sua residenza in condizioni di sicurezza. In argomento cfr. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 4 ss.

23. Per «migrante involontario» si intende una persona che abbandona involontariamente il luogo di origine o di residenza abituale, motivata dalla pressione o minaccia di fattori esterni quali persecuzioni, conflitti, violenza generalizzata o violazioni dei diritti umani. Sui rapporti tra amministrazione e migranti involontari si veda M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario, Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene, 2016, p. 206 ss.

24. Al migrante involontario invece si applica la disciplina dettata dal d. lgs. n. 251 del 2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal d.lgs. n. 25 del 2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello *status* di rifugiato, e dal d.lgs. n. 142 del 2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo.

25. Osserva P. Bonetti, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 143 ss.: «si tratta di una riserva relativa di legge, sicché la riserva è da considerarsi violata sia qualora la disciplina sia lasciata totalmente a regolamenti o ad istruzioni amministrative, sia qualora vi sia norma legislativa che attribuisca alla pubblica amministrazione un potere discrezionale e non vincolato, di incidere su diritti soggettivi perfetti o comunque su posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate. Si tratta altresì di una riserva di legge «rinforzata», perché la legge che disciplina la condizione dello straniero deve essere conforme alle norme del diritto internazionale generale e convenzionale».

amministrazione e privati anche ai soggetti che appartengano per nazionalità ad un Paese non aderente all'Unione europea.

Coerentemente, la legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 disciplina l'esercizio della funzione amministrativa senza prevedere distinzioni tra i destinatari e ne rende formalmente pacifica la sua applicabilità anche ai soggetti che non siano cittadini italiani, ma che entrino in contatto con la nostra amministrazione²⁶.

Il TU sull'immigrazione assume una posizione ancora più chiara, sancendo la parità di trattamento tra cittadini e stranieri nei rapporti con la pubblica amministrazione relativamente alla tutela dei diritti e degli interessi legittimi²⁷.

Il dato normativo dimostra dunque una formale parificazione dello straniero al cittadino per quanto concerne i rapporti con la pubblica amministrazione, senza che l'ordinamento abbia mai avvertito la necessità di prevedere interventi normativi differenziati con riferimento ai soggetti stranieri, salvo i limiti eventualmente espressamente previsti dalla legge²⁸.

Tale parificazione se è sicuramente riscontrabile nei procedimenti amministrativi comuni, non è tuttavia altrettanto scontata nei c.d. procedimenti tipici in materia di immigrazione, ovvero quelli che hanno come destinatari soggetti stranieri che aspirino ad entrare o a restare in territorio italiano²⁹.

Si tratta dei procedimenti relativi all'ingresso, al soggiorno e all'allontanamento dal territorio dello Stato, i quali possono prevedere delle deroghe alla disciplina generale. Del resto, anche guardando alla normativa in tema di diritti umani, mentre è sancito il diritto di «ogni individuo di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio

26. Nell'art. 3 della l. 241/90 si fa infatti generico riferimento al «destinatario», negli artt. 7 e 10 si utilizza il termine di «soggetti», nell'art. 9 si fa riferimento a «qualunque soggetto», nell'art. 11 sugli accordi si parla di «interessati», nell'art. 22 sull'accesso agli atti di «chiunque abbia interesse». Solo all'art. 18 in tema di dichiarazioni sostitutive si fa riferimento al «cittadino». In argomento cfr. L. Gili, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. Crosetti, F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2002, p. 55 ss.

27. Il TU immigrazione all'art. 2, co. 5 prevede che «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge».

28. La legge n. 241/1990 prevede deroghe espresse all'applicabilità dei meccanismi di semplificazione quando si tratti di provvedimenti in materia di immigrazione, cittadinanza ed asilo. Si veda ad esempio il termine di conclusione del procedimento che, a norma dell'art. 2, co. 4, per i «procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione» può superare i centottanta giorni, o l'art. 19 che esclude gli atti rilasciati dalle autorità preposte all'immigrazione dall'ambito di applicazione della SCIA, così come l'art. 20 che esclude l'operatività del silenzio-assenso per gli atti e i procedimenti riguardanti l'immigrazione.

29. Sulla disciplina dei provvedimenti tipici in materia di immigrazione cfr. F. Bartolini, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 3 ss.; G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., p. 15 ss.

Paese»³⁰, non è previsto alcun obbligo per gli Stati di ammettere sul territorio se non i propri cittadini³¹. In questa prospettiva, ciascuno Stato conserva il potere di disciplinare l'ammissione degli stranieri sul proprio territorio e quindi di controllarne, limitarne o impedirne l'ingresso e il soggiorno o di disporre l'allontanamento anche con misure coercitive, configurandosi tale potere come strumento, fortemente discrezionale, di difesa dell'integrità nazionale che può esplicarsi attraverso la regolamentazione dei flussi migratori, da sempre prerogativa esclusiva di ogni Stato sovrano³².

In quest'ottica, con riferimento alla qualificazione giuridica delle posizioni giuridiche coinvolte, il legislatore italiano ha ritenuto che a fronte del potere, riconosciuto alla competente amministrazione, di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, sulla base di taluni presupposti e in base a specifiche tipologie di permessi fissati dal legislatore, o di disporre l'espulsione in presenza di determinate condizioni, si configuri tendenzialmente una situazione di interesse legittimo. Sembrerebbe quindi che, salvo che si tratti di casi per i quali valgono disposizioni più favorevoli previste da norme costituzionali, europee o internazionali³³, ogni straniero sia titolare soltanto di

30. Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (San Francisco 1945) art. 13 co. 2 «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese». Convenzione europea dei diritti dell'uomo, (Roma, 4. 11.1950, Protocollo n. 4 – art. 2 Libertà di circolazione «1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio».

31. Lo Stato territoriale mantiene un ampio margine di manovra per configurare la propria politica migratoria e la disciplina dell'ingresso e del soggiorno sul proprio territorio. Cfr. in argomento M. Di Filippo, *Contrasto dell'immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell'Unione europea*, in *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, a cura di M.C. Amato, Torino, Giappichelli, 2018, il quale osserva che «possono essere (dagli Stati) previsti canali preferenziali per i cittadini di determinati Paesi, in un'ottica di reciprocità o nel contesto di relazioni bilaterali preferenziali; possono essere regolati con soluzioni restrittive gli ingressi finalizzati alla ricerca di lavoro onde tutelare la manodopera locale, oppure essere agevolati tali ingressi con riguardo a specifici settori produttivi caratterizzati da carenza di lavoratori; possono essere incentivati gli ingressi per soggiorni brevi a finalità turistiche stabilendo requisiti minimali per l'ammissione; *last but not least*, possono essere introdotti visti per determinate tipologie di ingressi e soggiorno, oppure per la generalità dei casi».

32. Come in più occasioni affermato dalla Corte costituzionale, il potere di disciplinare l'immigrazione è una manifestazione essenziale della sovranità dello Stato che comporta il controllo del territorio: «Lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione di un adeguato flusso migratorio vanno dunque rispettate, e non eluse [...] essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, di tutti coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (Corte cost., sent. 21.11.1997, n. 353; Corte Cost. sent. 14.7.2010, n. 250). In argomento C. Barbati, *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, cit., p. 9 ss. 24; M.R. Spasiano, *Principi recenti e non in tema di immigrazione: gli orientamenti della Consulta*, in *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit., p. 263 ss.

33. Hanno invece un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno sul territorio dello Stato alcune categorie di stranieri: a) i cittadini dell'Unione europea, in virtù della libertà di circolazione e soggiorno prevista dalle norme comunitarie e salvi i limiti consentite da quelle norme per ragioni di ordine pubblico, sicurezza o sanità, b) gli stranieri ai quali nel proprio Paese non è garantito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10, co. 3 Cost.); c) gli stranieri che sono familiari di un italiano o di uno straniero soggiornante in Italia, per i quali

una posizione giuridica di interesse legittimo rispetto all'ammissione sul territorio statale, dal momento che essa può sottostare ad altri interessi pubblici ritenuti prevalenti e a limiti stabiliti dalla legge dello Stato, in conformità delle norme internazionali ed europee³⁴. L'effettivo esercizio di molti diritti fondamentali appare di conseguenza fortemente condizionato per i soggetti stranieri extracomunitari³⁵, poiché nei confronti dello straniero comunque presente nel territorio dello Stato il legislatore può consentire all'amministrazione, in base al potere discrezionale di cui dispone per la difesa dell'integrità nazionale, di adottare, in presenza di determinati presupposti, provvedimenti anche di natura coercitiva che incidono sulla sfera giuridica del soggetto destinatario. Tale limitazione all'interesse del singolo è stata com'è noto giustificata dalla giurisprudenza costituzionale in ragione della difesa dell'interesse pubblico alla tutela dell'ordine pubblico e al controllo delle frontiere³⁶.

In ogni caso, infatti, ogni straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode di alcuni diritti fondamentali e garanzie previsti dalle norme internazionali quali *in primis* il diritto di circolare liberamente, di scegliere liberamente la sua residenza e di lasciare il territorio dello Stato³⁷, inoltre il diritto alle garanzie procedurali in caso di

il diritto al mantenimento o al ristabilimento dell'unità familiare previsto dalle norme comunitarie prevale su altri interessi.

34. La specialità riconosciuta allo statuto dello straniero non può tuttavia ignorare il rispetto dei diritti fondamentali che, sul piano del diritto internazionale, del diritto europeo e del diritto costituzionale interno, deve essere riconosciuto comunque e sempre allo straniero una volta che questi sia entrato nel territorio italiano. Sulla questione, dopo le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio nei confronti dell'Italia, si veda S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra norme interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, p. 431 ss.; F. Martines, *L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri*, in DemocraziaeSicurezza.it, n. 4.2015, p. 69 ss.; Sulla specialità del diritto amministrativo dell'immigrazione e i principali "tornanti" che hanno segnato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia cfr. M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. Cost.*, 2017, p. 41 ss.

35. Sulla condizione di svantaggio degli stranieri anche dal punto di vista processuale cfr. M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, 2017, che osserva come «l'inadeguatezza dei rimedi processuali finisce[e], allora, per relegare lo straniero in una posizione che si colloca ai margini del diritto e che trova giustificazione unicamente nel suo *status* di "non cittadino"».

36. La disciplina dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato è espressione del potere discrezionale di ciascun Stato sovrano di difesa dell'integrità nazionale. Nelle parole della Suprema Corte: «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli»: Corte cost., 16.5.2008, n. 148; Corte cost., 26.5.2006, n. 206; Corte cost., ord., 31.10.2007, n. 361. Sul punto si veda C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in questa *Rivista*, 3.2012, p. 51 ss.; M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione*, cit., p. 165 ss.

37. Sui diritti connessi con lo *status* di cittadino che esercita la propria libertà di circolazione nell'ordinamento europeo cfr. V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti dall'Unione europea*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, cit., p. 407 ss.

espulsione, infine il divieto di discriminazione nella garanzia dei diritti fondamentali della persona umana³⁸.

Con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, se la Costituzione, come noto, non discrimina la posizione giuridica dello straniero da quella del cittadino, limitandosi a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) ed a rinviare alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero (art. 10, co. 2, Cost.)³⁹, il legislatore ordinario, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale, sembra privilegiare i diritti dei cittadini (gli unici politicamente rappresentati)⁴⁰, tra cui *in primis* quello securitario al controllo dei confini nazionali, rispetto alle libertà individuali dei non cittadini quali l'ingresso e il soggiorno dello straniero qualificati come diritti non fondamentali privi, *ex se*, di tutela costituzionale⁴¹. L'ampio margine di discrezionalità riconosciuto all'azione del legislatore sul versante «esterno» viene dunque giustificato dalla Consulta in considerazione delle valutazioni di tipo politico che inevitabilmente si manifestano quando è in gioco la difesa dei confini dello stato⁴².

Diversamente sul versante «interno» dell'immigrazione, con riferimento alla tutela dei diritti sociali degli stranieri, il legislatore, com'è noto, sostenuto da una giurisprudenza costituzionale più coraggiosa, tende a salvaguardare l'eguale libertà e dignità degli individui in una prospettiva solidaristica che prescinde non solo dalla nazionalità, ma anche dal titolo di soggiorno⁴³. Nelle parole della Corte «una volta che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli

38. Cfr. C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 16, la quale, pur richiamando la giurisprudenza della Corte che ha ribadito che l'irregolarità del soggiorno dello straniero (e l'essere quindi passibile di un provvedimento di rimpatrio) non comporta un affievolimento nella tutela della libertà fondamentali (Corte cost., sentt. 24.2.1994, n. 62; 10.4.2001, n. 105; 15.7.2004, n. 222), evidenzia l'affievolimento delle garanzie che costituiscono la struttura stessa di quei diritti.

39. Cfr. P. Bonetti, *Articolo 10*, in *La Costituzione italiana - Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, & G.E. Vigevani, Bologna, il Mulino, 2018, p. 71 ss.

40. Sull'asimmetria tra *insiders* titolari di diritti politici e *outsiders* politicamente non rappresentati da cui deriva una legalità che può considerarsi "speciale" cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?*, cit., p. 170.

41. Si fa riferimento alla nota Corte cost., sent. 24.2.1994, n. 62. Sul punto cfr. L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. spec. 2/2019.

42. Nella sentenza n. 62 del 1994 la Suprema Corte affermò che «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione». Tale ponderazione «spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli». Medesimo ragionamento nelle sentenze successive, cfr. *ex multis* Corte cost., sent. 250 del 2010. In argomento C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento*, cit., p. 16 ss.; M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 41 ss.

43. Sulla giurisprudenza della Corte sul riconoscimento agli stranieri dei diritti sociali, vedi C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 3/2014.

stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»⁴⁴. La mancanza di un'espressa copertura costituzionale in ordine ai diritti degli immigrati, anche nella visione della dottrina prevalente, non deve impedire al legislatore di estendere il novero dei soggetti titolari di posizioni giuridiche meritevoli di tutela con riguardo alle esigenze (sociali, economiche, politiche, culturali) via via emergenti⁴⁵. Andrebbe in altri termini evitato che, proprio nel caso di procedimenti amministrativi volti nei confronti degli stranieri, là dove l'esercizio del diritto fondamentale di difesa nel procedimento si lega alla tutela di altri diritti fondamentali, di carattere sostanziale, si determini un ridimensionamento della protezione degli individui dal potere pubblico⁴⁶.

3. Le deroghe alle garanzie partecipative nei procedimenti amministrativi in tema di immigrazione

Se in linea di principio l'ordinamento legittima che il legislatore possa discrezionalmente regolare, sempre in conformità con le norme internazionali, europee ed interne sulla tutela dei diritti fondamentali, la condizione degli stranieri sul proprio territorio anche introducendo delle differenziazioni⁴⁷, assume interesse misurare in concreto la portata di questa differenziazione, se cioè la nostra amministrazione,

44. Corte cost., sent. n. 306 del 2008, § 10. L'orientamento della Corte a favore del riconoscimento dei diritti sociali agli immigrati extracomunitari si afferma a partire dalla sentenza n. 432 del 2005. Cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione*, cit., p. 179 ss.

45. Sulla condizione giuridica dello straniero in relazione alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, cfr. M. Immordino, *La salute degli immigrati irregolari tra "certezza" del diritto e "incertezza" della sua effettività*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 197 ss.; Id, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 19/20140. O. Spataro, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 269 ss.; A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 657 ss.; C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in *Cittadinanze amministrative*, cit., pp. 132 ss. Con riferimento in particolare alla tutela dei diritti sociali cfr. F. Astone, A. Lupo, V. Prudente, A. Romeo, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit., passim; C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit. p. 3 ss.

