

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 6289 del 2012, proposto da:
*****, rappresentato e difeso dagli avv. Gennaro Rizzardi, Roberta Marino
e Leonardo Bardi, con domicilio eletto presso Alessandro Testa in Roma,
via S. Angela Merici n.16/A;

contro

Ministero dell'Interno in persona del Ministro pro tempore, rappresentato
e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in
Roma, via dei Portoghesi, n.12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n.
00031/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2012 il Cons.
Roberto Capuzzi e uditi per le parti l'avvocato Savorelli su delega di
Rizzardi e l'avvocato dello Stato Biagini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente impugnava davanti al Tar Calabria, sede di Catanzaro, con
il ricorso principale e con motivi aggiunti, il diniego di rinnovo del
permesso di soggiorno, nonché il successivo rigetto del ricorso
gerarchico avverso lo stesso diniego sostenendo, con un'unica doglianza,
l'erronea applicazione della normativa di settore, nonché l'insufficienza
dell'istruttoria e delle motivazioni adottate dagli organi amministrativi
che male avrebbero ritenuto di essere vincolati, nell'adozione del
diniego impugnato, da un precedente penale riportato dal ricorrente.

Sosteneva l'istante che sarebbero residuati margini di discrezionalità
nella valutazione della pericolosità del soggetto, che si sarebbe dovuto
tenere conto della natura episodica del precedente penale ostativo,
nonché dell'effettivo e stabile inserimento sociale e familiare del

richiedente.

Il Tar respingeva il ricorso rilevando che il ricorrente risultava condannato con sentenza del 23.3.2009 del Tribunale di Palmi, divenuta esecutiva. di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. per furto aggravato, reato per cui è previsto l'arresto in flagranza.

Il precedente in esame è tassativamente previsto quale causa ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno, in base al combinato disposto degli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, del d.lgs. n. 286/98 che, rispettivamente, prescrivono la natura ostativa al rilascio del permesso di soggiorno a seguito della sentenza di condanna o patteggiamento per un reato per cui sia previsto l'arresto in flagranza e la impossibilità di rilasciare il rinnovo se vengano a mancare i requisiti per l'ingresso.

La natura ostativa del precedente penale all'ingresso nel territorio nazionale si riverbererebbe, secondo il Tar, anche sul richiesto rinnovo in quanto la normativa non esprimerebbe alcun grado di discrezionalità per gli organi amministrativi.

La tesi del ricorrente che sosteneva che sarebbero residuati in capo all'amministrazione margini di apprezzamento discrezionale, secondo il Tar non sarebbe condivisibile in quanto riferita alla ipotesi di straniero che, pur privo dei requisiti per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, abbia chiesto il ricongiungimento familiare (ipotesi contemplata dall'art. 5, co 5, secondo periodo, T.U.).

Nell'atto di appello il ricorrente critica le conclusioni cui è pervenuto il Tar ribadendo la carenza di motivazione del provvedimento in quanto la amministrazione avrebbe dovuto soppesare tutti gli elementi a sua disposizione emersi dalla istruttoria ai fine della valutazione della pericolosità sociale del richiedente.

Il Ministero dell'Interno di costituiva per resistere al ricorso.

Alla camera di consiglio del 14 settembre fissata per discussione della istanza cautelare le parti sono state avvisate per una possibile sentenza in forma semplificata.

2. Il ricorrente lamenta che l'Amministrazione si sia limitata ad applicare il rigido automatismo ostativo dettato dagli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale una condanna come quella dallo stesso subita comporta il rigetto dell'istanza di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno e/o la sua revoca, senza tenere, tuttavia, in conto né del fatto che la condanna rappresentava un fatto isolato, né del fatto che il ricorrente lavora in Italia da svariati anni, né che egli aveva reperito altra regolare occupazione lavorativa in epoca antecedente al suo arresto, né della sua particolare situazione familiare essendo coniugato con cittadina ucraina residente in Italia con la quale regolarmente conviveva al momento dell'arresto e con la quale ha avuto un figlio tredicenne, sia pure ancora residente in Ucraina.

Secondo il ricorrente avrebbe dovuto anche darsi rilievo alla ordinanza del Tribunale di Sorveglianza del 20 gennaio 2011 che ha accordato la misura alternativa alla detenzione, dell'affidamento in prova ai servizi sociali escludendo quindi la pericolosità sociale del ricorrente.

3. La Sezione ritiene condivisibili le argomentazioni difensive svolte dal ricorrente nell'atto di appello, riferite all'omessa considerazione della sua situazione personale e familiare.

In particolare l'art. 5, comma 5 del d.lgs. n. 286/98 in base al quale "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" è stato integrato dall'art. 2 del d.lgs. n. 5/2007, introduttivo di un'ulteriore fase valutativa per gli stranieri che abbiano esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, o per il familiare ricongiunto, in funzione della "natura e della effettività dei vincoli familiari, dell'esistenza di legami e familiari e sociali nel Paese d'origine", nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, "anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale".

Pertanto la situazione familiare è uno degli elementi che debbono essere presi in considerazione. Se la disposizione di cui sopra si riferisce, testualmente, al caso dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, la giurisprudenza della Sezione ha affermato che detta disposizione va interpretata nel senso che oggetto della tutela è il nucleo familiare e che pertanto detta tutela va riconosciuta ogni volta che esista un nucleo familiare residente in Italia e convivente in quanto non sarebbe ragionevole escludere la tutela solo perché il nucleo familiare si trova già riunito in Italia senza che sia stato necessario un procedimento di ricongiungimento (da ultimo, Cons. Stato, III, 02 agosto 2012; n. 4421; cfr. anche Cons. Stato, VI, 16 febbraio 2011, n. 995; id., 29 settembre 2010, n. 7200).

Conseguentemente, deve ritenersi illegittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno che faccia riferimento solo alla sussistenza di una condanna cd. ostativa, senza valutare la situazione familiare del ricorrente nel senso indicato dal d.lgs. n. 5/2007.

4. Queste considerazioni sono pertinenti nel caso in esame, giacché l'interessato deduce di avere una moglie convivente; il fatto non è stato smentito. Vi è dunque in atto un nucleo familiare la cui composizione (coniugi conviventi) corrisponde a quella che si sarebbe realizzata a seguito di una procedura di ricongiungimento, ove questa fosse stata necessaria. Non rileva invece a questi fini l'esistenza di un figlio minore, giacché a detta dello stesso ricorrente il figlio non è convivente e si trova all'estero,

5. L'annullamento dell'atto impugnato fa salva, in ogni caso, la rinnovazione del procedimento, nel corso del quale andrà accertata concretamente la pericolosità sociale dell'interessato dovendosi tenere conto non solo della condanna penale intervenuta, ma anche della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello stesso.

6. In conclusione l'appello merita accoglimento e per l'effetto la sentenza di primo grado deve essere riformata, il ricorso di primo grado e relativi motivi aggiunti accolti, i provvedimenti impugnati annullati.

7. Sussistano giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese e le competenze dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo **accoglie** e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e relativi motivi aggiunti, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2012

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)