



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2810 del 2022, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'XXXXXXXXXXXXXXXXX, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via XXXXXXXXX;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. - OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2022 il Pres. XXXXXXXXXXXX e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con decreto del -OMISSIS-, la Questura di XXXXXXXX ha respinto l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo di cui era titolare l'odierno appellante, cittadino algerino. Il provvedimento era motivato sull'inesistenza di idonea iscrizione nelle liste

anagrafiche del Comune di XXXXX e sulla inattività dell'impresa di cui il cittadino straniero era titolare.

2. Con il ricorso n. 1154 del 2021, proposto dinanzi al Tar Campania, sezione Napoli, l'odierno appellante ha impugnato il provvedimento di rigetto, chiedendone l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere, non avendo l'Amministrazione notificato il preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 bis L. 7 agosto 1990, n. 241, circostanza che avrebbe permesso all'istante di dedurre argomenti atti a contrastare l'impianto motivazionale della Questura sul merito delle ragioni che hanno condotto ad un provvedimento negativo. Se l'appellante avesse potuto partecipare al procedimento, avrebbe potuto dimostrare la presenza di una idonea iscrizione anagrafica e della maturazione dei requisiti reddituali richiesti dalla legge. L'Amministrazione avrebbe errato, poi, nel non valutare la condizione di integrazione nel tessuto sociale del cittadino straniero che vive e lavora in Italia da oltre dieci anni.

3. Il TAR Campania, con la sentenza n. -OMISSIS-, ha respinto il ricorso. Il Giudice di primo grado ha ritenuto che la censura sulla mancata comunicazione del preavviso di rigetto *“si appalesa inammissibile - prima ancora che infondata - non essendo stata rappresentata alcuna lesione di natura sostanziale alle prerogative del ricorrente riveniente dalla asserita omissione procedimentale “addebitata” alla resistente Autorità. Non è stato rappresentato nel gravame alcun plausibile argomento la cui “introduzione” nel procedimento, e la cui compiuta valutazione da parte della Autorità, sarebbe stata in grado di diversamente orientarne il risultato (siccome si avrà modo di illustrare infra, in sede di scrutinio del “merito” del gravame).”* Nel merito, secondo il Giudice di primo grado, il ricorso sarebbe comunque infondato in quanto gli elementi favorevoli (i.e. iscrizione anagrafica in un diverso indirizzo e nuovi flussi reddituali) sarebbero stati maturati dal ricorrente in un momento successivo rispetto all'iter procedimentale e quindi non valutabili dall'amministrazione in sede di riesame.

4. Avverso tale pronuncia è insorto l'odierno appellante, con atto notificato in data 15 marzo 2022 e depositato il 4 aprile 2022 in cui sono state riproposte le medesime censure dedotte in primo grado.

5. In data 19 maggio 2022 si è costituito il Ministero dell'Interno con atto meramente formale.

6. Con ordinanza n. -OMISSIS- del 19 maggio 2022 è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare della sentenza appellata, sul rilievo che l'idoneità dell'iscrizione anagrafica *“nella via fittizia”* o *“via virtuale”* ai fini del rilascio ovvero del rinnovo del permesso di soggiorno, per la sua complessità, avrebbe meritato adeguato approfondimento nella sede di merito e ciò in quanto, dal diritto a risiedere in un determinato luogo – questione che coinvolge rilevanti profili di sicurezza pubblica e di controllo del territorio - la legge fa peraltro dipendere una serie di altri diritti fondamentali quali il diritto all'assistenza sanitaria non urgente o a quella previdenziale e sociale.

7. Alla pubblica udienza del 10 novembre 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello, viene dedotta la violazione dell'art. 10 bis L. 7 agosto 1990, n. 241, per non avere l'Amministrazione competente provveduto a comunicare al cittadino straniero il preavviso di rigetto sulla sua istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo.

Il motivo è meritevole di positivo apprezzamento secondo un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale.

Nel procedimento amministrativo, il contraddittorio con le parti rappresenta una pietra angolare del provvedimento che non è più espressione unicamente dell'interesse pubblico bensì della relazione, dell'intersezione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti.