46. A. Canepa, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2010, p. 9, che osserva come in tale ambito esistano «soggetti che formalmente sono titolari dei diritti procedurali pieni il cui esercizio appare però di fatto pregiudicato da ragioni organizzative o soggetti per i quali le garanzie previste appaiono minori in nome della sicurezza».

47. Come osserva la Corte cost., sent. n. 148 del 2008, «dall'art. 10 Cost. si può desumere, da un lato, che, per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dello straniero non è uguale a quella dei cittadini, dall'altro, che il legislatore, nelle sue scelte, incontra anzitutto i limiti derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ed eventualmente dei trattati internazionali applicabili ai singoli casi... ciò comporta il rispetto, da parte del legislatore, del canone della ragionevolezza, espressione del principio di eguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive».

eventualmente supportata dalla giurisprudenza, applichi modalità disuguali di esercizio del potere quando i destinatari delle sue decisioni siano soggetti stranieri⁴⁸.

In quest'ottica si intende indagare sull'effettivo riconoscimento in capo ai soggetti stranieri delle garanzie partecipative riconosciute ai cittadini italiani dalla legge n. 241 del 1990, prerogative che, rientrando nella categoria degli interessi procedimentali, dovrebbero, in assenza di deroghe espresse, essere coerentemente garantite anche ai non cittadini.

Si può sin d'ora osservare che se l'analisi del dato normativo mostra una formale parità nelle garanzie procedimentali riconosciute dall'amministrazione allo straniero e al cittadino, analoga impostazione non sembra emergere dall'analisi della prassi amministrativa e giurisprudenziale. Il concreto godimento delle garanzie procedimentali di cui lo straniero è formalmente titolare risulta, infatti, talvolta negato dallo stesso ordinamento, non solo nell'applicazione concreta, in ragione delle modalità esecutive delle misure poste a suo carico (quando ad esempio provvedimenti a tutela di interessi pubblici particolarmente sensibili come la sicurezza nazionale possano richiedere una riduzione delle garanzie al fine di favorire la tempestività dell'azione amministrativa)⁴⁹, ma anche nelle previsioni legislative, in virtù della possibilità riconosciuta all'amministrazione di derogare alle garanzie partecipative nel bilanciamento con altri interessi pubblici eventualmente pregiudicati dalla decisione.

L'analisi deve quindi concernere la "qualità" della partecipazione, intesa come intensità ed efficacia del coinvolgimento riconosciuto allo straniero nel procedimento amministrativo che lo riguarda⁵⁰.

Rispetto a quanto avviene sul piano dell'ordinamento generale, dove è ormai pacifico che la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati costituisca un principio generale dell'ordinamento giuridico, in materia di immigrazione la possibilità per lo straniero di esercitare efficacemente le proprie garanzie partecipative nell'ambito del procedimento può essere infatti, in concreto condizionata da diversi fattori che rischiano di neutralizzarne o ridurne fortemente l'efficacia.

In primo luogo, intervengono ostacoli di natura pratica. Si pensi, ad esempio, al problema della comprensione degli atti amministrativi, che rappresenta un presupposto essenziale per garantire una reale partecipazione degli interessati al procedimento

48. Come precedentemente accennato, con il termine straniero in queste riflessioni ci si riferisce ai migranti volontari: quei soggetti non cittadini italiani né dell'Unione europea che si trovano sul territorio italiano per libera scelta.

49. In argomento cfr. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, n. 2. 2017, pp. 393, 412 ss.

50. Sul punto si veda L. Gili, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 56; con riferimento ai cittadini italiani S. Cognetti, «Quantità» e «qualità» della partecipazione, cit., passim.

amministrativo che li riguarda. Di tale questione il legislatore si preoccupa sin dall'art. 2, co. 6 del TU immigrazione, prevedendo che «Ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato»⁵¹. Oppure al problema legato alla difficoltà per lo straniero di dichiarare la disponibilità di un luogo di dimora che risponda alle caratteristiche di idoneità previste dalla legge e quindi ad avere un indirizzo stabile per la ricezione delle comunicazioni dell'amministrazione⁵².

In secondo luogo, in base ad un consolidato orientamento interpretativo nella prassi amministrativa, si registra, in linea generale, un depotenziamento delle garanzie procedurali riconosciute agli stranieri sulla base di diverse giustificazioni tra le quali le più ricorrenti sono l'esigenza di celerità del procedimento o la sostanziale ininfluenza o inutilità, ai fini della decisione finale, della partecipazione dello straniero⁵³.

Tale lettura è condivisa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che pur riconoscendo in linea di principio il diritto al contraddittorio del migrante⁵⁴, ne ha circoscritto la portata e precisato le modalità di esercizio, stabilendo che il principio del contraddittorio non debba essere garantito in maniera assoluta, ma vada bilanciato con quello di effettività della lotta all'immigrazione clandestina⁵⁵. In quest'ottica i giudici di

51. Sulla questione che non può essere trattata in questa sede si rinvia a P. Bonetti, *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di P. Bonetti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 571 ss..

52. Sul punto la giurisprudenza amministrativa si mostra attenta. Cfr. Cons. St., sez. III, 13.9. 2018, n. 5381 dove il Supremo Collegio evidenzia che l'amministrazione avrebbe dovuto esperire tutte le modalità comunicative, anche il telefono, per informare il destinatario del provvedimento. Cfr. anche Cons. St., sez. III, 13.9.2018, n. 5381 che afferma che l'irreperibilità del destinatario non giustifica il diniego del permesso di soggiorno per mancata sottoposizione ai rilievi dattiloscopici. In argomento cfr. P. Morozzo della Rocca, *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, p. 1 ss. Sulla questione recentemente Cons. St., sez. III, 26.6.2019, n. 4414, in cui si afferma che «l'irreperibilità non è circostanza sufficiente a far venir meno in capo alla Questura l'obbligo di adottare il preavviso *ex art. 10-bis* della l. 241 del 1990».

53. *Infra* parr. 4 e 5.

54. Sul riconoscimento del giusto procedimento quale principio generale europeo, M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 2010, p. 1136 ss.; P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo: tra procedimento e processo*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*. Sui principi generali che regolano l'amministrazione europea, G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 86 ss. i quali osservano come il *due process of law*, riconosciuto dai giudici dell'Unione europea, non debba trovare applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti che si svolgono dinanzi alle istituzioni comunitarie, ma, in qualità di principio generale, debba avere riconoscimento in tutti gli ordinamenti degli stati membri.

55. Corte giust., *Mukarubega*, causa C-166/13, 5.11.2014, par. 45 in cui si evidenzia l'esigenza di evitare che l'invocazione della violazione del diritto al contraddittorio possa essere «strumentalizzata per riaprire indefinitivamente la procedura amministrativa»; Corte giust., *Boudjlida*, causa C-249/13, 11.12.2014, par. 34 (e 36-38). Qui la Corte ha

Lussemburgo, sulla base di una lettura sostanzialistica, considerano ad esempio legittimo il rimpatrio in assenza di contraddittorio tutte le volte che la partecipazione procedimentale non avrebbe comunque potuto influire sulla decisione finale⁵⁶.

Passando ad osservare gli istituti della legge sul procedimento che ricevono nella prassi amministrativa e nell'applicazione giurisprudenziale una tutela depotenziata⁵⁷, uno degli ostacoli più ricorrenti all'esercizio delle garanzie partecipative da parte dello straniero è rappresentato dalla mancanza di informazioni relative alla propria pratica. Com'è noto, nell'obiettivo di rendere l'attività amministrativa più trasparente e partecipata, la legge sul procedimento n. 241/1990 prevede in capo all'amministrazione dei precisi oneri di comunicazione nei confronti degli interessati.

Si tratta, lo ricordiamo, dell'obbligo previsto dall'art. 7 in capo al responsabile del procedimento di effettuare la comunicazione di avvio, adempimento indispensabile per consentire agli interessati di apprendere che è in corso un procedimento amministrativo potenzialmente idoneo ad incidere nella loro sfera giuridica e del preavviso di rigetto introdotto con l'art. 10-*bis*⁵⁸, il quale prevede, nei soli procedimenti ad istanza di parte, un ulteriore obbligo di comunicazione a carico dell'amministrazione, con il quale, al termine della fase istruttoria, si devono rendere noti ai destinatari i motivi che ostano all'accoglimento della loro istanza.

stabilito che nell'ambito della procedura di rimpatrio istituita dalla Direttiva 2001/115 il diritto al contraddittorio non implica la preventiva comunicazione dell'intento di adottare una decisione di rimpatrio o dei motivi su cui questa sarà fondata, né la concessione di un termine di riflessione per rispondere alle contestazioni, salvo nei casi in cui i rilievi dell'autorità non siano ragionevolmente prevedibili o quando le difese richiedano obiettivamente verifiche o adempimenti successivi. In argomento S. Amadeo, F. Spilateri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 291 ss.

56. Corte giust., *Mukarubega*, cit., par. 71; In tal senso anche Corte giust. *G. e R.*, causa C-383/13, sentenza 10.9.2013 in cui la Corte ha ritenuto la violazione del diritto ad essere sentiti una mera irregolarità non in grado di incidere sulla legittimità della decisione di rimpatrio, poiché l'audizione degli interessati non avrebbe comunque potuto condurre ad un risultato diverso. Cfr. al punto 40: «Affinché sia constatata una tale illegittimità, spetta, infatti, al giudice nazionale, quando accerti un'irregolarità che incide sul diritto di essere sentiti, stabilire se, in funzione delle circostanze di fatto e di diritto del caso di specie, il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso in quanto i cittadini dei Paesi terzi interessati avrebbero potuto apportare elementi atti a giustificare la cessazione del loro trattenimento».

57. Nell'ambito della vasta gamma delle competenze amministrative previste dalla legge in materia di immigrazione ci si occuperà dei contenuti della partecipazione dello straniero nei procedimenti relativi alla richiesta di visto, rilascio, rinnovo, revoca del permesso di soggiorno, nonché all'allontanamento dal territorio dello Stato.

58. La legge n. 241/1990, all'art. 7 (Comunicazione di avvio del procedimento) è chiara nell'individuare i soggetti cui deve essere obbligatoriamente effettuata la comunicazione: essi sono solo i destinatari del provvedimento finale, i soggetti che per legge devono intervenire e i c.d. controinteressati, quei soggetti cioè che pur non essendo destinatari diretti del provvedimento potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento finale, a condizione che siano individuati o facilmente individuabili. Sul punto sia consentito rinviare a A. Bonomo, *L'accelerazione dell'attività amministrativa e gli oneri di comunicazione agli interessati*, in *L'alta velocità nell'amministrazione*, a cura di D. Mastrangelo, Roma, Aracne, 2009, p. 85 ss.

È noto, tuttavia, che la necessità di contemperare le esigenze partecipative con le esigenze di accelerazione e non aggravamento del procedimento ha motivato sin da subito la previsione normativa di alcuni limiti all'operatività di tali oneri comunicativi⁵⁹.

L'analisi della prassi applicativa e dell'interpretazione giurisprudenziale mostra come il ricorso alle cause di giustificazione al fine di escludere gli oneri di comunicazione, e di conseguenza indebolire le garanzie partecipative di cui queste rappresentano il presupposto, sia molto frequente nei procedimenti che coinvolgono gli stranieri. In particolare, le cause di giustificazione cui ricorrono più di frequente le amministrazioni per motivare la mancata osservanza degli oneri di comunicazione sono l'esigenza di accelerare i tempi delle procedure, che rappresenta un connotato tipico soprattutto nei procedimenti finalizzati all'allontanamento dei soggetti stranieri irregolari e la natura vincolata delle decisioni che renderebbe superfluo ed ininfluente l'apporto partecipativo dello straniero interessato⁶⁰.

Da un lato quindi, ai sensi dall'art. 7 co. 1, l'amministrazione giustifica il mancato rispetto dell'onere informativo quando, in base alla particolare esigenza di celerità del procedimento, l'espletamento della formalità della comunicazione possa comportare un rallentamento nell'emanazione del provvedimento finale tale da compromettere gli obiettivi prefissati⁶¹. Dall'altro, l'omissione della comunicazione può essere giustificata, in base alla disciplina dei vizi non invalidanti disciplinata dall'art. 21-*octies* co. 2, quando le osservazioni dell'interessato non sarebbero state in grado di incidere sul contenuto della decisione. Le stesse ipotesi di deroga previste dall'art. 7 e dall'art. 21-*octies*, parte

59. Sul punto si vedano *ex multis* F. Saitta, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 463 ss.; A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 735 ss.; D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 87 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, 2005, n 1.

60. Le altre eccezioni riguardano: 1) le tipologie procedurali sottratte all'operatività della l. 241/90 per effetto dell'art. 13 della stessa legge; 2) i provvedimenti cautelari e di urgenza "tipici"; 3) gli atti disciplinati da speciali normative di settore; 4) le altre deroghe espressamente formulate dal legislatore. Ulteriori eccezioni alla regola dell'art. 7 della legge 241/1990, si ritrovano negli orientamenti della giurisprudenza, allorché il soggetto interessato abbia comunque avuto conoscenza "in tempo utile" del procedimento, in ossequio ai principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa o quando il procedimento sia già noto al destinatario, in quanto derivante da una precedente attività amministrativa già conosciuta dallo stesso.

61. L'eccezione dell'art. 7, l. n. 241/1990 è, secondo giurisprudenza consolidata, di stretta interpretazione e quindi occorre un'urgenza "qualificata" di cui la P.A. deve dare idonea e specifica motivazione. Cfr. Tar Puglia-Bari, sez. I, 22.12.2008, n. 2927. Il Consiglio di Stato ha precisato che le ragioni di urgenza in grado di giustificare l'omissione di invio di avviso del procedimento debbano essere obiettive, concrete ed attuali, deve, cioè, trattarsi di ipotesi in cui emergano, in concreto, peculiari esigenze di speditezza del procedimento, le quali dovranno essere debitamente motivate nell'atto finale. Si veda Cons. St., sez. IV, n. 5061/2000. In argomento F. Gualandi, *Espulsione e comunicazione di avvio del procedimento: dalla teoria alla pratica*, in questa *Rivista*, 2001, p. 81 ss.

seconda, operano con riferimento al c.d. preavviso di rigetto⁶² alle quali si aggiungono gli altri casi di esclusione previsti dall'art. 10-*bis*⁶³.

Se è evidente che l'adempimento dei doveri informativi rappresenti un passaggio essenziale affinché il soggetto interessato possa venire a conoscenza dell'avvio del procedimento che lo coinvolge e far valere le sue ragioni in sede procedimentale, ovvero, nei procedimenti ad istanza di parte, possa comprendere preventivamente i motivi della decisione di rigetto e presentare ulteriori osservazioni, occorre verificare se siano rinvenibili delle disparità, delle deroghe rispetto alla disciplina generale in relazione agli obblighi di comunicazione e quindi all'esercizio del diritto di partecipazione quando il destinatario dell'azione amministrativa è un soggetto straniero.

4. La deroga relativa all'esigenze di celerità del procedimento

Nei procedimenti tipici in materia di immigrazione l'omissione della comunicazione di avvio da parte delle amministrazioni, giustificata in base alla deroga contenuta nell'art. 7 della legge n. 241/1990, ovvero a «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento», rappresenta una prassi ricorrente nell'ambito dei procedimenti avviati d'ufficio. L'amministrazione, sia nell'esercizio del proprio potere di autotutela demolitoria attraverso la revoca di provvedimenti ampliativi quali il visto di ingresso o il permesso di soggiorno, sia nell'esercizio del potere restrittivo di natura ablatoria con il quale può disporre l'allontanamento dal territorio dello stato italiano dei soggetti stranieri che non hanno titolo per soggiornarvi, quali i respingimenti e le espulsioni⁶⁴, è portata ad omettere il rispetto degli oneri di comunicazione in nome dell'esigenza di garantire una definizione del procedimento in tempi rapidi.

