

N. 04127/2014REG.PROV.COLL.  
N. 04736/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 4736 del 2013, proposto da:

-OMISSIS-,

rappresentato e difeso dall'avv. Tiziana Sangiovanni, con domicilio eletto presso la Segreteria della III Sezione del C.d.S., in Roma, piazza Capo di Ferro n.13;

***contro***

Ministero dell'Interno,

in persona del Ministro pro-tempore;

Questura di Bari,

in persona del Questore pro-tempore,

non costituitisi in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA – BARI - SEZIONE II, n. - OMISSIS-, resa tra le parti, concernente diniego rinnovo del permesso di

soggiorno.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2014, il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti;

Udito per la parte appellante, alla stessa udienza, l'avvocato Sangiovanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

1. - L'odierno appellante ha impugnato il provvedimento del Questore di Bari, notificato in data -OMISSIS-, con il quale è stata respinta l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, sulla base del duplice presupposto: a) dei precedenti penali a suo carico, per i reati di guida in stato di ebbrezza, omicidio colposo, rapina continuata e detenzione illegale di armi (condanne per fatti commessi tra il 2004 ed il 2005); b) del carattere saltuario dell'attività lavorativa svolta alle dipendenze del sig. -OMISSIS- quale bracciante agricolo, dal 2008 al 2010.

2. - Il TAR Puglia, Sezione di Bari, con la sentenza in epigrafe, ha respinto il ricorso, ritenendo che l'omesso invio del preavviso di diniego ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 non consenta di pervenire all'annullamento del provvedimento, avuto riguardo alle motivazioni adottate dall'Amministrazione ed alla natura vincolata del potere esercitato, in presenza di condanne penali ostative al rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 286 del 1998, rispetto alle quali la partecipazione procedimentale dell'interessato non avrebbe apportato alcuna utilità concreta.

Il TAR, inoltre, ha rilevato che la fattispecie è assoggettata alla disciplina dettata dall'art. 4, terzo comma, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo cui la presenza di una delle condanne ivi previste (tra cui rientrano quelle, riportate dal ricorrente, per rapina aggravata e detenzione illegale di armi) costituisce motivo di per sé ostativo al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno richiesto da cittadini stranieri, con conseguente esclusione di qualsiasi margine di discrezionalità dell'Amministrazione in ordine alla valutazione della pericolosità sociale dello straniero.

3. - Con l'appello in esame, l'originario ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 5, del D. Lgs. n. 286/1998; la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990 e degli artt. 7 e ss. della stessa legge per omessa adozione del preavviso di rigetto; l'inosservanza del principio comunitario di proporzionalità.

Da ultimo, con istanza di prelievo del 5 febbraio 2014, invoca la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5, comma 5, del D. n. Lvo 286/1998, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto al "ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto" e non anche allo straniero che abbia "legami familiari nel territorio dello Stato", di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 202 del 18.7.2013.

4. - All'udienza dell'8 maggio 2014 la causa è stata introitata per la decisione.

## DIRITTO

1.- L'appello merita accoglimento.

2.- E' fondato invero il motivo con cui si denuncia l'erroneo rigetto da parte del primo giudice della censura concernente la violazione dell'art. 10-

bis della legge n. 241/1990 e degli artt. 7 e ss. della stessa legge.

L'introduzione nell'ordinamento, con legge 11 febbraio 2005 n. 15 del 2005, del preavviso di rigetto dell'istanza prodotta dall'interessato che dà l'avvio al procedimento ha segnato l'ingresso di una modalità di partecipazione, con la quale si è voluta "anticipare" l'esplicitazione delle ragioni del provvedimento sfavorevole alla fase endoprocedimentale, allo scopo di consentire una difesa ancora migliore all'interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l'amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all'accoglimento della sua istanza, ancor prima della decisione finale.

L'istituto del cd. "preavviso di rigetto" di cui all'art. 10-bis della legge n. 241/1990, ha così lo scopo di far conoscere alle amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche, dell'interessato, che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 06/08/2013, 4111; sez. III 27/06/2013, n. 3525).

Vero è che il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, imposto dall'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, sarebbe di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento, ai sensi dell'art. 21-octies della stessa legge, nei casi in cui il contenuto del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Tuttavia, nella fattispecie, il ricorrente non si limita a contestare l'omessa

comunicazione del preavviso, ma lamenta che il provvedimento finale avrebbe potuto avere un esito diverso qualora egli fosse stato messo in condizione di allegare tutte le circostanze relative alla sua condizione personale, alla presenza in Italia di tutti i suoi affetti, avendo fatto ingresso nel nostro Paese per ricongiungimento alla famiglia all'età di cinque anni, senza più rientrare nel paese di origine; elementi questi che avrebbero potuto incidere sulla decisione di diniego, tenuto conto, da ultimo, della pronuncia della Corte Costituzionale a tutela dello straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato (sentenza n. 202 del 3.7.2013).

3. - Il Collegio condivide le osservazioni dell'appellante.

Invero, egli è stato condannato ad anni 3 di reclusione e 1.000 euro di multa con sentenza, ex art. 444 c.p.p., in data -OMISSIS-, del G.U.P presso il Tribunale di Trani, per i reati di rapina e detenzione illegale di armi, reati automaticamente ostativi al rinnovo del permesso di soggiorno, a prescindere da ogni valutazione sulla pericolosità sociale del soggetto, ai sensi dell'art. 4, comma 3, D.L.vo 25 luglio 1998, n. 286.

Tuttavia, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5, comma 5, D.L.vo n. 286/1998, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto" e non anche allo straniero "che abbia legami familiari nel territorio dello Stato", con ciò riconoscendo che quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino, quale l'effettività dei vincoli familiari, la tutela rafforzata, che permette di superare l'automatismo ostativo alla permanenza

sul territorio nazionale del condannato, anche in via non definitiva, per alcuni reati, previsti dall'art. 380, commi 1 e 2 c.p.p. (tra i quali rientrano quelli commessi dall'appellante) va riconosciuta, oltre che nelle eccezioni già normativamente previste dall'art. 5, comma 5, e dall'art. 9 del D. Lgs. n. 286/1998 (rispettivamente per coloro che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare e per coloro che richiedono un permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo), anche nei confronti dei soggetti che non hanno presentato istanza di ricongiungimento, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenerlo.

Se questo è il quadro normativo e giurisprudenziale, che delinea una tutela rafforzata nei confronti della "effettività" della famiglia, per il valore solidaristico, sociale ed educativo che ad essa si riconnette, occorre che l'Amministrazione ne tenesse conto nell'esame della vicenda dell'appellante, formulando un giudizio sulla sua pericolosità sociale, che prendesse in considerazione la circostanza della presenza in Italia della famiglia, del suo ricongiungimento alla stessa sin dal 1990 e dell'attuale convivenza con essa (cfr. scheda anagrafica/professionale e certificato di stato di famiglia del 5.5.2011, prodotti in giudizio); e che a tal fine l'interessato fosse messo in grado di rappresentare ad essa quella "situazione soggettiva", di cui sin dal ricorso di primo grado è stata lamentata l'omessa considerazione ed in ordine alla quale egli ben avrebbe potuto "esprimere le osservazioni o presentare i documenti da lui ritenuti idonei" (v. pagg. 7 – 8 ric. orig.).

4. - Il motivo, dunque, con cui si censura la mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno deve essere accolto, assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso.

5. - Le spese del doppio grado di giudizio si compensano integralmente tra

le parti, sussistendo giusti motivi.

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 ed annulla il provvedimento impugnato, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Spese doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/08/2014

IL SEGRETARIO

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