Ciò rileva non solo nella fase di avvio del procedimento ma tanto più nelle ipotesi in cui l'amministrazione intende rigettare un'istanza avanzata dall'interessato.

La norma sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza presentata da un privato contiene una *ratio* ulteriore di sistema: tutelare il diritto di difesa del privato nei confronti della pubblica amministrazione, favorendo lo scambio informativo tra le parti in un'ottica di eguaglianza.

Occorre segnalare che il diritto al contraddittorio, nell'ambito amministrativo, ha una speciale conformazione. Tale struttura trova riscontro nella formulazione dell'art. 21 *octies* L. 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui, nella versione antecedente alla riforma di cui all'art. 12 comma 1) lett. i) decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, *“è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”*

Dal tenore letterale della disposizione emerge la presenza di due eccezioni all' *“assolutezza”* del *favor participationis*.

Anzitutto, secondo il primo periodo della disposizione, in caso di atti vincolati - che, quindi, per il loro contenuto, non potevano essere diversi - la violazione delle norme del procedimento non comporta l'annullamento dell'atto perché nessuna circostanza fattuale, pure debitamente dedotta, sarebbe stata idonea a modificare l'esito del procedimento.

In secondo luogo, la norma, ampliava tale eccezione agli atti discrezionali per i quali l'amministrazione competente sarebbe riuscita a dimostrare in giudizio che l'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Per costante giurisprudenza di questo Consiglio, l'eccezione di cui all'art. 21 *octies* L. 7 agosto 1990, n. 241, secondo periodo, si estendeva anche all'art. 10 *bis* della medesima legge, la cui violazione non avrebbe comportato l'automatica caducazione dell'atto a meno di non ravvisare un effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza avesse causato (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. II, 12/02/2020, n.1081).

Tuttavia, il Collegio osserva che questa impostazione, pur coerente con la precedente versione normativa, non trova più riscontro nella novella legislativa di cui all'art. 12 comma 1) lett. i) decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120 che ha aggiunto all'art. 21 *octies* l'inciso secondo cui *“la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis”*.

In caso di provvedimento discrezionale – e solo in questo - l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto comporta la caducazione dell'atto viziato.

Occorre, a questo punto, stabilire se la novella legislativa possa applicarsi a provvedimenti amministrativi pendenti *sub iudice* ma resi in un momento temporale antecedente alla sua entrata in vigore.

Sul punto si è già espressa la Seconda Sezione di questo Consiglio secondo cui “*la nuova disposizione è [sia] applicabile anche ai procedimenti in corso, in quanto la consolidata giurisprudenza ha attribuito all’ art. 21 octies comma 2 seconda parte la natura di norma di carattere processuale, come tale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge di riferimento (Cons. Stato, Sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800; sez. II, 09 gennaio 2020, n. 165; sez. V, 15 luglio 2019, n. 4964; Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359), con la conseguenza che si deve ritenere immediatamente applicabile alle fattispecie oggetto di giudizi pendenti, per i quali in caso di omissione del preavviso di rigetto resta inibita all’Amministrazione la possibilità di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378).*

Pertanto, la norma si deve applicare nel testo vigente al momento del giudizio e non può dunque, allo stato, farsi alcun riferimento alla circostanza che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, circostanze, peraltro, neppure risultanti dagli atti di causa né dalla costituzione - meramente di stile - dell’Amministrazione.” (cfr. Consiglio di Stato, Sezione II, 14 marzo 2022, n. 1790).

Tale orientamento trova ancor più applicazione nella speciale materia dell’immigrazione la quale richiede un rafforzato livello di certezza giuridica in quanto coinvolge il delicato bilanciamento tra i diritti fondamentali della persona e la sicurezza pubblica.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso in esame, l’appellante, come argomentato sia nel ricorso in primo grado che in quello in appello, avrebbe potuto dedurre le ragioni a sostegno della sua posizione.

Nel provvedimento impugnato, invero, si rappresenta anzitutto la carenza, *rectius* inesistenza, dei requisiti anagrafici e alloggiativi in quanto il cittadino straniero prima di ottenere l’iscrizione anagrafica all’attuale indirizzo (via XXXXXXXX, n. 17), era residente alla Via XXXXXXX, che risulta essere una via virtuale, una strada fittizia.