62. La giurisprudenza si divide sull'analogia configurazione, sotto il profilo sostanziale, della comunicazione di avvio al preavviso di rigetto ai fini dell'applicazione del 21-*octies*. In senso favorevole Cons. St., sez. III, 26.6.2019, n. 4413; Cons. Stato, sez. III, 7.8.2018, n. 4853; Tar Lazio, Roma, sez. III, 15.4.2009, n. 3811, ma non mancano indirizzi in senso contrario, che ritengono che l'art. 21-*octies* sia da considerarsi norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica (Tar Liguria, Genova, sez. I, 30.1.2009, n. 138; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 24.1.2012, n. 137).

63. A norma dell'art. 10-*bis* l'onere di preavviso di diniego è escluso per le procedure concorsuali e i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. La giurisprudenza è orientata verso un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di deroga e a ritenere non tassativo l'elenco dei casi di esclusione del preavviso di rigetto. Cfr. Cons. St., Commissione speciale, parere 26.2.2008 n. 2518/2007.

64. È appena il caso di ricordare che l'effetto tipico e lo scopo comune sia dei respingimenti che delle espulsioni è l'effetto ablativo, cioè l'obbligo dello straniero di lasciare il territorio dello Stato dal territorio nazionale e tale obbligo è, nel caso dei respingimenti, quasi sempre eseguito immediatamente in modo coercitivo, con il provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera da parte delle forze di polizia, disposto dal questore e convalidato entro 48 ore dall'autorità giudiziaria (respingimenti alla frontiera o immediati), mentre i provvedimenti amministrativi di espulsione intervengono quando l'ingresso irregolare si è perfezionato da tempo nei confronti di soggetti a diverso titolo irregolarmente soggiornanti nel territorio. Sul punto G. Savio e P. Bonetti *L'allontanamento dal territorio dello Stato*

Per quanto concerne i procedimenti di autotutela tuttavia, la motivazione legata all'esigenza di speditezza dell'azione amministrativa non viene ritenuta sufficiente ad escludere l'illegittimità del provvedimento. In particolare, con riferimento ai provvedimenti di diniego o di revoca di permesso di soggiorno emanati in mancanza della comunicazione di avvio, i giudici amministrativi tendenzialmente non accolgono l'esimente dell'esigenza di celerità⁶⁵, in quanto provvedimenti che, proprio perché di tipo afflittivo, necessitano di un'istruttoria approfondita da parte dell'amministrazione in relazione alla sussistenza di tutte le condizioni e i requisiti che la legge prescrive e per i quali l'apporto partecipativo del destinatario assume particolare utilità⁶⁶. Le ragioni dell'urgenza, infatti, spesso non sono motivate in maniera esplicita dall'amministrazione, ma si basano sul tacito assunto che in questi procedimenti l'esigenza di accelerazione prevalga su quella della completezza dell'istruttoria⁶⁷.

La giurisprudenza amministrativa tende, dunque, a dare piena applicazione alle garanzie partecipative e la specialità del procedimento amministrativo relativo al permesso di soggiorno di cittadini stranieri non è ritenuta idonea ad escludere l'applicabilità o comunque a limitare il principio posto dall'art. 7 della l. 241, qualora non sussistano concrete e motivate esigenze di celerità⁶⁸. Assume rilievo nelle argomentazioni del giudice amministrativo la dimensione collaborativa della partecipazione, dove la collaborazione del privato viene considerata in virtù dell'apporto favorevole che esso può dare all'efficienza e all'efficacia dell'agire amministrativo. Come è stato affermato, anche in materia di immigrazione sussiste l'interesse non solo dello straniero destinatario del provvedimento, ma anche della pubblica amministrazione che deve essere messa «nelle condizioni di

dello straniero extracomunitario in generale, in meltingpot.org; sui provvedimenti amministrativi di allontanamento si veda anche M. Interlandi, *Fenomeni migratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 57 ss.

65. Cfr. Tar Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 27.2.2014, n. 479.

66. In tal senso *ex multis* Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 11.11.2018, n. 11193 che ha annullato il decreto di revoca del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo CE della questura della provincia di Roma, poiché era stata del tutto omessa la dovuta comunicazione di avvio, quando invece «il procedimento di revoca richiede di per sé una complessiva valutazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti che rende imprescindibile il coinvolgimento procedimentale del soggetto interessato».

67. Di interesse in tal senso una pronuncia del Tar Puglia che ritenne illegittima la revoca di una misura di accoglienza in quanto era stata omessa la comunicazione di avvio del relativo procedimento, senza che nel provvedimento ci fosse qualsiasi riferimento a ragioni di particolare urgenza, Tar Puglia, sez. Bari, sent. 20.2.2018, n. 243. Nello stesso senso, per l'annullamento della revoca del permesso di soggiorno per omessa comunicazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis, si vedano Tar Lazio, sez. di Latina, 12.7.2018, n. 401.

68. Come si osserva in Tar Toscana, sez. II, 20.1.2011, n. 228 l'omissione della comunicazione di avvio «può ritenersi giustificata solo in caso di particolari esigenze di celerità nella conclusione del procedimento, che tuttavia vanno esternate dall'Amministrazione. Le circostanze che incidono sulla possibilità di realizzare nel procedimento la partecipazione del privato vanno valutate in modo rigoroso al fine di non vanificare la portata stessa del principio». In senso conforme Cons. St., sez. VI, 8.4.2002, n. 1901; Cons. St., 3.2.2004, n. 330; Cons. St., sez. VI, 8.7.2009, n. 4382.

adottare le proprie determinazioni sulla base di tutte le conoscenze utili a tal fine, molte delle quali possono essere adottate solo dall'interessato, non essendo acquisibili d'ufficio»⁶⁹.

Per quanto concerne il ricorso alla giustificazione della celerità nei procedimenti diretti all'allontanamento degli stranieri, trattandosi di procedimenti che si collocano in una fase particolarmente delicata del percorso migratorio e che devono essere avviati dall'amministrazione in presenza di determinati presupposti previsti dalla legge (sia che si tratti di espulsione ministeriale o prefettizia, sia che si tratti di respingimenti⁷⁰), si pone il problema di trovare il bilanciamento tra le esigenze di effettività delle garanzie procedurali e quelle di efficacia della misura espulsiva⁷¹.

Com'è noto, il provvedimento amministrativo di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato può essere emanato dal Ministro dell'interno e dal prefetto sulla base di presupposti (in parte) diversi. Se il Ministero dell'interno può adottare provvedimenti di espulsione quando ritenga che vi siano motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato o esistano ragioni fondate di ritenere che la permanenza sul territorio dello Stato agevoli attività od organizzazioni terroristiche (anche in ambito internazionale), l'espulsione ad opera del prefetto può invece intervenire in un numero decisamente maggiore di casi, previsti dal TU immigrazione⁷², che non rientrano in una singola categoria generale

69. Così le motivazioni della sentenza del Tar Liguria, Genova, sez. II, 9.10.2007, n. 1721.

70. I respingimenti sono atti che raramente sono sottoposti al controllo giurisdizionale perché la maggior parte dei respingimenti sono immediati, non sono corredati da un divieto di reingresso e non comportano la segnalazione al SIS (Sistema informativo Schengen) e, conseguentemente lo straniero respinto non ha interesse processuale ad impugnare il relativo decreto. Ci si riferirà dunque all'ambito applicativo dei provvedimenti di espulsione che, in quanto frequentemente oggetto di impugnazione, presentano maggiore casistica giurisprudenziale. In argomento D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 2, 2019.

71. La giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni precisato che «alla necessità di notificazione di un momento davvero cruciale ai fini partecipativi, quale l'atto di avvio del procedimento, non può essere certo sottratto il destinatario del provvedimento di rimpatrio, un provvedimento direttamente incidente su una posizione costituzionalmente tutelata come il diritto di circolazione; salva l'ipotesi – espressamente disciplinata con riferimento a tutte le tipologie procedurali – in cui particolari esigenze di celerità risultino ostative a provvedere alla comunicazione di tale atto, non esclusa la possibilità di adottare *medio termine* quei provvedimenti di natura cautelare che sono consentiti dall'art. 7, co. 2, della legge n. 241 del 1990». Corte cost., sent. 31.5.1995, n. 210; Corte cost., sent. 19.3.1993, n. 103. Sull'esigenza di bilanciamento tra effettività della lotta all'immigrazione clandestina e giusto procedimento si veda anche la giurisprudenza delle Corti europee, cfr. Corte di giustizia *Mukarubega*, causa C-166/13, 5.11.2014, par. 45; *Boudjlida*, causa C-249/13, 11.12.2014 e Corte EDU (seconda sezione), *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* (ricorso n. 16643/09), sentenza 21.10.2014.

72. Art. 13, co. 2, TUI. Si tratta di ipotesi quali l'irregolarità dell'ingresso (ossia l'essere entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera), l'irregolarità del soggiorno (ossia l'essersi trattenuto nel territorio nazionale in violazione delle norme sul soggiorno), la pericolosità sociale dello straniero (desunta dagli stessi indici previsti nella disciplina sulle misure di prevenzione, di cui all'art. 1, l. 1423/1956 e art. 1, l. 575/1965), ed altri casi specifici previsti dalla legge. Sulle circostanze per le quali l'autorità prefettizia dispone dell'espulsione si veda D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione*, cit., p. 45 ss.

omogenea e devono essere disposte caso per caso, in considerazione delle circostanze e della situazione personale dello straniero.

Alla luce dell'analisi giurisprudenziale, l'omissione della comunicazione di avvio in questa tipologia di misure viene spesso giustificata dall'amministrazione in base all'aprioristica urgenza insita in tale tipo di provvedimenti che, in quanto volti ad impedire o ad interrompere l'ingresso e la permanenza nel territorio dello stato agli stranieri non autorizzati, necessitano di un'accelerazione dei tempi procedurali⁷³.

Nella prassi amministrativa dei procedimenti finalizzati all'allontanamento dello straniero, la cui iniziativa spetta all'amministrazione in presenza di determinate condizioni spesso di natura emergenziale prescritte dalla legge, l'esigenza di velocità è percepita come una connotazione implicita e giustifica a monte il venir meno dell'obbligo informativo in capo all'amministrazione.

La giurisprudenza, se in linea generale appare concorde nel riconoscere la prevalenza delle esigenze di celerità su quelle del contraddittorio, sembra, tuttavia, dividersi sul se sia necessario un accertamento volta per volta delle esigenze di velocità del procedimento o tale condizione possa riferirsi a tutta la tipologia di procedimenti di espulsione e quindi giustificare sempre l'omissione della comunicazione.

La Corte di cassazione, pur riconoscendo il carattere generale dell'obbligo dell'autorità procedente, *ex art. 7 della legge 241/90*, di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva e d'indagine, ha in più occasioni affermato che «il rispetto del giusto procedimento amministrativo ... non può considerarsi un principio assistito in assoluto da garanzie di difesa. Pertanto, in presenza di procedimenti particolari – come quelli diretti all'espulsione di cittadini extra-comunitari privi del permesso di soggiorno, che sono regolati da norme

73. È appena il caso di ricordare che il controllo giurisdizionale sulle misure di espulsione cd. amministrative, disposte dall'amministrazione (ministero o prefetto) nei confronti di un soggetto che si trovi in una delle condizioni stabilite dalla legge è affidato a due differenti autorità giurisdizionali. Le espulsioni adottate dal ministero dell'interno, sono devolute nella loro interezza (tanto per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato quanto per fini di prevenzione del terrorismo) alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 13, co. 11, TUI (espulsioni per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato) e art. 3, co. 4, d.l. 27.7.2005, n. 144 (espulsioni per motivi di prevenzione del terrorismo) mentre gli atti adottati dal prefetto, sono sottoposti al sindacato del giudice ordinario (art. 13, co. 8, TUI). In argomento cfr. A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2009 che evidenzia l'insufficienza della tutela giurisdizionale riconosciuta agli stranieri avverso i provvedimenti di espulsione; sulla relazione tra qualificazione della situazione giuridica dello straniero e riparto di giurisdizione cfr. S. D'antonio, *Il riparto di giurisdizione in tema di ingresso, soggiorno e allontanamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 534 ss.; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 5. In tal caso quando il provvedimento espulsivo si fonda su un atto assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo, quale il provvedimento di diniego o revoca del permesso di soggiorno, il giudice ordinario può procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo qualora lo ritenga illegittimo. Sullo sdoppiamento della giurisdizione ed il difficile criterio di riparto, cfr. D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione*, cit., p. 45 ss.; F. Caricato, *Il riparto di giurisdizione in materia di immigrazione*, in *Pubblica amministrazione e fenomeno migratorio* a cura di A. Bonomo, Roma, Aracne, 2020.

che assicurano comunque il rispetto del giusto procedimento e sono caratterizzati da esigenze di celerità della procedura – si deve escludere che sussista l’obbligo da parte dell’autorità amministrativa procedente di dare comunicazione all’interessato»⁷⁴.

La giurisprudenza ordinaria è dunque orientata, in ragione dei tratti di celerità e speditezza che caratterizzano l’*iter* di tutti i procedimenti espulsivi, nel non ritenere indispensabile la comunicazione di avvio del procedimento di espulsione, attesa la specificità dimostrata dalle ragioni di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato sottesi all’espulsione dello straniero⁷⁵. In alcuni casi, come nei provvedimenti prefettizi di espulsione, il giudice ordinario giustifica il sacrificio del diritto di partecipazione in base alla considerazione che le garanzie partecipative verrebbero comunque successivamente assicurate. Secondo il ragionamento della Cassazione, l’attività svolta dall’autorità amministrativa sarebbe solo funzionale al successivo provvedimento di allontanamento per il quale è prevista la possibilità di impugnazione e quindi l’esplicazione di un pieno diritto di difesa⁷⁶.

Con riferimento, invece, alla qualificazione dell’urgenza, i giudici amministrativi sono maggiormente orientati a prediligere un approccio caso per caso e a valutare l’esigenza di celerità che legittima l’omissione delle garanzie partecipative in relazione alle circostanze concrete del singolo procedimento. Soprattutto nel caso in cui il provvedimento impugnato consista nel ritiro o nella modificazione di un atto favorevole per i destinatari, con

74. Vedi Cass., sez. I, 29.12.2005, n. 28858; Cass., sez. I, 6.12.2005, n. 44403.

75. Cass. sez. I, sent. 9.4.2002, n. 5050 in cui la Suprema Corte chiarisce che in tema di espulsione amministrativa dello straniero l’autorità procedente non ha nessun obbligo di comunicare allo straniero stesso, *ex art. 7, l. 241/1990*, l’avvio del procedimento in quanto trattasi di procedimento improntato da indubbie esigenze di celerità; Cass., sez. I, 9.11.2001, n. 13874; Cass., sez. I, 6.12.2005, n. 44403, ha ritenuto inapplicabile ai procedimenti di espulsione del cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno l’art. 7, co. 1 della legge 241/1990 che regola la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo; secondo la Suprema Corte «l’attività interna svolta dall’autorità amministrativa ha natura prodromica e si concretizza col provvedimento prefettizio soggetto a impugnazione attraverso la quale lo stesso può esercitare in concreto ogni attività necessaria ad assicurare il proprio legittimo diritto di difesa». Si veda recentemente Corte di cassazione, sez. I civ., ordinanza 18.3.2020, n. 7437, in cui la Suprema Corte ribadisce che la necessità di dare comunicazione all’interessato dell’avvio del procedimento amministrativo non si estende alla procedura di espulsione dello straniero. Tuttavia, in alcune decisioni più risalenti è stata rilevata l’illegittimità del provvedimento di espulsione non preceduto da comunicazione di avvio del procedimento, nel caso in cui si siano verificate non sussistenti le particolari esigenze di celerità del procedimento espulsivo, Pretura di Genova, sezione di Recco, 7.5.1998, in questa *Rivista*, 1.1999, p. 129; Trib. di Genova, decreto 5.8.1999; Pretura di Roma, decisione 19.2.1999, in questa *Rivista*, 2.1999, p. 124; Tribunale di Roma, sez. I civ., 4.7.2000, in cui si affermò che è consentito omettere la comunicazione concernente l’avvio del procedimento ai sensi della legge 241/90 solo quando l’urgenza dell’adozione del decreto di espulsione è nel concreto dimostrata e non semplicemente presunta.

76. La Corte ha ritenuto, in relazione a provvedimenti in materia di ingresso e soggiorno irregolare previsti dall’art. 13 co. 2 lett. a), b) e c), che l’amministrazione non ha l’obbligo di comunicare l’avvio del procedimento allo straniero, «rivestendo il relativo provvedimento (prefettizio) carattere obbligatorio e vincolato, onde può differirsi alla sede giurisdizionale il contraddittorio tra l’autorità che emette il provvedimento e il destinatario», Cass., sez. I, 19.12.2001, n.16030; Cass. civ. sez. I, 9.4.2002, n. 5050. In tal senso anche cfr. A. Canepa, *Immigrati e procedimenti amministrativi*, cit., p. 2.

conseguente venir meno di un effetto positivo⁷⁷, l'annullamento può intervenire solo in seguito ad uno scrutinio approfondito che trovi giustificazione in esigenze proprie e peculiari⁷⁸.

In linea generale emerge dunque come la giustificazione della celerità ed urgenza ricorra sovente nelle argomentazioni delle amministrazioni preposte alla gestione del fenomeno migratorio a sostegno della legittimità dei propri provvedimenti, quando impugnati per violazione degli obblighi di comunicazione. Nella giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, si riscontra un orientamento a favore dell'accoglimento di tale causa di esclusione in ragione della natura emergenziale delle decisioni che coinvolgono i soggetti stranieri. Tale orientamento se pur non si discosta da quello che avviene in altri ambiti dell'attività amministrativa, nei quali tendenzialmente l'annullabilità viene esclusa in presenza di ragioni di ordine pubblico e d'urgenza insite nel provvedimento impugnato, tuttavia si distingue per un sindacato molto più rigoroso sulle motivazioni offerte dalle amministrazioni che si richiede siano idonee a giustificare, di volta in volta e in base a delle circostanziate esigenze di urgenza, il sacrificio delle pretese partecipative dello straniero.

5. L'esclusione delle garanzie partecipative in base alla categoria dei vizi non invalidanti

Nei provvedimenti amministrativi in tema di immigrazione la categoria dei c.d. vizi non invalidanti disciplinata nell'art. 21-*octies*, co. 2, assume particolare interesse nell'applicazione concreta⁷⁹. La norma, in accoglimento di una concezione antiformalistica delle regole procedurali, introduce due ulteriori ipotesi di deroga all'annullabilità del

77. Tar Lazio Roma, sez. III-*quater*, 14.2.2013, n. 1663 in cui i giudici di primo grado chiariscono che «l'amministrazione, se ritenga esistenti i presupposti di celerità che legittimano l'omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento, deve dare contezza, nel provvedimento finale, dell'urgenza atteso che le ragioni della speditezza devono essere poste a raffronto con le esigenze di tutela del contraddittorio».

78. Si tratta di un orientamento consolidato con riferimento agli altri settori del diritto amministrativo Cons. St., sez. III, 4.6.2013, n. 3048; Cons St., sez. III, 5.07.2013, n. 3581 in cui il Supremo Collegio precisa che «il grado di urgenza ... va valutato, di volta in volta, in relazione alle circostanze ed alla conoscenza da parte dell'autorità amministrativa dei fatti, che risultino obiettivamente di tale gravità ed evidenza da non consentire di procrastinare ulteriormente l'adozione del provvedimento o di rendere necessario l'apporto collaborativo dell'interessato». Più recentemente nello stesso senso Tar Piemonte, 12.7.2017, n. 949 che annulla il provvedimento di revoca dell'accoglienza dallo SPRAR per mancata comunicazione di avvio del procedimento, in difetto di qualificate e motivate ragioni di urgenza.

79. Sull'art. 21-*octies*, *ex multis* D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 87 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies**, cit., p. 1 ss; Id, *Art. 21-*octies*, comma 2. Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Giappichelli, 2005; L. Ferrara, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103 ss.; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, 11.1.2008.

provvedimento amministrativo entrambe utili a giustificare il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione⁸⁰. Nella prima ipotesi, relativa solo ai provvedimenti di natura vincolata, l'elusione dell'obbligo comunicativo, e quindi delle garanzie partecipative, è giustificata in quanto rientra tra i vizi di procedura o di forma degli atti che non determinano l'annullamento del provvedimento finale. A tal fine si richiede che il giudice amministrativo accerti che, anche in seguito alle osservazioni dell'interessato, sia palese che «il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato». Ogni qual volta, quindi, l'intervento partecipativo dell'interessato non avrebbe potuto comunque modificare il contenuto del provvedimento finale vincolato, la mancata comunicazione non opera come causa di illegittimità⁸¹. Nella seconda ipotesi, prevista nella seconda parte dell'art. 21-*octies*, co. 2, si ammette l'irrilevanza del vizio dell'omissione di comunicazione di avvio anche per i provvedimenti discrezionali, quando l'Amministrazione dimostri in giudizio che, anche in caso di intervento del privato, il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In questo caso, il legislatore ammette la deroga anche per i provvedimenti che comportino scelte di natura discrezionale, addossando però sull'amministrazione l'onere di dimostrare in giudizio che il contenuto non sarebbe cambiato, anche in seguito alla partecipazione dell'interessato⁸².

Tuttavia, com'è noto, l'art. 21-*octies*, co. 2, non legittima l'amministrazione a derogare alla partecipazione del privato sul presupposto della sua inutilità, ma al più

80. L'omissione degli oneri di comunicazione può essere giustificata dalle amministrazioni in base ad entrambe le ipotesi di deroga dal momento che il vizio derivante dalla mancata comunicazione rientra anche tra i vizi procedurali. Da più parti è stato rilevato l'ambito eccessivamente ampio di irrilevanza della violazione dell'obbligo della comunicazione di avvio che rientra sia nella prima che nella seconda proposizione del comma 2 dell'art. 21-*octies*, cfr. R. Giovagnoli, *I vizi formali e procedurali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010; D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 68. Tra le tante cfr. Cons. St., sez. IV, 21.5.2008, n. 2410; Cons. St., sez. IV, 10.12.2007, n. 6525; Cons. St., sez. IV, 9.10.2007, n. 5251.

81. Sul punto cfr. R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez, *La partecipazione*, cit., p. 66 ss.; D. Marrama, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 359 ss.

82. Sebbene in base all'art. 21-*octies*, comma 2, gravi sull'amministrazione l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, tuttavia i giudici di appello hanno in più occasioni affermato che «onde evitare di gravare l'amministrazione di una *probatio* diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione, a pena di *inammissibilità della doglianza*». Così Cons. St., sez. V, 29.4.2009, n. 2737 dove il Supremo collegio osservava che «anche a seguito dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, che ormai pone l'onere della prova sulla P.A., è da ritenere inammissibile la censura con la quale il ricorrente deduce la omissione della comunicazione di avvio, senza allegare le circostanze che intendeva sottoporre all'Amministrazione». In tal senso anche Cons. St., sez. V, 5.6.2018, n. 3399; Cons. St., sez. IV, 9.12.2015, n. 5577. Cfr. R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez, *La partecipazione*, cit., p. 89 ss.; M.C. Romano, *Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 283, 294.

consente al giudice di non annullare l'atto vincolato dopo aver in concreto verificato che la partecipazione dell'interessato non avrebbe comunque potuto influire sul contenuto della decisione adottata.

Si tratta di una norma di carattere processuale⁸³ che, come è stato in più occasioni affermato dai giudici amministrativi «non può essere utilizzata in sede amministrativa, violandosi altrimenti il principio di legalità, ma che deve essere utilizzata in sede giurisdizionale»⁸⁴. Com'è noto, la norma non individua delle ipotesi in cui sia consentito all'amministrazione derogare alle garanzie procedurali, ma piuttosto consente al giudice di valutare *ex post* l'inutilità dell'apporto partecipativo del privato a seguito di una valutazione della fattispecie concreta⁸⁵.

Ne consegue che «in caso di violazione degli oneri di comunicazione, sussiste l'illegittimità dell'atto, ma l'annullabilità del provvedimento è rimessa all'apprezzamento del giudice, che può superare il vizio procedimentale qualora sia palese che l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato»⁸⁶. Affinché il giudice possa “salvare” il provvedimento illegittimo in base all'art. 21-*octies*, co. 2, è necessaria la verifica dell'inutilità della partecipazione al procedimento, elemento questo che ricorre quando il privato ha comunque partecipato al procedimento o il provvedimento si configura come atto a carattere vincolato oppure, anche se di natura discrezionale, abbia superato la c.d. prova della resistenza⁸⁷; al contrario, in tutti i casi in cui non sia certa ed evidente la totale inutilità della partecipazione al procedimento, l'amministrazione sarà tenuta a garantire il contraddittorio ai soggetti interessati⁸⁸. L'utilità della comunicazione

83. Sulla natura processuale della disposizione nonostante la sua collocazione in un testo normativo di diritto sostanziale cfr. F. Midiri, *L'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una norma di carattere sostanziale o processuale?*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, p. 254; L. Ferrara, *Partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103 ss.; F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 392 ss.

84. Cons. St., sez. VI, 17.10.2006, n. 6192; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 20.7.2011, n. 6548; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 19.1.2015, n. 90.

85. Cons. St., sez. VI, 2.2.2009, n. 552 in cui il Supremo Collegio precisò che «l'art. 21-*octies*, co. 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». Esso aggiunse poi in modo esplicito che «errano quindi le amministrazioni che intendono l'art. 21-*octies* come introduzione della facoltà per la P.A. di non rispettare le regole procedurali; in tal modo verrebbe violato il principio di legalità ...». Cfr. S. Civitaresse Matteucci, *La forma presa sul serio*, cit., p. 150 ss.; M. D'Orsogna, *L'invalidità*, cit., p. 331 che osserva come il meccanismo del 21-*octies* operi come una sorta di sanatoria processuale.

86. Così Tar Lazio, sez. II-*quater*, 17.1.2012, n. 519. In tal senso, cfr. fra tra le tante Tar Lazio, sez. I, 9.9.2009 n. 8425; Cons. St., sez. V, 28.7.2008 n. 3707; Cons. St., sez. VI, 8.2.2008 n. 415; Cons. St., sez. VI, 16.5.2006, n. 2763; Cons. St., sez. VI, 7.7.2006, n. 4307.

87. Principio giurisprudenziale in base al quale l'atto impugnato non può essere annullato quando, pur emendato del vizio, avrebbe avuto identico contenuto.

88. Cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies**, cit., p. 5.

diventa, quindi, il parametro in base al quale valutare il contributo partecipativo del privato, che, se privo di tale carattere, è percepito come un aggravio per il corretto svolgersi della procedura, e quindi può – o addirittura deve – essere evitata⁸⁹.

Se la *ratio* della deroga introdotta dall'art. 21-*octies*, co. 2, a quella che rappresenta il presupposto indispensabile per l'esercizio della partecipazione procedimentale, va ricondotta all'esigenza di evitare pretestuosi ritardi procedimentali⁹⁰, nonché di ridurre il contenzioso amministrativo sulla presunta violazione delle norme sulla comunicazione⁹¹, è evidente che la norma in questione assume particolare interesse nei procedimenti che riguardano soggetti stranieri, dove spesso il ricorso a formule standardizzate, insieme all'esigenza di dover provvedere ad un elevato numero di istanze, porta l'amministrazione ad eludere gli obblighi di comunicazione.

Prima dell'introduzione dell'art. 21-*octies*, dottrina e giurisprudenza si erano mostrate sensibili al problema della non annullabilità di provvedimenti caratterizzati da vizi di natura procedimentale, facendo riferimento alla regola del raggiungimento dello scopo⁹². Tale criterio consente, in una logica di legittimità sostanziale, di escludere la rilevanza del mancato rispetto degli oneri comunicativi, quando lo scopo sia stato comunque raggiunto avendo l'interessato avuto in ogni caso la possibilità di partecipare o avendone avuto conoscenza attraverso un atto equipollente alla comunicazione formale⁹³.

La regola del raggiungimento dello scopo, sia quando collegata all'esistenza di situazioni equivalenti alla formale comunicazione, sia quando collegata all'idea che il contenuto non potesse essere diverso al punto tale da vanificare l'interesse al giudizio, rappresenta tuttavia un'ulteriore causa di esclusione elaborata dalla giurisprudenza che si distingue dalle ipotesi di applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2⁹⁴. In base al criterio del

89. Cfr. E. Marengi, *C'era una volta la partecipazione*, in *Dir proc. amm.*, n. 1/2007, pp. 45, 52, che osserva come con l'art. 21-*octies*, comma 2, la partecipazione procedimentale sia degradata da cardine della processualità partecipata ad un disvalore improduttivo. Sull'approccio antiformalistico nella valutazione del vizio di omessa comunicazione si veda M. C. Romano, *Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*, cit., p. 333 ss. ove ult. rife.

90. Cons. St., sez. V, 9.10.2013, n. 4969; Tar Lazio, sez. III, 15.3.2011, n. 2798.

91. *Amplius* D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*; F. Saitta, *L'omessa comunicazione*, cit., p. 449 ss.

92. Cons. St., sez. IV, 02.01.1996, n. 3; Cons. St. sez. VI, 20.01.2009, n. 258. Sulla giurisprudenza ante riforma del 2005 si vedano R. Giovagnoli, M. Fratini, *Le nuove regole dell'attività amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2007.

93. Sul raggiungimento dello scopo cfr. D.U. Galetta, *Provvedimenti irregolari, regola del «raggiungimento dello scopo», carenza dell'interesse a ricorrere e art. 21-*octies* l. 241/90: l'opinione della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1288 ss.; R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 609 ss.

94. D.U. Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-*octies* della legge n. 241/90*, in *giustizia-amministrativa*, 2005; A. Romano Tassone, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990*, *ivi*, p. 7 che precisano come i due alinea dell'art. 21-*octies* si rifanno al raggiungimento dello scopo, ma in un senso più ampio riferita alla finalità di interesse pubblico che giustifica l'emanazione del provvedimento finale.

raggiungimento dello scopo, in presenza di lesione dei diritti di partecipazione, si esclude sul piano sostanziale l'esistenza del vizio procedimentale, laddove invece nella disciplina dell'art. 21-*octies* si presuppone che l'invalidità dell'atto sussista in astratto, ma che essa venga reputata in concreto irrilevante, in ragione del fatto che, da un'indagine operata *ex post* da parte del giudice, rispetto a quel singolo caso, emerge che lo scopo dell'atto è stato comunque raggiunto, nonostante il vizio riscontrato⁹⁵.

Quanto al primo profilo, relativo all'esistenza di situazioni equivalenti alla comunicazione che abbiano comunque consentito al soggetto interessato di essere informato, la questione si pone, evidentemente, solo nei procedimenti ad istanza di parte nei quali, com'è noto, il rispetto degli oneri di comunicazione, nonostante sia espressamente previsto sin dalla riforma legge sul procedimento del 2005, viene nella maggior parte dei casi ritenuto superfluo dalla giurisprudenza⁹⁶, in ragione della naturale cognizione dell'inizio del procedimento da parte del soggetto che presenta l'istanza⁹⁷.