Tanto premesso, risulta necessario un inquadramento sistematico del diritto a risiedere.

Come ricordato recentemente da questa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, Sezione Terza, n. 6962/2022), il diritto a risiede è disciplinato, nell’ordinamento giuridico, dall’art. 43 del codice civile. È definito come “*il luogo in cui la persona ha la dimora abituale*”.

La residenza è uno dei criteri di collegamento tra persone e luoghi insieme al domicilio e alla dimora. Essere residente in un luogo, quindi essere iscritto anagraficamente in uno specifico indirizzo, determina e instaura una serie di relazioni le quali sono espressioni di diritti e di doveri.

La residenza è anzitutto uno strumento di governo del territorio e di tutela della pubblica sicurezza. Permette alle autorità di pubblica sicurezza di individuare, rintracciare i soggetti iscritti anagraficamente ai fini di legge. Contemporaneamente, è uno strumento di garanzia per l’accesso del soggetto ai servizi che sono espressione di diritti fondamentali. Rientrano tra questi, per esempio, l’iscrizione al servizio sanitario e assistenziale territoriale, l’iscrizione nelle liste elettorali, l’accesso al gratuito patrocinio, l’iscrizione nelle liste di collocamento.

Tale collegamento tra il diritto a risiedere in un determinato luogo e l'accesso ai servizi che sono espressione di altri diritti fondamentali trova corrispondenza anche nel diritto sovranazionale.

Anzitutto, l'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani che contiene principi generali di diritto internazionale e, come tale, è vincolante, secondo cui *"everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control."*

Del diritto all'adeguatezza della dimora si occupa altresì l'art. 11 della Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, ratificata dall'Italia con la L. 25 ottobre 1977, n. 881, secondo cui *"The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international cooperation based on free consent"*.

Indicazioni di principio sul tema, seppur non direttamente vincolanti, possono trarsi dalla Convenzione Internazionale per i Diritti dei migranti lavoratori e delle loro famiglie, non ancora ratificata dall'Italia.

Secondo l'art. 43 della suddetta Convenzione:

1. *Migrant workers shall enjoy equality of treatment with nationals of the State of employment in relation to:*

(a) *Access to educational institutions and services subject to the admission requirements and other regulations of the institutions and services concerned;*

(b) *Access to vocational guidance and placement services;*

(c) *Access to vocational training and retraining facilities and institutions;*

(d) *Access to housing, including social housing schemes, and protection against exploitation in respect of rents;*

(e) *Access to social and health services, provided that the requirements for participation in the respective schemes are met;*

(f) *Access to co-operatives and self-managed enterprises, which shall not imply a change of their migration status and shall be subject to the rules and regulations of the bodies concerned;*

(g) *Access to and participation in cultural life.*

2. *States Parties shall promote conditions to ensure effective equality of treatment to enable migrant workers to enjoy the rights mentioned in paragraph 1 of the present article whenever the terms of their stay, as authorized by the State of employment, meet the appropriate requirements.*

3. *States of employment shall not prevent an employer of migrant workers from establishing housing or social or cultural facilities for them. Subject to article 70 of the present Convention, a State of employment may make the establishment of such facilities subject to the requirements generally applied in that State concerning their installation.*

Sotto il profilo di diritto interno, il diritto a risiedere in un determinato luogo è stato qualificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come diritto soggettivo pieno. Esso si configura alla presenza di due elementi: uno oggettivo e uno soggettivo. Sotto il primo profilo, rileva l'effettiva permanenza fisica del soggetto in un determinato luogo, dal punto di vista soggettivo, invece, dirimente è la volontà di permanenza, desumibile anche da fatti concludenti.

In presenza di questi presupposti, l'iscrizione anagrafica è qualificabile come attività vincolata. La Corte Costituzionale, con la sentenza 15 luglio 1983, n. 252, ha riconosciuto l'abitazione *“per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge (cfr. per qualche riferimento: sent. 20 marzo 1980 n. 33). Ciò va ribadito in un momento tanto delicato del mercato edilizio nazionale anche sulla scorta dell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) e dell'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali (approvato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978 in seguito ad autorizzazione disposta con l. 25 ottobre 1977 n. 881) che auspicano l'accesso di tutti gli individui all'abitazione”*.