Nei procedimenti diretti alla valutazione delle richieste di permesso di soggiorno, la giurisprudenza amministrativa tende a considerare non rilevante la violazione degli artt. 7 e 10-*bis*⁹⁸, tutte le volte che il soggetto portatore dell'interesse alla comunicazione abbia avuto comunque notizia dell'avvio del procedimento⁹⁹ e sia stato perciò posto in condizione di esercitare il suo diritto di partecipazione¹⁰⁰. In questi casi il conseguimento *aliunde* delle

95. Cons. St., sez. I, 17.9.2012, n. 4925 ribadisce che «l'omissione di tale formalità non vizia il procedimento [...] tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, sì da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende siffatta comunicazione»; Cons. St., sez. V, 10.1.2013, n. 91; Cons. St., sez. VI, 7.3.2006, n. 2736; Cons. St., sez. VI, 29.5.2002, n. 2972.

96. La giurisprudenza, anche in seguito all'introduzione dei termini certi nei procedimenti ad istanza di parte avvenuta con la l. 69/2009, è orientata ancora a ritenerla un'inutile duplicazione di formalità. Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. IV, 24.8.2017, n. 4060 in cui il Collegio afferma che la comunicazione di avvio «non può riferirsi al destinatario finale dell'atto, essendo nei suoi confronti un adempimento inutile, poiché questi è certamente a conoscenza della data di presentazione della propria istanza»; Cons. St., sez. IV, 7.8. 2017, n. 3958; Tar Basilicata, 22.11.2018, n. 769.

97. In tal senso Cons. St., sez. IV, 15.12.2000, n. 6687; Cons. St., sez. V, 22.5.2001, n. 2823 che definisce la comunicazione di avvio nei casi di procedimenti ad istanza di parte «una evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'amministrazione, non compensato da particolari utilità per i soggetti interessati». Cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 2.5.2018, n. 4765; Tar Puglia, Bari, sez. III, 9.3.2017, n. 226.

98. Cons. St., sez. III, 13.9.2018, n. 5381 e Cons. St., sez. VI, 17.1.2011 n. 256 secondo il quale «il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno è un procedimento ad istanza di parte, cui si applica, quindi, l'art. 10-*bis*». Cons. St., 27.6.2013, n. 3525.

99. Con riferimento alla presentazione dell'istanza si veda l'art. 9 co. 7 del d.p.r. 31.8.1999, n. 394 «Regolamento recante norme di attuazione del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, co. 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286», in G.U. del 3.11.1999, Supplemento ordinario n. 190/L che, relativamente al procedimento di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, prevede che allo straniero venga rilasciata solo copia della sua istanza, munita di timbro datario dell'ufficio e di sigla di addetto della ricezione, in cui è indicato il giorno di possibile ritiro del permesso, ma non individua a chi rivolgersi in quanto responsabile del procedimento. In argomento cfr. G. Savio, *La disciplina dell'ingresso e del soggiorno*, cit., p. 15 ss.

100. Su questo punto recentemente, sia pure non con riferimento ai provvedimenti in materia id immigrazione, cfr. Cons. St., sez. V, 22.7.2019, n. 5168 «L'omissione dell'avviso di avvio del procedimento in autotutela, come nel caso di

informazioni relative al procedimento consente, secondo la giurisprudenza prevalente, di ritenere comunque raggiunto lo scopo delle norme¹⁰¹, rendendo non illegittimo il provvedimento, anche quando il contenuto della decisione sia discrezionale¹⁰².

I giudici amministrativi ritengono, tuttavia, che la possibilità dell'acquisizione delle informazioni sul procedimento in via alternativa alla formale comunicazione, non possa essere presunta dalle amministrazioni sulla base della natura del procedimento avviato ad istanza di parte. L'omissione della comunicazione nei provvedimenti di diniego alle istanze presentate dagli stranieri, non deve portare ad un'automatica sanatoria giurisprudenziale, ma la preclusione della partecipazione deve conseguire ad una rigorosa valutazione delle circostanze ed essere adeguatamente motivata.

Nell'ipotesi in cui si tratti di provvedimenti di natura discrezionale, invece, il legislatore affinché l'omissione del contraddittorio possa essere giustificata ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, parte seconda pretende dall'amministrazione la dimostrazione della scarsa incisività dell'apporto partecipativo dello straniero sul contenuto della decisione¹⁰³. Secondo la norma, infatti, l'annullamento va escluso qualora l'amministrazione dia prova in giudizio che il contenuto dell'atto sarebbe stato lo stesso anche se la comunicazione omessa fosse stata effettuata. Se l'onere della prova dell'utilità del contributo del privato grava sull'amministrazione, tale dimostrazione, ancor più quando si tratta di provvedimenti che interessano soggetti stranieri, non è di facile adempimento e richiede al giudice amministrativo un faticoso giudizio prognostico sul potenziale diverso contenuto che avrebbe avuto il provvedimento finale in assenza del vizio¹⁰⁴.

L'apporto effettivamente utile della partecipazione ed il suo effetto sanante dovranno quindi conseguire ad una valutazione caso per caso, in relazione all'arricchimento conoscitivo ricevuto dall'amministrazione ed alla sua verosimile influenza sul contenuto del provvedimento finale¹⁰⁵. Occorre, in sostanza, che l'amministrazione dimostri, e che il

una revoca o di un annullamento d'ufficio, non vizia il provvedimento finale se l'interessato è venuto comunque a conoscenza del procedimento, sì da potere intervenire e presentare le controdeduzioni».

101. Cons. St., sez. VI, 29.5.2002, n. 2972; Cons. St., sez. I, 17.9.2012, n. 4925 Cons. St., sez. V, 10.1.2013, n. 91 in cui si ribadisce che «l'omissione di tale formalità (la comunicazione di avvio) non vizia il procedimento [...] tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, sì da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende siffatta comunicazione».

102. Cons. St., sez. VI, 9.8.1996, n. 999; Cons. St., sez. VI, 13.2.2013, n. 888.

103. Cons. St., sez. VI, 2.3.2009, n. 1180.

104. Cfr. M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. Scoca, p. 311, 330 che evidenzia la pressoché inattuabilità del giudizio prognostico da parte del giudice amministrativo nei provvedimenti discrezionali.

105. S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., p. 125 ss.; R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez, *La partecipazione*, cit., p. 63 ss.

giudice amministrativo accerti, in che misura la violazione degli oneri informativi e quindi la preclusione del diritto di partecipazione al procedimento, abbiano realmente influito sulla possibilità dello straniero di far valere le proprie ragioni ed eventualmente poter sovvertire l'esito del procedimento.

L'amministrazione nei procedimenti di natura discrezionale che interessano gli stranieri è in misura maggiore tenuta ad agevolare la partecipazione dei soggetti stranieri ed ogni omissione per essere giustificata, va verificata in concreto e deve essere dimostrato, la superfluità dell'intervento del privato. In tale prospettiva si è espresso il Tar Puglia che ha affermato che il provvedimento di revoca della misura dell'accoglienza per lo straniero deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del relativo procedimento, «poiché la revoca postula un apprezzamento discrezionale della gravità del fatto addebitato allo straniero ed è mancata la prova, gravante sulla P.A. ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 4 agosto 1990, che il procedimento, seppure il ricorrente vi avesse partecipato, com'era suo diritto, non avrebbe avuto esito diverso»¹⁰⁶.

Sempre in senso favorevole all'utilità della comunicazione il Consiglio di Stato ha ritenuto non superabile ai sensi dell'art. 21-*octies* l'omissione del preavviso di rigetto relativamente ad un provvedimento di irricevibilità della domanda di conversione di una richiesta di soggiorno, poiché, se effettuata, avrebbe consentito l'integrazione della documentazione da parte dello straniero istante¹⁰⁷.

Con riferimento all'onere della prova, non sempre la dimostrazione del diverso esito grava solo sull'amministrazione, ma anche sullo straniero interessato il quale può essere

106. Tar Puglia, sez. Bari, 20.2.2018, n. 243. In tal senso anche Tar Emilia-Romagna, sez. I, 12.3.2015, n. 30 che relativamente ad un provvedimento di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno della questura di Modena impugnato per omissione del preavviso di rigetto, affermò non solo che tale provvedimento costituiva una «violazione da parte dell'amministrazione dell'articolo 10-bis della legge 241 del 1990», ma anche che «nel caso concreto non potesse operare l'art. 21-*octies* della legge 241 del 1990 e s.m. in quanto la preventiva comunicazione dei motivi ostativi al rinnovo del permesso di soggiorno avrebbe potuto consentire la presentazione di nuovi elementi che l'amministrazione avrebbe avuto l'obbligo giuridico di valutare»; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8.2.2018, n. 46 che annulla il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche, poiché «l'Amministrazione non fornisce alcun elemento idoneo a dimostrare che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, con conseguente non applicabilità, al caso di specie, dell'art. 21-*octies*, co. 2, della legge 241/1990».

107. Cons. St., sez. III, 19.2.2019 n. 1156. Cons. St., sez. III, 26.6.2019, n. 4414, in cui il Collegio annulla il diniego del permesso di soggiorno perchè «sull'amministrazione incombeva, comunque, ai fini della non annullabilità del provvedimento, ex art. 21-*octies*, co. 2, e art. 7, co. 1, l. 241 del 1990, l'onere di dimostrare in giudizio che il suo contenuto non avrebbe potuto essere in concreto diverso». Cfr. L. Pergolizzi, *Procedura per il rilascio del permesso di soggiorno e preavviso di rigetto. Verso una tutela "rafforzata" delle garanzie procedurali dei cittadini stranieri? A proposito di una recente sentenza del Consiglio di Stato*, ADiM Blog, settembre 2019.

chiamato a provare che attraverso il proprio intervento avrebbe avuto la possibilità di modificare il contenuto della decisione¹⁰⁸.

La svalutazione del vizio per omessa comunicazione sulla base dell'art. 21-*octies*, co. 2, se pure ricorrente nei procedimenti autorizzatori di natura discrezionale è, anche con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte che interessano altri ambiti del diritto amministrativo, sempre oggetto di uno scrutinio molto accurato e rigoroso ed esige non solo dalle amministrazioni, ma anche dagli interessati, la prova della resistenza che il contenuto, anche in caso di coinvolgimento del privato, non sarebbe cambiato¹⁰⁹.

6. La natura vincolata dei provvedimenti diretti agli stranieri come ragione di deroga alle garanzie partecipative

Il vizio derivante dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento o dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è scusabile, e quindi non conduce all'annullamento dell'atto, anche in base alla prima preposizione dell'art. 21-*octies*, co. 2, in quanto vizio del procedimento¹¹⁰. In base a tale disposizione, quando si tratti di atti di natura vincolata, nei quali è la legge che ha definito a monte, in presenza di determinati requisiti, il contenuto della decisione¹¹¹, la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo può essere omessa ogni qual volta sia palese che il suo intervento non avrebbe potuto modificare il contenuto del provvedimento¹¹². Secondo una concezione della partecipazione più collaborativa che garantistica, l'incapacità del privato di apportare alcun arricchimento

108. Cons. St., sez. V, 29.4.2009, n. 2737 sopra citata, in cui il Supremo Collegio precisa che l'interessato, a pena di inammissibilità della doglianza, debba quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione.

109. Cons. St., sez. VI, 7.7.2006, n. 4307. In argomento cfr. F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., p. 394 ss.

110. F.G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffé, 2004.

111. Tale condizione, tuttavia, non si pone in termini decisivi ai fini dell'operatività dell'illegittimità non invalidante, dal momento che il concetto di provvedimento vincolato non va inteso in maniera rigida, ma spesso presenta un apprezzamento discrezionale sul *quando* e sul *quomodo*, mentre i provvedimenti discrezionali, a loro volta, possono presentare anch'essi momenti vincolati, quanto meno con riferimento ai principi generali dell'ordinamento ed in particolare alla soglia massima della ragionevolezza. Su questo aspetto della questione si è diffusa la dottrina più autorevole, che ha sottolineato la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione netta fra attività discrezionale, da un lato, ed attività vincolata, dall'altro. Cfr. E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 506. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939. F. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; E. Follieri, *Potere vincolato e potere discrezionale puro*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2015, p. 189 ss.

112. Criticamente sulla presunta minore importanza delle garanzie procedurali nei provvedimenti di natura vincolata si veda già D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 93 ss. ove ult. ruff.

alla formazione della scelta amministrativa, essendo il provvedimento vincolato predeterminato dalla legge, giustifica la superfluità della comunicazione.

Nella logica del legislatore, la *ratio* di tale disposizione non contiene un intento discriminatorio sul piano delle garanzie, ma semplicemente ha l'obiettivo di evitare che la presenza di vizi formali o procedurali nel provvedimento di natura vincolata possa determinarne l'invalidità, a fronte di un atto di mero accertamento dei presupposti dell'esercizio del potere, alla luce dei quali all'amministrazione non resterebbe che dedurre la produzione degli effetti giuridici previsti dalla norma¹¹³.

La presunta inutilità della partecipazione dello straniero, e conseguente superfluità della comunicazione di avvio, rappresenta una delle giustificazioni che più frequentemente le amministrazioni invocano quando le proprie decisioni nei confronti degli stranieri sono oggetto di contestazione in sede giurisdizionale con riferimento all'elusione delle garanzie partecipative. Secondo le amministrazioni, la natura vincolata dei provvedimenti che interessano i soggetti stranieri, il cui il contenuto è già astrattamente definito dalla norma, renderebbe improduttiva la partecipazione dell'interessato al procedimento, comportando solo un aggravio in termini di economia procedimentale.

L'applicazione giurisprudenziale, anche se tendenzialmente conferma tale impostazione e salva il provvedimento vincolato adottato in assenza della comunicazione di avvio, dimostra tuttavia di non ignorare il vantaggio pratico che può avere la partecipazione procedimentale anche nell'ipotesi di provvedimenti il cui contenuto è predeterminato dalla legge. La giurisprudenza amministrativa, già prima dell'inserimento dell'art. 21-*octies* con la riforma del 2005, affermava che anche laddove l'esistenza di determinati presupposti obblighi l'amministrazione, senza alcuno spazio per valutazioni di ordine discrezionale, ad esercitare un certo potere e a adottare un determinato provvedimento, l'inserimento del privato nel procedimento deve essere consentito tutte le volte in cui questi potrebbe, con le proprie argomentazioni, indurre l'amministrazione a riconoscere l'inesistenza di quei presupposti¹¹⁴.

113. Sul contenuto decisionale anche dell'atto vincolato cfr. M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n.7.2017, p. 10 ss., che parla di «scetticismo della vincolatezza».

114. Come ad esempio ha affermato il Tar Puglia, Bari, sez. I, 15.1.2000, n.102, «Non esiste infatti alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, futuro destinatario di un atto asseritamente vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza, in fatto, dei presupposti ipotizzati dalla norma e quindi di chiederle di verificarne l'esistenza anche sulla base degli elementi di conoscenza che è in grado di offrire, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere con istanza di identico contenuto, ma rivolta al giudice in sede giudiziaria». Si vedano in tal senso anche Cons. St., sez. IV, 7.11.2001, n. 5718; Cons. St., 12.3.2001, n. 1381; Cons. St., sez. V, 23.4.1998, n. 474; Cons. St., 1.10.1996, n. 269; Tar Napoli, 7.6.2001, n. 2607; Tar Lazio, sez. II, 8.1.1998, n. 4.