La concreta attuazione del diritto soggettivo alla residenza, in mancanza di un esplicito riconoscimento nella Carta Costituzionale, è demandato ad altre norme di rango ordinario. Nello specifico trattasi della L. 24 dicembre 1954, 1228 (c.d. “legge anagrafica”) e del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 (c.d. “regolamento anagrafico”), recentemente integrato e modificato dal D.P.R. 17 luglio 2105, n. 126.

In particolare, l'art.1 della L.24 dicembre 1954, n. 1228 prevede che: *“in ogni Comune deve essere tenuta l'anagrafe della popolazione residente. Nell'anagrafe della popolazione residente sono registrate le posizioni relative alle singole persone, alle famiglie ed alle convivenze, che hanno fissato nel Comune la residenza, nonché le posizioni relative alle persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel Comune il proprio domicilio, in conformità del regolamento per l'esecuzione della presente legge”*.

Per poter risultare residenti in un determinato Comune, è necessario che l'interessato presenti domanda all'Ufficio Anagrafe territorialmente competente entro il termine di 20 giorni dalla data in cui si sono verificati i fatti rilevanti quali nascita, esistenza giudizialmente dichiarata, trasferimento di residenza da altro Comune o dall'estero, iscrizioni per ricomparsa da irreperibilità, iscrizione di persona erroneamente non iscritta, o altri motivi. In difetto, i procedimenti di iscrizione, cancellazione o variazione anagrafica possono essere avviati anche d'ufficio in virtù del potere/dovere che la legge anagrafica ed il relativo regolamento attribuiscono all'Ufficiale d'Anagrafe ogni qualvolta questi accerti che non sono state rese le dichiarazioni che comportano l'istituzione o la mutazione delle posizioni anagrafiche da parte dei soggetti interessati.

Con specifico riferimento alla materia dell'immigrazione, il legislatore è intervenuto con l'art. 13 d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, rubricato *“disposizioni in materia di iscrizione anagrafica”*, modificando diverse disposizioni del TU immigrazione tra cui l'art. 4, inserendo un nuovo comma- 1 bis – e prevedendo che il permesso di soggiorno (quindi, anche il permesso temporaneo per richiesta asilo) non fosse (più) titolo idoneo all'iscrizione anagrafica.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza che ha dichiarato incostituzionale l'art. 13 d.l. 4 ottobre 2018, n. 113.

Secondo la Corte, vietare l'iscrizione anagrafica delle persone richiedenti asilo recherebbe un grave pregiudizio sulla stabilità della gestione del territorio e della sicurezza pubblica: *“la norma in esame, impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio, escludendo da essa una categoria di persone, gli stranieri richiedenti asilo, regolarmente soggiornanti nel territorio italiano. E ciò senza che questa esclusione possa ragionevolmente giustificarsi alla luce degli obblighi di registrazione della popolazione residente.*

Pur non potendosi negare che sui Comuni interessati gravi un onere ulteriore (rispetto a quello gravante sugli altri comuni) connesso al disbrigo delle pratiche relative alla registrazione anagrafica dei richiedenti asilo, questa considerazione non può giustificare la “sottrazione” di una categoria di soggetti alla “presa d'atto” formale della presenza (qualificata in termini di dimora abituale) di una persona; “presa d'atto” nella quale si sostanzia l'iscrizione anagrafica. In tal senso, non si può sottacere che i moderni sistemi di anagrafe trovano fondamento proprio in un'esigenza di registrazione amministrativa della popolazione residente. Tale registrazione della situazione effettiva dei residenti nel territorio comunale costituisce il presupposto necessario per l'adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla pubblica amministrazione, da quelle di sicurezza e ordine pubblico, appunto, a quelle sanitarie, da quelle di regolazione e controllo degli insediamenti abitativi all'erogazione di servizi pubblici, e via dicendo.