Ebbene, molti dei provvedimenti tipici in materia di immigrazione, in base ad una scelta compiuta a monte dal legislatore e ad una svalutazione del processo decisionale che ne precede l'adozione, rientrano nell'ambito degli atti a contenuto doveroso e di conseguenza possono, grazie alla deroga prevista dall'art. 21-*octies*, co. 2, eludere legittimamente la partecipazione dello straniero al procedimento.

La disciplina dell'ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero configura, com'è noto, molte ipotesi di poteri di natura vincolata in capo alle autorità amministrative, la cui *ratio* giustificatrice è stata ritrovata dalla Corte costituzionale nell'esigenza di garantire il rispetto del principio di legalità, presidio ineliminabile dei diritti degli stranieri anche rispetto ai possibili abusi o discriminazioni da parte delle stesse amministrazioni¹¹⁵.

Il dato di interesse non risiede nell'applicabilità di tale deroga nei confronti degli stranieri, nella misura in cui si tratta di un meccanismo applicabile a tutta la categoria dei provvedimenti di natura vincolata e quindi non rappresenta una discriminazione, né una particolarità rispetto alle tipologie di provvedimenti che coinvolgono anche i cittadini italiani, invero si vuole in questa sede riflettere sull'adeguatezza di una presunzione normativa di vincolatività prevista per la gran parte dei provvedimenti in materia di immigrazione, al fine di misurare gli effetti che tale assunto produce in termini di garanzie partecipative degli stranieri.

6.1. *Sulla natura vincolata dei provvedimenti in materia di immigrazione*

Ai fini della corretta applicabilità di tale causa di esclusione delle garanzie partecipative nei procedimenti amministrativi tipici in materia di immigrazione, occorre dunque riflettere sulla natura dell'attività esercitata dall'amministrazione nei confronti degli stranieri. In particolare, occorre interrogarsi sulla scelta dell'ordinamento di configurare i provvedimenti relativi all'ingresso e all'allontanamento dello straniero come decisioni di natura vincolata¹¹⁶, che si pongono quindi come mero accertamento dei

115. Il gran numero di automatismi che caratterizzano taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno e dell'espulsione sono giustificati dalla Corte costituzionale, in quanto costituiscono «un riflesso del principio di legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione» e rappresentano «anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» Corte cost., ord. 3.5.2002, n. 146; Corte cost., sent. 6.7.2012, n. 172. Su questi temi cfr. C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 51 ss.

116. Per atto vincolato si intende quello interamente prefigurato dall'ordinamento; è vincolata, cioè, l'attività in cui non v'è margine di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti dell'esercizio del potere (sia esso apprezzamento tecnico o di interessi) e circa la scelta del contenuto del provvedimento, per effetto di norme cui l'amministrazione non può (legittimamente) derogare, quale che ne sia la fonte; cfr. *ex multis* A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006. Sulle contrapposte tesi secondo cui l'atto amministrativo è un mero atto, senza decisione e dunque senza potere ovvero l'atto vincolato sia in sé

presupposti predeterminati dalla legge, ovvero se in tali provvedimenti debbano residuare in capo all'amministrazione dei margini di discrezionalità¹¹⁷ nella definizione del contenuto della decisione¹¹⁸. Nel momento in cui si condivida la scelta della natura vincolata di tali provvedimenti, la deroga delle garanzie partecipative andrà correttamente configurata e giustificata come una delle ipotesi applicative dell'istituto dei vizi non invalidanti in base all'art. 21-*octies*, co. 2, qualora, invece, si ritenga che essi debbano configurarsi come l'esito di un potere di scelta discrezionale che debba considerare anche altri elementi della fattispecie concreta, allora il mancato coinvolgimento dello straniero destinatario della decisione determinerebbe un'elusione non giustificabile delle sue garanzie partecipative.

In proposito è appena il caso di ricordare che, con riferimento all'azione amministrativa che incida sulla sfera giuridica dei soggetti stranieri, la giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni ribadito che, se rappresenta una prerogativa di ciascuno stato sovrano il potere di disciplinare discrezionalmente l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero dal proprio territorio in nome della difesa dell'integrità nazionale¹¹⁹, tuttavia ciò non significa che tale obiettivo giustifichi l'adozione di meccanismi decisorii che escludano quel contemperamento di interessi delle posizioni soggettive coinvolte dall'esercizio del potere¹²⁰. In base a questo orientamento, la scelta del legislatore di configurare a monte come vincolata l'attività dell'amministrazione finalizzata a regolamentare l'ingresso e l'allontanamento degli stranieri, senza riconoscere in capo all'amministrazione un margine di apprezzamento per effettuare un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla difesa dei confini e l'interesse dello straniero all'ingresso o al soggiorno sul territorio, non rappresenterebbe una scelta costituzionalmente legittima per

una decisione perché senza la sua adozione l'effetto giuridico non si produce, cfr. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 34; E. Casetta, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 251; F. Follieri, *Decisione amministrativa*, cit., p. 16 ss.

117. La discrezionalità relativa all'*an* e al *quando* dovrebbe comunque sussistere dal momento che è con l'adozione dell'atto che si producono gli effetti prefigurati dalla norma, non da quando si verificano i presupposti per la sua adozione, F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 34.

118. In generale sulla distinzione tra discrezionalità e vincolatezza, anche per i riferimenti, si vedano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 72 ss.; F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432 ss.

119. Dopo Corte cost., sent. n. 62 del 1994, cit., il riconoscimento dell'ampia discrezionalità legislativa è stato affermato sistematicamente, cfr. *ex multis* Corte cost. 16.5.2008, n. 148; Corte cost., 26.5.2006, n. 206; Corte cost., ord., 31.10.2007, n. 361. Principio stabilito anche da TFUE, art. 79, co. 1 e 5.

120. Corte cost. sent. 6.7.2012, n. 172 nella quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1-*ter*, co. 13, lett. c), del d.l. 1.7.2009, n. 78, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., «senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato».

lo meno quando possa comportare una compressione ingiustificata dei diritti fondamentali degli individui¹²¹.

Coerentemente con questa prospettiva, osservando il dato normativo relativo ai poteri amministrativi volti a regolare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero nel e dal territorio dello Stato, l'attività amministrativa che incide nella sfera giuridica degli stranieri non è sempre disciplinata come vincolata, ma si registra la compresenza di misure affidate alla valutazione discrezionale dell'amministrazione con misure in cui la decisione è vincolata al mero accertamento dei presupposti stabiliti dalla legge.

Nella vigente disciplina relativa al permesso di soggiorno e all'espulsione, se quindi da un lato si registra la prevalenza degli atti configurati come espressione di poteri di natura vincolata nei quali i presupposti sono fissati dal legislatore in modo da non consentire alcuna valutazione discrezionale complessiva della posizione dell'interessato, dall'altro non mancano le ipotesi nelle quali il legislatore, a garanzia di situazioni meritevoli di particolari tutele, ha riconosciuto, alle autorità amministrative un più ampio margine di valutazione.

7. Discrezionalità e vincolatezza nei provvedimenti relativi all'ingresso e all'allontanamento degli stranieri

Osservando la disciplina delle ipotesi di revoca, rifiuto o annullamento del permesso di soggiorno tali provvedimenti comportano sia l'esercizio di poteri di natura discrezionale, sia di poteri totalmente vincolati. In alcune ipotesi, quando la decisione incida su aspetti attinenti la sfera individuale e coinvolga interessi meritevoli di particolari tutele, il legislatore preferisce lasciare all'amministrazione la possibilità di calibrare la propria misura sulla base di una valutazione comparativa. Si tratta dei casi in cui ricorrono la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato¹²², la rilevanza dei suoi legami familiari¹²³ o la considerazione di eventuali esigenze di protezione sociale o umanitaria¹²⁴, in cui è la stessa legge a richiedere all'autorità amministrativa di operare un

121. Corte cost., 12.12.2014, n. 277, Corte cost., 18.7.2013, n. 202. Orientamento già emerso nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 15.6.2010, n. 3760 e Cons. St., sez. III, 26.10.2011, n. 5757.

122. In materia di visto d'ingresso la giurisprudenza ricava dal riferimento all'ordine pubblico contenuto nell'art. 4, co. 3, TUI, la natura discrezionale del potere e ne fa discendere, nel silenzio della legge, la giurisdizione del giudice amministrativo: così Cass., SU, 27.1.2004, n. 1417, nonché Cass., SU, 25.3.2005, n. 6426. In argomento S. D'Antonio, *Il riparto*, cit., p. 551 ss. *Contra* cfr. M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit., p. 241 ss., secondo il quale le decisioni in tema di ingresso e soggiorno dello straniero fondate su motivi di ordine pubblico non sono propriamente discrezionali, mancando una ponderazione comparativa degli interessi.

123. Art. 5, co. 5, TUI.

124. Il permesso di soggiorno può essere discrezionalmente rilasciato dal questore allo straniero per motivi di protezione sociale in base all'art. 18 TUI e prima del d.l. n. 113/2018, conv. in l. n. 132/2018 anche per motivi umanitari in base all'art. 5, co. 6, TUI (ora abrogato).

bilanciamento tra l'esigenza di allontanare lo straniero non in regola e la situazione concreta del soggetto istante. In queste fattispecie la valutazione dell'amministrazione dovrà necessariamente estendersi all'apprezzamento comparativo di tutti gli elementi (interessi e circostanze fattuali) coinvolti dalla decisione finale.

Nelle ipotesi di attività di natura vincolata, legate all'accertamento di requisiti oggettivi, quali i requisiti documentali e quelli relativi ad eventuali condanne¹²⁵ o espulsioni¹²⁶, invece il legislatore fa discendere l'effetto giuridico dal mero accertamento dei presupposti.

Può, infine, verificarsi l'ipotesi che un unico possibile provvedimento possa basarsi alternativamente su presupposti da accertare o da valutare, così da trovarsi in presenza di prescrizioni che in realtà configurano due o più fattispecie alternative, alcune delle quali possono prefigurare un provvedimento vincolato ed altre uno discrezionale. Ricordiamo il noto art. 5, co. 5 del TU sull'immigrazione, sulle condizioni di diniego o rilascio del permesso di soggiorno. Tale norma definisce una decisione di tipo vincolato in quanto condiziona l'accoglimento dell'istanza alla presenza dei requisiti richiesti dalla legge in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta. Tuttavia, nella seconda parte del periodo, prevede altresì che l'amministrazione debba valutare la possibilità «che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio»¹²⁷, così individuando una clausola di salvaguardia che impegna l'amministrazione a compiere una valutazione aggiuntiva della situazione concreta sui cui va a decidere, a prescindere dall'astratta presenza o assenza dei requisiti stabiliti dalla legge. Nel momento in cui lo stesso legislatore abilita l'amministrazione a valutare la presenza di nuovi elementi (si pensi all'integrazione o regolarizzazione dei documenti già prodotti) e quindi a non fermarsi di fronte alla mera presenza di requisiti che per legge legittimano l'adozione di determinate misure di rigetto o di accoglimento dell'istanza, è evidente che tale provvedimento presupponga una valutazione di tipo discrezionale¹²⁸. Si tratta di una norma che è stata

125. È il caso ad esempio delle ipotesi di condanna per il reato inerenti gli stupefacenti ostative al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in base al combinato disposto dell'art. 4, co. 3 e dell'art. 5, co. 5 del TU, riguardo alle quali il Consiglio di Stato ha in più di un'occasione affermato che «la natura vincolata del provvedimento negativo comporta il rigetto della censura relativa alle carenze partecipative e alla violazione dell'art. 10-*bis* della legge 241 del 1990, non potendo essere diverso l'esito del procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno» Cons. St., sez. III, sent. 10.8.2018, n. 4908; Cons. St., sent. 2.3.2015, n. 1027.

126. Cfr. artt. 4 e 5 del TUI.

127. Art. 5, co. 5 d.lgs. 286/98: «Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'art. 22, co. 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili».

128. Sull'esigenza che l'amministrazione osservi una lettura dell'art. 5, co. 5, del TU n. 286/1998, ispirata ad un criterio di ragionevolezza, Cons. St., sez. III, n. 2013/2013; Cons. St., sez. III, 3.1.2014, n. 1.

oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale che, nella nota sentenza n. 202 del 2013, ha affermato la necessità di una «attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati»¹²⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di confrontarsi con l'applicazione dell'art. 5, co. 5, proprio a causa del frequente riferimento, nei ricorsi presentati da soggetti stranieri avverso i provvedimenti negativi (di diniego o revoca) del permesso di soggiorno, all'esistenza di nuovi elementi che l'amministrazione avrebbe dovuto valutare prima di decidere¹³⁰. Se l'amministrazione, richiamando l'art.-21 *octies*, co. 2, si è sempre tendenzialmente opposta all'annullamento per mancata valutazione dei nuovi elementi, obiettando che, trattandosi di provvedimenti di natura vincolata, il contenuto non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato, nella giurisprudenza amministrativa si registra un duplice orientamento.

Per un verso, soprattutto in una fase iniziale, il giudice amministrativo tende ad affermarne la natura vincolata e ad escludere l'annullamento, in base all'impostazione processuale-sostanziale della partecipazione, ogni qual volta il contenuto doveroso della decisione amministrativa avrebbe reso inutile il coinvolgimento del destinatario¹³¹.

129. Corte cost., 18.7.2013, n. 202, punto 4.4. del Considerato in diritto. La Corte dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 5, co. 5, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che «abbia legami familiari nel territorio dello Stato», in *Giur. cost.*, 2013, 4, p. 2835, con nota di G. Sirianni, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*; V. Picalarga, *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio – rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014. Di nuovo recentemente Cass. civ., sez. I, ord. n. 7860 del 16.4.2020 sul divieto di espulsione automatica dello straniero con legami familiari nel territorio dello Stato senza un accurato scrutinio,

130. Cfr. in argomento M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 20, che osserva come «la cauta, ma comunque sensibile apertura della giurisprudenza amministrativa alla doverosa considerazione degli elementi sopravvenuti di cui all'art. 5, co. 5, TUI, in una lettura globale della posizione dello straniero, costituisce un esempio del *sindacato incrementale* che il giudice amministrativo è venuto costruendo in questa materia».

131. Cons. St., sez. VI, sent. 16.5.2006, n. 2736; Tar Veneto, sent. 2.4.2009, n. 1064 sulla legittimità del diniego di rinnovo di permesso di soggiorno anche in mancanza di partecipazione stante la natura di atto dovuto; Tar Lazio, Roma, sez. I, sent. 19.3.2009, n. 3565 sulla illegittimità del provvedimento di diniego del visto di ingresso. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 26.2.2015, n. 689 che afferma il carattere vincolato del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno in presenza di condanne penali ostative (lesione del diritto di autore e contraffazione di marchi e brevetti); Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 27.6.2012, n. 443 che ritiene di natura vincolata il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno a seguito di una condanna penale ostativa. Cfr. però ancora Cons. St., sent. 26.6.2019, n.4412; Cons. St., sez. III, 21.1.2019, n. 494 per la natura vincolata del diniego di rilascio del permesso di soggiorno che quindi rende irrilevante il mancato coinvolgimento dello straniero nel procedimento conclusosi con l'impugnato diniego, trovando pacifica applicazione l'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990 perché il procedimento non avrebbe potuto avere esito diverso.

Secondo un diverso e successivo orientamento, la giurisprudenza amministrativa, abbandonando la logica del risultato sposata dall'amministrazione¹³², gradualmente si orienta per il riconoscimento in capo all'amministrazione della possibilità di disporre un assetto di interessi diverso da quello prefigurato dal legislatore¹³³. Si riconosce cioè che l'esclusione del permesso di soggiorno nella gran parte dei casi non debba avvenire automaticamente in base alla verifica dei requisiti stabiliti dalla legge, come accade nell'esercizio di attività vincolata, ma debba comportare una valutazione caso per caso, tesa a verificare la corrispondenza tra la fattispecie astrattamente prevista dalla norma e le circostanze della fattispecie concreta, per cui si rende necessario l'apporto partecipativo dell'interessato¹³⁴.

In tal senso una pronuncia del Consiglio di Stato relativa all'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro funzionale ad un'istanza di rinnovo di permesso di soggiorno¹³⁵. Il diniego era stato impugnato per violazione dell'art. 10-*bis* e l'amministrazione aveva giustificato tale omissione ritenendo sussistenti le condizioni dell'art. 21-*octies* in considerazione della natura vincolata del provvedimento e l'assoluta immutabilità del provvedimento nel suo contenuto. I giudici di Palazzo Spada chiarirono che non tutti i provvedimenti di accertamento dei requisiti, come quelli previsti nelle procedure di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, possono essere a priori considerati atti vincolati, ma spesso è necessario che l'amministrazione verifichi la

132. Secondo il già citato criterio del raggiungimento dello scopo *infra* par. 5. Sulle problematiche legate all'accoglimento di una concezione di amministrazione legata al risultato cfr. M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, *passim*.

133. Recentemente il Consiglio di Stato è tornato sulla questione e confermando l'annullamento di un diniego di permesso di soggiorno per omesso preavviso di rigetto, ha ribadito che «il provvedimento di rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno è atto discrezionale, dovendo l'amministrazione valutare in concreto gli elementi istruttori» e secondo la clausola dell'art. 5, co. 5, del d.lgs. n. 268/1998, anche i nuovi sopraggiunti elementi favorevoli allo straniero, e pertanto non poteva ritenersi applicabile l'art. 21-*octies*, co. 2 della legge n. 241/90, cfr. Cons. St., sez. III, 7.5.2019, n. 2923. Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. III, 9.6.2016, n. 2459.

134. Cons. St., sez. III, 17.5.2012, n. 2856 in cui il Collegio afferma che il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno non costituisce atto vincolato ... ossia non deve limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa, ma occorre che siano valutati gli elementi sopravvenuti e rispetto ai quali l'interessato possa fornire in sede procedimentale opportuni chiarimenti. Cfr. anche Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20.4.2005, n. 6178 che dispone l'annullamento di un provvedimento di rigetto del questore della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, presentata da uno straniero, per travisamento dei presupposti di fatto, in quanto la circostanza di essere stato condannato per reato di ricettazione non costituiva di per sé un indice della pericolosità sociale del soggetto richiedente e chiarisce che è necessario supportare la valutazione di pericolosità con adeguati accertamenti istruttori.

135. Cons. St., sez. VI, 2.2.2009, n. 552. Confermata da Cons. St., sent. 17.1.2011, n. 256 in *giustizia-amministrativa.it* che ribadisce che in presenza di una istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, l'accertamento dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego, «sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio» (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 286/1998); di conseguenza, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, il provvedimento di diniego non costituisce atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, potendo essere sopravvenuto un rapporto di lavoro che consenta il rilascio del permesso».

sussistenza di sopravvenienze rispetto alle quali l'interessato possa fornire gli opportuni chiarimenti.

Analogamente, i giudici di primo grado, annullando la revoca di un permesso di soggiorno di un cittadino marocchino emanato in mancanza di comunicazione di avvio, hanno evidenziato che il «contraddittorio è necessario in generale per i provvedimenti di annullamento e revoca d'ufficio ed indispensabile nei procedimenti in parola proprio in quanto finalizzato a consentire all'amministrazione quell'apprezzamento complessivo della fattispecie, ed in particolare l'eventuale esistenza di nuovi elementi che potrebbero eventualmente consentire il mantenimento in capo al ricorrente del permesso di soggiorno che invece si intende revocare, sancita dall'art. 5, co. 5 d.lgs. n. 286 del 1998»¹³⁶.

Nelle ipotesi invece in cui è il legislatore a prevedere che le amministrazioni debbano operare una valutazione comparativa sulla ricorrenza di una causa tipizzata di esclusione¹³⁷, la giurisprudenza amministrativa pretende uno scrutinio più approfondito¹³⁸ ed è più severa nell'accoglimento dei temperamenti previsti dall'art. 21-*octies*, co. 2 relativamente all'inutilità del contraddittorio con l'interessato.

In materia di legami familiari, ad esempio, i giudici amministrativi hanno evidenziato la necessità che l'amministrazione tenga conto, in base all'art. 5, co. 5 del TUI, della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, perché «la valutazione di prevalenza delle esigenze di sicurezza sociale sull'esistenza di legami familiari nello Stato è frutto di una valutazione che rientra nella piena discrezionalità dell'amministrazione»¹³⁹. È sempre necessario, precisa il Consiglio di Stato, riconoscendo in un'altra pronuncia la rilevanza giuridica dei rapporti familiari di fatto ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, operare un bilanciamento e accertare se l'allontanamento o l'interruzione della legalità del soggiorno provochi un sacrificio sproporzionato alla vita privata e familiare¹⁴⁰.

Su questa linea, il Supremo Collegio, richiamando anche i principi affermati dalla Corte costituzionale¹⁴¹, dalla Corte di giustizia della UE¹⁴² e dalla Corte EDU¹⁴³ e

136. Tar Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 27.2.2014, n. 479.

137. Si vedano le osservazioni di M. Savino, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in questa *Rivista*, n. 3.2013, p. 38, che parla di «bilanciamento effettuato *ex ante* dal legislatore».

138. Orientamento presente anche nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. sent. 6.7.2012, n. 172 nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1-*ter*, co. 13, lett. c), del d.l. 1.7.2009, n. 78, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., «senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato».

139. Tar Liguria, sez. II, 5.2.2016, n. 107.

140. Cons. St., sez. III, 31.10.2017, n. 5040.

141. Cfr. per tutte Corte cost., 18.7.2013, n. 202.

142. La Corte di giustizia UE si è sempre pronunciata per la necessità che le amministrazioni nazionali in materia di permesso di soggiorno procedano ad una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco quando si

confermando la propria meditata svolta giurisprudenziale nell'interpretazione dell'art. 5, co. 5, TU immigrazione, afferma sistematicamente la necessità che l'amministrazione proceda ad un confronto concreto, e non astratto, tra l'esigenza della sicurezza pubblica e l'effettiva tutela dei diritti umani fondamentali, quale quello alla salvaguardia del contesto familiare e della vita affettiva dei minori¹⁴⁴.

Analogo orientamento si riscontra con riferimento alla valutazione del requisito della pericolosità sociale il cui accertamento secondo i giudici amministrativi deve avvenire in base ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione, poiché «l'attività dell'amministrazione preordinata alla valutazione della pericolosità sociale rappresenta un'attività discrezionale della pubblica amministrazione»¹⁴⁵. In quest'ottica sono sistematicamente ritenuti illegittimi i provvedimenti di revoca del permesso di soggiorno, nei quali l'amministrazione assume in maniera automatica la qualificazione di pericolosità sociale, omettendo di considerare la complessità della situazione familiare risultante dagli atti procedurali¹⁴⁶.

Le pronunce successive in tema di provvedimenti di diniego o di rilascio del visto o permesso di soggiorno sono orientate a non ammettere la natura vincolata dei provvedimenti come giustificazione *tout court* per l'esclusione delle garanzie partecipative, e confermano che, indipendentemente dalla necessità della decisione¹⁴⁷, la garanzia del

tratta di accertare la solidità dei legami familiari, cfr. tra le tante Corte giust., sez. VI, 20.11.2019, in C-706/18, *X v. Belgio*; Corte giust., sez. II, 13.3.2019, in C-635/17, *E.*, *Corte giust.*, sez. IV, 14.3.2019, in C-557/17, *Y.Z. e altri*.

143. Corte EDU, 4.12.2012, ric. n. 3156/05, *Hamidovic c. Italia*; Corte EDU, 17.12.2019, *Abdi Ibrahim c. Norvegia* non può essere vietato un ricongiungimento senza aver bilanciato tutti gli interessi in gioco.

144. Cfr. Cons. St., sez. III, 26.10.2011, n. 5757 in cui si afferma che la decisione sul permesso di soggiorno richiesto dallo straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare è discrezionale, nonostante la presenza a suo carico di una condanna penale ostativa. Si vedano tra le tante Cons. St., sez. III, 3.1.2014, n. 1; Id, sez. III, sent. 12.11.2014, n. 5570. Cons. St., sez. III, 23.5.2017, n. 2391, in cui il Supremo Collegio afferma l'illegittimità del diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per l'esistenza di precedenti penali, perché non erano state valutati gli elementi che connotavano l'inserimento familiare, sociale e lavorativo in Italia dello straniero.

145. Cfr. Tar Veneto, sez. III, 27.3.2003, n. 2110 in cui il Tar, pur confermando il diniego di permesso di soggiorno giustificato in base alla pericolosità sociale del ricorrente, desunta da una condanna a quattro anni di reclusione per tentato omicidio, afferma che «l'attività dell'amministrazione preordinata alla valutazione della pericolosità sociale rappresenta un'attività discrezionale della pubblica amministrazione, sindacabile unicamente in caso di illogicità, di carenza di presupposti, o di manifesta incongruità». In tal senso anche Tar Puglia, sez. Bari, sent. 20.2.2018, n. 243.

146. Tar Lombardia, sez. I, 31.12.2019, n. 2770. Cfr. anche Cons. St., sez. III, 30.5.2017, n. 2591, in cui il Supremo Collegio, pur confermando la legittimità del provvedimento fa riferimento all'avvenuta valutazione discrezionale, riferendo che «la questura aveva effettuato una attenta valutazione in concreto della sua pericolosità e del suo mancato inserimento sociale, esprimendo un apprezzamento discrezionale che non appare né manifestamente illogico né affetto da travisamento dei fatti, considerate le gravi condotte messe in luce dal provvedimento di diniego, come ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata, con motivazione che va esente da censura».

147. L'affermazione dell'utilità della partecipazione anche nei provvedimenti vincolati è stata già accolta dalla giurisprudenza con riferimento ad altri settori dell'attività amministrativa. Si veda l'orientamento, sia pure minoritario, che ritiene la partecipazione non sia superflua anche nei provvedimenti di natura vincolata, ogni qual volta rimangano circostanze fattuali suscettibili di diverso apprezzamento che consentano al privato, intervenendo, di addurre ulteriori

contraddittorio si presenta come un valore non rinunciabile ogni volta che il contributo dell'interessato possa consentire all'amministrazione di conoscere tutti gli aspetti della fattispecie concreta sottoposta al suo esame¹⁴⁸.

Con riguardo alla disciplina dell'espulsione amministrativa, si rinviene la medesima coesistenza tra disposizioni che definiscono il potere di allontanamento come vincolato ed ipotesi in cui tale potere assume natura discrezionale. Sono infatti previste, accanto alle ipotesi eccezionali di competenza del Ministero degli interni caratterizzate da profili altamente discrezionali¹⁴⁹, le ipotesi ordinarie di competenza prefettizia nelle quali i presupposti sono fissati dal legislatore in modo da non consentire alcuna valutazione discrezionale complessiva della posizione dell'interessato¹⁵⁰. I provvedimenti amministrativi di espulsione possono, ad esempio, essere emanati dal Prefetto in ragione dello *status* di clandestinità di soggetti stranieri sprovvisti di un valido titolo di ingresso o di permanenza sul territorio dello Stato¹⁵¹, qualora lo straniero appartenga ad una delle categorie a cui si applicano le misure previste dal Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione¹⁵², o ancora nei casi di espulsione prefettizia vincolata derivante dal

fatti ed interessi che potrebbero risultare vantaggiosi per la sua sfera giuridica, cfr. Cons. St., sez. V, 19.3.2007, n. 1307; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 17.2.2009, n. 25 che riconoscendo la necessità della partecipazione al procedimento per l'emanazione di un provvedimento di sospensione di una concessione edilizia osservava che «La natura vincolata del provvedimento di sospensione è in tal senso un argomento inconferente, [...]. Ed infatti, la partecipazione del privato consente spesso, nella fase istruttoria, di conoscere elementi e circostanze che in un procedimento di tipo indiziario qual è quello collegato ad una lottizzazione abusiva di tipo formale, evidenziano spesso una certa complessità e margini di valutazione discrezionale dei fatti da parte della pubblica amministrazione sui quali la partecipazione dei soggetti interessati potrebbe fornire un quadro chiarificatore utile ad escludere la sussistenza dell'abuso sospettato e quindi non necessario alcun provvedimento restrittivo».

148. Cfr. Cons. St., sez. III, 7.5.2019, n. 2923, in cui è stato confermato l'annullamento di un provvedimento di diniego di permesso di soggiorno per motivi inerenti alla insufficienza del reddito minimo necessario poiché la mancata partecipazione dell'interessato «ha concretamente impedito all'interessato di esporre anticipatamente le proprie argomentazioni difensive in una situazione caratterizzata da indubbe peculiarità, rispetto alle quali sarebbe stato certamente opportuno il confronto preventivo in sede procedimentale». Nello stesso senso anche Cons. St., n. 4414/2019, cit.; Cons. St., sez. III, 3.1.2014, n. 1; Id, sez. III, sent.12.11.2014, n. 5570.

149. Art. 13, co. 1 TUI (motivi di ordine pubblico e sicurezza) e art. 3, d.l. 27.7.2005, n. 144 convertito in l. 31.7.2005, n. 155 (contrasto del terrorismo internazionale). Cfr. C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 61, che evidenzia come si tratti di ipotesi in cui amplissima discrezionalità è lasciata alle autorità amministrative, tanto da far dubitare, per queste fattispecie, il rispetto del principio di legalità.

150. Art. 13, co. 2, TUI.

151. La misura espulsiva si applica allo straniero che sia entrato nel territorio dello Stato senza sottoporsi ai controlli di frontiera e non sia stato respinto secondo quanto previsto dall'art. 13, co. 2, lett. a) del Testo Unico. Inoltre, il provvedimento è disposto nei confronti dello straniero trattenutosi sul territorio dello Stato senza che il datore di lavoro abbia correttamente comunicato l'impiego e il trattamento contrattuale alla prefettura o all'Ufficio territoriale del Governo (per i lavoratori dipendenti), o che non abbia fatto richiesta del permesso di soggiorno entro i termini previsti, o in caso di revoca, annullamento o rifiuto del permesso di soggiorno, o ancora nel caso il permesso di soggiorno sia scaduto da oltre sessanta giorni e non sia stata presentata richiesta di rinnovo, o infine quando lo straniero si trattienga sul territorio dello Stato senza dichiarare la propria presenza all'autorità di frontiera o al questore competente per la provincia in cui si trovi oppure, avendola dichiarata, si trattienga oltre tre mesi.

152. Art. 13, co. 2, lett. c), TUI.

diniego o rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno da parte del questore. Tale impostazione riceve, com'è noto, il conforto della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione che da tempo hanno chiarito che il provvedimento di espulsione dello straniero, in quanto provvedimento obbligatorio a carattere vincolato, implica che il giudice ordinario dinanzi al quale esso venga impugnato sia tenuto «unicamente a controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione», trattandosi di un atto dovuto senza alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione¹⁵³. La *ratio* della disciplina dell'espulsione nel nostro ordinamento si basa sul presupposto della presunta lesione *in re ipsa* dell'interesse pubblico al controllo delle frontiere, da cui consegue l'irrilevanza dell'interesse individuale che non giustifica l'esigenza di una adeguata attività istruttoria, né il contraddittorio con il titolare di quell'interesse¹⁵⁴.

Sussistono, tuttavia, così come nei provvedimenti autorizzatori, ipotesi nelle quali anche l'espulsione prefettizia può comportare una valutazione discrezionale, in particolare quando occorra accertare la presenza di condizioni di inespellibilità. Infatti, a fronte delle ipotesi di espulsione prefettizia disciplinate all'art. 13 TU, il legislatore prevede delle ipotesi di inapplicabilità della misura espulsiva, talvolta configurate in modo tassativo, su cui le autorità preposte non hanno margini di apprezzamento¹⁵⁵, talaltra invece dotate di più ampi spazi di valutazione da parte delle amministrazioni. La vincolatività del potere espulsivo viene dunque già in sede legislativa, attenuata nel suo ambito applicativo quando sia necessario garantire situazioni meritevoli di particolari tutele. A fronte della previsione di ipotesi di deroga all'applicabilità della misura espulsiva, lo spazio del cd. automatismo appare ridimensionato e coesiste con altre modalità di esercizio del potere¹⁵⁶.

Tra le ipotesi di deroga all'espulsione configurate dal legislatore e assai spesso all'esame dei giudici, vi è, anche nei provvedimenti di allontanamento, quello della presenza di legami familiari del soggetto destinatario della misura amministrativa, che

153. Cass., SU, 16.10.2006, n. 22217 e Cass., SU, 16.10.2006, n. 22221. Il principio si trova riaffermato nella giurisprudenza successiva (Cass., sez. I, ord. 7.2. 2008, n. 2973; Cass. 6.8.2010, n. 18432; Cass. 22.6.2016, n. 12976; Cass. 14.6.2018, n. 15676).

154. Cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione*, cit., p. 190, che osserva come «il primato dell'interesse statale al controllo delle frontiere porta con sé un'attività amministrativa vincolata, con azzeramento delle garanzie procedurali» così disconoscendo il *due process* amministrativo come diritto fondamentale.

155. A titolo esemplificativo basti citare l'art. 19, co. 1 del TU che esclude l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione; l'art. 31, co. 4, TU esclude quella degli stranieri minori di anni diciotto; l'art. 13, co. 2-*bis* nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto. Sugli ulteriori limiti al rimpatrio si veda C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 60 ss.

156. Sugli automatismi che caratterizzano la disciplina dell'espulsione si vedano M. Savino, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, cit., p. 37 ss.; Id, *La Corte costituzionale*, p. 188 ss.; C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 51 ss.

com'è noto, in base all'art. 13, co. 2-*bis*, TUI¹⁵⁷, deve essere valutata dal prefetto prima di procedere all'espulsione. Con riferimento al diritto al ricongiungimento familiare¹⁵⁸, giurisprudenza consolidata richiede che l'amministrazione non possa procedere ad un'applicazione automatica e standardizzata dei parametri normativi, ma dovrà provvedere caso per caso, valutando la situazione personale del richiedente ed operando un delicato bilanciamento tra il sacrificio del diritto individuale e la tutela dell'ordine pubblico statale¹⁵⁹. Secondo la Cassazione, l'amministrazione quando è chiamata a valutare il ricorrere di limiti all'esercizio vincolato del proprio potere espulsivo, deve effettuare un giudizio prognostico della situazione complessiva del soggetto passibile di espulsione attraverso l'acquisizione di tutti gli elementi utili¹⁶⁰ – anche attraverso la partecipazione dell'interessato – a verificare la presenza di legami familiari «soggettivamente qualificati ed effettivi»¹⁶¹, dei quali, come precisa la Corte in un'altra pronuncia, sarà onere dello straniero fornire adeguata prova¹⁶².

Si rileva come a fronte di una amministrazione che appare orientata a giustificare la preclusione della partecipazione dello straniero con l'esimente della natura vincolata del provvedimento espulsivo impugnato, anche la giurisprudenza ordinaria, così come quella

157. Introdotto in sede di recepimento della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare con d.lgs. 8.1.2007, n. 5 l'art. 13, co. 2-*bis* prevede che «Nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

158. In argomento si veda P. Morozzo Della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020; Id, *Ricongiungimento familiare, in Ricongiungimento familiare, housing sociale, mobilità lavorativa. Quali buone pratiche per l'integrazione dei migranti*, a cura di F. Marcelli, A. Crescenzi, S. La Rocca, V. Noviello, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

159. Cfr. tra le tante Cass., sez. I., ord. 9.12.2019, n. 32041 in cui la Corte rileva che il giudice di merito avrebbe dovuto operare un temperamento tra i vari interessi in gioco e dar prevalenza a quello, preminente, di preservazione del legame tra padre e figlio; Cass., sez. I., ord. 22.2.2019, n. 5359; Cass., sent. 16.1.2019, n. 5597 in cui la Corte afferma che «è onere dell'autorità amministrativa e, successivamente, dell'autorità giurisdizionale, al fine di non incorrere nel vizio di motivazione, esplicitare in concreto le ragioni dell'attuale pericolosità sociale del richiedente il permesso di soggiorno, che siano tali da giustificare il rigetto dell'istanza. [...] infatti, in caso di richiesta del rilascio di permesso per motivi di coesione familiare non è più prevista l'applicabilità di automatismo espulsivo, in precedenza vigente, che scattava in virtù della sola condanna del richiedente per i reati identificati dalla norma (nella specie, in materia di stupefacenti), sulla base di una valutazione di pericolosità sociale effettuata *ex ante* in via legislativa». Cass., ordinanza n. 5360 del 22 febbraio 2019 in cui la Corte afferma che l'amministrazione deve effettuare lo scrutinio previsto dall'art. 13, co. 2-*bis* indispensabile ai fini della valutazione della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato.

160. Cass., ord. 27.7.2017, n. 18689 che ha statuito che «... qualora debba adottarsi un provvedimento espulsione nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ... si deve tener conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato e della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale».

161. Cass. civ. sez. I, ord. 31.1.2019, n. 2954.

162. Cass. civ., sez. I, ord. 31.1.2019, n. 3031 «è onere dello straniero fornire adeguata prova dei qualificati legami familiari, in assenza della quale è legittimo il rigetto del ricorso da parte del Giudice di pace».

amministrativa nei provvedimenti relativi all'ingresso e al soggiorno, non accoglie tale giustificazione in ogni caso, ma pretende uno scrutinio approfondito della situazione concreta. La Cassazione infatti, si mostra orientata a non riconoscere al carattere della vincolatezza l'idoneità a giustificare l'esclusione delle garanzie partecipative, quando la decisione dell'amministrazione implichi valutazioni di tipo discrezionale in relazione alle ipotesi di inespellibilità previste dal legislatore.

Sollevando lo sguardo a livello europeo, l'attenzione verso il rispetto da parte degli Stati delle garanzie procedurali nelle procedure di espulsione più complesse, rappresenta una costante anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶³. La Corte EDU con riferimento al divieto di espulsioni collettive, stabilito dall'art. 4 del protocollo 4 allegato alla CEDU, ha in più occasioni condannato il nostro Paese per mancato rispetto del *due process*, in quanto non era stato assicurato a ciascun migrante parte del gruppo la possibilità di un contraddittorio, in particolare un esame della posizione individuale e la possibilità di esporre le argomentazioni che si oppongono alla misura di allontanamento¹⁶⁴. Solo nella sentenza *Khlaifia* nel 2016 la Grande Camera ha ridimensionato il criterio procedurale dell'art. 4 del Protocollo n. 4, affermando che il colloquio individuale con il singolo migrante nelle espulsioni collettive non è obbligatorio, ma l'obiettivo della norma sia raggiunto, se comunque allo straniero siano state garantite le condizioni minime ovvero l'identificazione, la comprensione della decisione e la mera possibilità di esporre all'autorità i motivi che si oppongono alla sua espulsione¹⁶⁵.

163. Su questi temi cfr. S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, Jovene, 2007; Id, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 542 ss.

164. Corte EDU (Grande Camera), causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ricorso n. 27765/09), sentenza 23.2.2012. P. Bonetti, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 447 ss. Corte EDU (seconda sezione), *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* (ricorso n. 16643/09), sentenza 21.10.2014, par. 223. Su tale pronuncia P. Bonetti, *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 1, p. 219 ss.

165. Corte EDU (seconda sezione), *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/12), sentenza 1.9.2015, in argomento M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, 3-4.2015; A. Saccucci, *I «ripensamenti» della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, 2, p. 552. A. Muccione *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2017. Di recente la Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 13.2.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15 è tornata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 e dell'art. 13 CEDU in materia di respingimenti "a caldo". La Corte ha concluso per la non violazione del divieto di espulsione collettive senza esame individuale, affermando che l'assenza di provvedimenti individuali di espulsione fosse da imputare non allo Stato spagnolo, ma ai ricorrenti, in virtù della loro condotta colposa. Cfr. A. Fazzini, *La sentenza N.D. e N.T. e il divieto di espulsioni collettive: una prova di equilibrio tra flessibilità, restrizioni e più di una contraddizione*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020; cfr. nello stesso senso Corte EDU (terza sezione), sentenza 24.3.2020, *Asady and Others v. Slovakia*, ric. n. 24917/15.

8. Il rafforzamento delle garanzie partecipative dei cittadini stranieri: dal provvedimento in serie alla decisione “su misura”

L’analisi della prassi amministrativa e dell’applicazione giurisprudenziale rivela, dunque, come la decisione delle amministrazioni preposte al governo del fenomeno migratorio non consista sempre in un mero accertamento dei requisiti previsti dalla legge, ma comporti più spesso una valutazione caso per caso, estesa ad altri elementi che possono alterare l’esito finale aprioristicamente stigmatizzato dalla legge.

La previsione di un numero elevato di limiti normativi posti all’esercizio dei poteri di natura vincolata in materia di ingresso, soggiorno e all’allontanamento degli stranieri, insieme al riconoscimento giurisdizionale che l’azione amministrativa nei confronti dello straniero per alcune categorie di interessi dovrebbe preferibilmente adottare modalità discrezionali di esercizio del potere, rappresentano il segnale della consapevolezza del legislatore e della giurisprudenza che nelle decisioni amministrative che incidono nella sfera giuridica di soggetti stranieri la scelta non possa essere affidata a meccanismi decisionali di tipo necessitato, ma debba invece comportare una valutazione discrezionale di tutti gli interessi in gioco nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame. Sembra si sia acquisita ormai la consapevolezza che, trattandosi di provvedimenti dall’elevata portata lesiva che spesso coinvolgono diritti fondamentali di individui con situazioni fra loro fortemente differenziate¹⁶⁶, si renda opportuno accordare all’amministrazione maggiore flessibilità nell’individuazione della soluzione più adeguata al caso concreto¹⁶⁷.

L’inadeguatezza avvertita dal legislatore in ordine alla configurazione come vincolata dell’attività amministrativa che ha come destinatari gli stranieri è rinvenibile anche nelle pronunce delle Corti che in diversi ambiti, costituzionale¹⁶⁸, ordinario, amministrativo¹⁶⁹, hanno più o meno esplicitamente manifestato un disagio verso tale configurazione e

166. Cfr. C. Corsi *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 60 che osserva con riferimento alle fattispecie tassative di espulsione come tale previsione possa portare ad una omogeneizzazione di trattamento di casi che possono avere valenze anche assai differenti, «... e la mancanza di spazi di discrezionalità non è più funzionale ad un sistema di accoglienza coerente e non rappresenta neppure più una garanzia per i soggetti, ma diviene una corazza che tiene forzatamente unite ipotesi differenti».

167. Come osserva M. Nocelli, *Il diritto dell’immigrazione*, cit., p. 25, il giudice amministrativo attraverso il riespandersi della discrezionalità amministrativa, cede il passo ad una nozione di legalità sostanziale, tesa ad assicurare i diritti fondamentali del singolo straniero.

168. La giurisprudenza costituzionale inizia a riconoscere nell’attività amministrativa in tema di immigrazione l’esigenza di un approccio caso per caso, incompatibile con una dimensione vincolata del potere, cfr. Corte cost. n. 202/2013.

169. La giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa è orientata a non ammettere l’applicabilità dell’esimente legata alla natura vincolata del provvedimento in base all’art. 21-*octies*, co. 2, come deroga al contraddittorio procedimentale esigendo, invece, uno scrutinio più approfondito dall’amministrazione, molto vicino ad un apprezzamento di tipo discrezionale. Cfr. par. 7.

dimostrato un *favor* per un approccio caso per caso, incompatibile con una dimensione vincolata del potere.

È evidente che nei procedimenti in materia di immigrazione si avverte, in maggior misura rispetto ad altri settori, l'esigenza di modulare più accuratamente l'azione amministrativa in relazione alla realtà concreta nella quale è chiamata a produrre effetti giuridici. Più correttamente, dunque, l'esercizio del potere amministrativo quando coinvolge le posizioni soggettive degli amministrati-stranieri dovrebbe essere liberato da vincoli stabiliti a monte dal legislatore che impediscono un trattamento personalizzato¹⁷⁰ e affidato alla valutazione discrezionale dell'amministrazione che è garanzia di più accurata ponderazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi dei destinatari della decisione.

Il riscontrato ridimensionamento di meccanismi vincolati di esercizio del potere nelle decisioni amministrative che incidono sulle posizioni giuridiche degli stranieri, a favore di una valutazione che tenga conto della sussistenza, consistenza, o lesione di tali posizioni apre lo spazio verso l'adozione di modalità decisionali più flessibili che consentono una decisione amministrativa più sartoriale, "su misura", invece che affidata a formule standardizzate, confezionate in serie sulla base di parametri rigidi che ingessano il risultato finale.

In questa opera di bilanciamento tra interesse pubblico al controllo del territorio e situazioni giuridiche soggettive dei migranti, la partecipazione dello straniero riacquista legittimamente la sua centralità: il suo rafforzamento si pone come indispensabile per consentire all'amministrazione di calibrare al meglio la propria decisione, proprio con riferimento a provvedimenti, come quelli in discorso, destinati a soggetti che si trovano in una condizione di indubbia soggezione nei confronti del potere amministrativo e sono per questo maggiormente vulnerabili.

L'opzione verso una modalità "su misura" di esercizio del potere, si potrebbe porre come una modalità più adeguata con riferimento alle decisioni che coinvolgono gli stranieri, laddove consentirebbe di "cucire" il provvedimento in base alla situazione concreta del destinatario e si configurerebbe come una valida soluzione in termini sia di completezza dell'istruttoria, grazie al non più eludibile contributo partecipativo del privato,

170. Non condivisibile l'orientamento della Corte costituzionale che individua invece nel modulo vincolato dell'esercizio del potere un freno al possibile arbitrio dell'amministrazione, in nome del principio di legalità. Ci si riferisce alla motivazione adoperata dalla Corte per giustificare gli automatismi che caratterizzano taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno e dell'espulsione ritenuti «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa». Corte cost., sent. 21.5.2008, n. 148, punto 5; Corte cost., ord. 3.5.2002, n. 146.

sia in termini di effetto deflattivo sul contenzioso a fronte della prevedibile riduzione dei margini di errore.

Alla luce di questa lettura, la tutela delle garanzie partecipative dei soggetti stranieri, la cui rilevanza è emersa dall'analisi giurisprudenziale, orientata ad opporsi ai comportamenti pretestuosi delle amministrazioni tesi a depotenziarne la portata, ne esce rafforzata. La deroga al contraddittorio procedimentale, legata alla natura vincolata del provvedimento in base all'art. 21-*octies*, co. 2, diventerebbe non più invocabile dalle amministrazioni in sede giurisdizionale per giustificare la compressione degli oneri di comunicazione, laddove la partecipazione, come condizione elettiva di garanzia del corretto esercizio della discrezionalità, potrà essere esclusa solo laddove l'amministrazione riesca a fornire la difficile dimostrazione della sostanziale ininfluenza o inutilità, ai fini della decisione finale, della partecipazione dello straniero.