Escludendo dalla registrazione anagrafica persone che invece risiedono sul territorio comunale, la norma censurata accresce, anziché ridurre, i problemi connessi al monitoraggio degli stranieri che soggiornano regolarmente nel territorio statale anche per lungo tempo, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo, finendo per questo verso col rendere problematica, anziché semplificare, la loro stessa individuazione a tutti i fini, compresi quelli che attengono alle vicende connesse alla procedura di asilo. Si deve considerare inoltre che il diniego di iscrizione anagrafica sottrae i richiedenti asilo alla diretta conoscibilità da parte dei comuni – con conseguenze tanto più gravi a seguito dell'informatizzazione di dati e procedure – della loro permanenza sul territorio, stante l'obbligo di comunicare il proprio domicilio solo alla questura competente (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 142 del 2015).”

Ed ancora: “negando l'iscrizione anagrafica a coloro che hanno la dimora abituale nel territorio italiano, tuttavia, la norma censurata riserva un trattamento differenziato e indubbiamente peggiorativo a una particolare categoria di stranieri in assenza di una ragionevole giustificazione: se infatti la registrazione anagrafica è semplicemente la conseguenza del fatto oggettivo della legittima dimora abituale in un determinato luogo, la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può presentare alcun rilievo ai suoi fini.”

In tale quadro ricostruttivo, si inserisce l'art. 6 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e più specificatamente i commi 7 e 8 a mente dei quali: “Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione. In ogni caso la dimora dello straniero si considera abituale anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza. Dell'avvenuta iscrizione o variazione l'ufficio dà comunicazione alla questura territorialmente competente.

8. Fuori dei casi di cui al comma 7, gli stranieri che soggiornano nel territorio dello Stato devono comunicare al questore competente per territorio, entro i quindici giorni successivi, le eventuali variazioni del proprio domicilio abituale”.

La disposizione menziona il “domicilio abituale”. L'utilizzo di tale espressione che richiama le caratteristiche principali della residenza, l'abitudine, e del domicilio – che, ai sensi dell'art. 43 c.c. è il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi – è da interpretarsi come situazione abitativa in grado di individuare il cittadino straniero e garantirne la sua reperibilità.

Data questa ricostruzione normativa e appurato che il testo unico in materia di immigrazione estende le procedure di iscrizione anagrafica previste per i cittadini italiani ai cittadini stranieri, occorre indagare il particolare istituto dell'iscrizione anagrafica nella cosiddetta “via fittizia”, “via virtuale” ovvero, impropriamente, “via delle persone senza dimora”.

L'art. 2 della L. 24 dicembre 1954, n. 1228, prevede, anzitutto “l'obbligo rivolto a tutti di chiedere per sé e per le persone sulle quali si esercita la patria potestà o la tutela, la iscrizione nell'anagrafe del Comune di dimora abituale e di dichiarare alla stessa i fatti determinanti mutazione di posizioni anagrafiche”.

Ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, come modificato dall'art. 3 L. 15 luglio 2009, n. 94, è previsto che “ai fini dell'obbligo di cui al primo comma, la persona che non ha fissa dimora si considera residente nel Comune dove ha stabilito il proprio domicilio. La persona stessa, al momento della richiesta di iscrizione, è tenuta a fornire all'ufficio di anagrafe gli elementi necessari allo svolgimento degli accertamenti atti a stabilire l'effettiva sussistenza del domicilio. In mancanza del domicilio, si considera residente nel Comune di nascita.

È comunque istituito, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, presso il Ministero dell'interno un apposito registro nazionale delle persone che non hanno fissa dimora”.

Al fine di dare attuazione agli obblighi previsti dalla Legge anagrafica, alcuni Comuni italiani hanno istituito la “via fittizia”, una strada che non esiste fisicamente nella toponomastica della città ma che permette di iscrivere anagraficamente coloro i quali siano sprovvisti di una dimora stabile. Se così non fosse, le persone sprovviste di una dimora stabile sarebbero escluse dai servizi essenziali inerenti diritti fondamentali quali, tra gli altri, il diritto alla salute, diritto al lavoro, diritto all'elettorato (che ovviamente non si applica ai cittadini stranieri trattandosi di diritto legato alla cittadinanza).

La creazione di una via fittizia o di una strada per le persone senza dimora va incontro altresì alla esigenza di controllo del territorio da parte delle pubbliche amministrazioni, rafforzando gli strumenti di tutela della sicurezza pubblica.

La circolare ISTAT n. 29/1992, pur non assurgendo a fonte del diritto, fornisce delle indicazioni di principio che sono la naturale conclusione delle premesse normative summenzionate. La via “fittizia”, secondo tale circolare, è equivalente in valore giuridico ad una via realmente esistente. D'altra parte, se così non fosse, non si potrebbe dare attuazione alla normativa di rango primario di cui alla legge anagrafica.

La giurisprudenza della Corte Edu ha precisato che la nozione di “domicilio” è un concetto autonomo che non dipende dalla qualificazione attribuita dal diritto interno (*Chiragov e altri c. Armenia*, § 206, “The notions of “private life”, “family life” and “home” under Article 8 are, like

“possessions” under Article 1 of Protocol No. 1, autonomous concepts; their protection does not depend on their classification under domestic law, but on the factual circumstances of the case”). Conseguentemente, alla domanda con cui è chiesto se un’abitazione costituisca un “domicilio” che gode della protezione dell’articolo 8 § 1 si deve rispondere che ciò dipende dalle circostanze fattuali, ovvero dall’esistenza di legami sufficienti e ininterrotti con uno specifico luogo (Winterstein e altri c. Francia, § 141, *“The Court reiterates that the concept of “home” within the meaning of Article 8 is not limited to premises which are lawfully occupied or which have been lawfully established. It is an autonomous concept which does not depend on classification under domestic law. Whether or not a particular premises constitutes a “home” which attracts the protection of Article 8 will depend on the factual circumstances, namely, the existence of sufficient and continuous links with a specific place”*).

Tutto quanto premesso e venendo al caso in esame, l’odierno appellante era iscritto anagraficamente nella Via XXXXXXXXX, via fittizia istituita presso il Comune di XXXXXXXX e, con tale iscrizione anagrafica, aveva provveduto a chiedere il rilascio del permesso di soggiorno che aveva legittimamente ottenuto.

È comprovato agli atti che proprio tale iscrizione anagrafica gli aveva permesso di ricevere anche la convocazione per la visita per il riconoscimento dell’invalidità civile nonché il provvedimento della Commissione di riconoscimento della suddetta condizione a decorrere dal-OMISSIS-

Al momento del rinnovo del permesso, l’Amministrazione non ha ritenuto l’iscrizione anagrafica sufficiente ad integrare i requisiti previsti dalla legge.

Ritiene il Collegio che il corretto uso del contraddittorio nelle forme previste dall’art. 10 bis L. 7 agosto 1990, n. 241 avrebbe potuto garantire l’approfondimento delle ragioni sottese all’iscrizione anagrafica nella via fittizia e la presenza dei requisiti prescritti dalla legge, avuto riguardo, in particolare, alla fattispecie di permesso di soggiorno per lavoro autonomo, ambito nel quale entrano ancor più in rilievo questioni ulteriori quali, ad esempio, quelle di natura tributaria.

È quindi compito dell’Amministrazione verificare accuratamente e caso per caso se lo strumento dell’iscrizione anagrafica nella “via fittizia”, di per sé lecito, ottenuto secondo i presupposti di legge e in osservanza dei regolamenti dei singoli Comuni, sia stato utilizzato dall’istante come strumento per eludere leggi e costituisca pertanto un rischio per la sicurezza pubblica e per le norme poste a tutela di specifici settori. Di tale verifica, l’Amministrazione deve dare compiutamente atto nel provvedimento.

A ciò aggiungasi, in ogni caso, che in data 8 giugno 2018, l’appellante ha sottoscritto un regolare contratto di soggiorno presso un diverso indirizzo dandone comunicazione al Comune. Se avesse ricevuto la comunicazione di cui all’art. 10 bis L. 7 agosto 1990, n. 241 avrebbe certamente potuto dedurre questo ulteriore elemento che si qualifica come una sopravvenienza procedurale, un elemento intervenuto nelle more di definizione dell’iter procedimentale.

La giurisprudenza amministrativa, in tema di immigrazione, ha talora ritenuto irrilevanti le sopravvenienze. Tale posizione trova conforto in una prospettiva del processo amministrativo inteso come giudizio meramente impugnatorio in cui al centro della valutazione del Giudice sta solo la legittimità dell’atto al momento della sua adozione. In questa prospettiva, il sindacato di legittimità dell’atto si limita alla verifica della ragionevolezza e della proporzionalità della decisione dell’amministrazione secondo quanto conosciuto dalla stessa al momento in cui aveva maturato la propria determinazione.

Questa impostazione, legata alla qualificazione del giudizio amministrativo come meramente impugnatorio, non sempre risulta adeguata alla funzione assegnata al Giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e alla luce della successiva giurisprudenza sovranazionale e interna.

Ciò tanto più nelle ipotesi in cui oggetto del giudizio sono diritti fondamentali della persona umana che possono trovare tutela nel quadro di un idoneo bilanciamento con i valori essenziali della sicurezza e della sostenibilità dei flussi migratori.

Da tempo la giurisprudenza ha dato atto della trasformazione del processo amministrativo “da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.” (Adunanza Plenaria, 2011, n. 3).

È proprio in questi casi in cui il bene della vita da tutelare ha natura personale che oggetto della valutazione giudiziale non può essere solo il provvedimento in sé poiché essa deve necessariamente avvolgere la situazione giuridica soggettiva che fa da sfondo alla vicenda procedimentale.

Se a ciò si aggiungono gli ultimi approdi sull'inesauribilità del potere amministrativo e la specifica funzione riconosciuta al giudicato amministrativo e al giudizio di ottemperanza, diventa chiaro che il giudice amministrativo non può più limitarsi ad una valutazione di tipo statico, ancorata al provvedimento impugnato ma dovrà operare una valutazione di tipo dinamico – fermi restando il potere discrezionale dell'amministrazione competente e il divieto assoluto di sindacato esteso al merito – al fine di evitare il concretizzarsi di un pregiudizio per la situazione giuridica sostanziale.

È in questo quadro che si collocano del resto le ordinanze propulsive a mezzo delle quali il giudice amministrativo, in sede cautelare, ricorre chiedendo all'amministrazione competente di riesaminare la situazione giuridica del ricorrente. Nella specifica materia dell'immigrazione, il giudizio amministrativo come giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, impone dunque la valutazione degli elementi che si sono effettivamente concretizzati nelle more tra l'istanza presentata, il suo esame da parte dell'amministrazione e il giudizio dinanzi al Giudice, specie quando ci sono gli elementi per il riconoscimento di altro titolo di soggiorno perché, se è vero che questi non potevano incidere sull'atto, incidono sulla situazione giuridica dell'appellante e la loro mancata valutazione può comprometterla irrimediabilmente, arrecando un pregiudizio a diritti fondamentali della persona umana.

A sostegno di tale conclusione si pone anche la circostanza che la presunta irregolarità del datore di lavoro, in assenza di elementi che peraltro non sono stati dedotti dall'Amministrazione in questa sede che conducano a ritenere un “concorso di colpa” o un progetto criminoso fraudolento Comune alle parti del rapporto di lavoro, non può riversarsi sulla posizione giuridica del lavoratore il quale, al momento della firma di un contratto di lavoro, non è onerato della verifica di eventuali pendenze del proprio datore di lavoro con l'amministrazione.

Alla luce delle suesposte premesse, l'Amministrazione, avrebbe dovuto dare impulso al contraddittorio con l'appellante inviando la comunicazione di cui all'art. 10 bis L. 7 agosto 1990, n. 241. In tal modo avrebbe potuto apprezzare anche la circostanza sopravvenuta di cui dovrà tenere in debito conto nel riesercizio del potere ad essa attribuito e che, nel rispetto della normativa vigente e in concorrenza degli ulteriori indefettibili presupposti, potrà condurre ad un differente esito procedimentale.

Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'articolo 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una diversa conclusione.

Vista la novità della questione di diritto trattata, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento impugnato in primo grado.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati...