

REPUBBLICA ITALIANA

N. 01468/2016REG.PROV.COLL.
N. 03850/2014 REG.RIC.



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 3850 del 2014, proposto da:
-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. Michele Cipriani, con domicilio eletto presso Studio Legale Pinto in Roma, Via Ferrari N. 11;

contro

Questura di Firenze, Ministero dell'Interno, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n. 00311/2014, resa tra le parti, diniego rinnovo **permesso di soggiorno** di cui al decreto del Questore di Firenze 17 ottobre 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Questura di Firenze e di Ministero dell'Interno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2014 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Paciello su delega di Cipriani e dello Stato Varrone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante, già ricorrente in primo grado, di nazionalità marocchina, già in possesso di un **permesso di soggiorno** per lavoro subordinato, il 19 settembre 2012 ha chiesto al Questore di Firenze il rinnovo del permesso medesimo, giunto a scadenza.

Con provvedimento del 17 ottobre 2013, il Questore ha rifiutato il permesso, richiamando un precedente diniego datato 12 novembre 2010, contro il quale era stato presentato un ricorso al T.A.R., respinto con sentenza semplificata 30 luglio 2012, n. 1379. Nel merito il diniego del 17 ottobre 2013 era motivato con la considerazione che l'interessato risultava condannato per un reato in materia di stupefacenti (cessione di hashish in modestissima quantità, fatto

commesso nel 2009, ai sensi art. 73, comma 5, t.u. n. 309/1990) e che tale condanna appariva avere un effetto tassativamente ostativo al rilascio (o al rinnovo) del **permesso di soggiorno**, per il combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998.

2. L'interessato ha impugnato il nuovo provvedimento davanti al T.A.R. Toscana (R.G. n. 15/2014), deducendo (con quattro articolati motivi) che, fra l'altro, non gli era stato inviato il preavviso del rigetto, che dal 2012 ha uno stabile lavoro subordinato, che ha in Italia stabili legami familiari (in particolare, vi risiedono i genitori, titolari di permesso di lungo soggiorno ed il fratello con la sua famiglia) e che questa circostanza doveva essere tenuta in considerazione, come previsto dall'art. 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998, come modificato per effetto del d.lgs. n. 5/007 e ulteriormente modificato per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 202/2013.

Il ricorso è stato respinto con sentenza semplificata n. 311/2014, motivata essenzialmente con la considerazione che stanti il titolo del reato (stupefacenti) e il precedente diniego riconosciuto legittimo con precedente sentenza dello stesso T.A.R., il nuovo diniego si doveva ritenere "vincolato" e, pertanto, non trovavano spazio le valutazioni discrezionali invocate dal ricorrente, le spese sono state poste a carico del ricorrente soccombente.

3. La sentenza è stata appellata dall'interessato davanti a questo Consiglio, riproponendo e sviluppando le censure già dedotte in primo grado, con domanda di condanna alle spese del doppio grado di giudizio con distrazione a favore del difensore antistatario.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata con atto di mera forma, chiedendo il rigetto dell'appello.

Il difensore ha anche depositato la nota spese in data 12.6.2014 per un totale di euro 4.377,36 di cui 3.000,00 per compensi.

Con ordinanza del 12 giugno 2014, n. 2547, questa Sezione ha accolto la domanda cautelare dell'appellante (con espresso richiamo alle sentenze della Corte Costituzionale n.202/2013 e n. 34/2014).

Con memoria difensiva dell'ottobre 2014 l'appellante ha insistito per l'accoglimento dell'appello .

L'appello viene ora esaminato nel merito .

4. La prima questione da risolvere è quella della rilevanza e degli effetti della sentenza del T.A.R. Toscana 30 luglio 2012, n. 1379 con la quale era stato giudicato legittimo il precedente diniego basato, in sostanza, sugli stessi motivi del nuovo provvedimento impugnato nel presente giudizio.

In proposito, appare dirimente la considerazione che la sentenza ora appellata (n. 311/2014) non ha affermato che quella precedente sentenza costituisse un giudicato tale da precludere un nuovo ricorso (il quale in tale ipotesi si sarebbe dovuto dichiarare puramente e semplicemente inammissibile). Non ha neppure affermato che il nuovo diniego del Questore (17 ottobre 2013) vada riguardato come un atto "meramente confermativo" come tale non suscettibile di impugnazione (anche in tale ipotesi il ricorso si sarebbe dovuto dichiarare inammissibile).

Al contrario, la sentenza ora appellata ha affermato che alla luce di quei precedenti il nuovo diniego (17 ottobre 2013) risultava "vincolato" – e in quanto tale lo ha giudicato legittimo, superando le censure che prospettavano un cattivo esercizio della discrezionalità.

Questi profili della sentenza di primo grado non sono stati impugnati da chi avrebbe avuto interesse a farlo (l'amministrazione) e pertanto non possono essere rimessi in discussione in questa sede.

Pertanto il precedente diniego e la precedente sentenza non possono essere presi in

considerazione quali (supposti) ostacoli di rilevanza processuale in ordine alla proponibilità del nuovo ricorso, ma solo quali elementi di fatto idonei (secondo il giudizio della sentenza ora appellata, contestato dall'appellante) a rendere "vincolato" (e come tale legittimo) il decreto 17 ottobre 2013.

5. Ciò posto, il Collegio, in primo luogo, deve valutare se, e a quali condizioni, il diniego del **permesso di soggiorno** (o del suo rinnovo) possa ritenersi "vincolato".

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 189/2002, il combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998 prevede alcune fattispecie nelle quali il diniego è vincolato; fra queste, per quanto qui interessa, vi è il caso dello straniero che abbia riportato una condanna penale (anche non definitiva) per un qualsivoglia reato "in materia di stupefacenti" – senza distinguere in relazione alla gravità del reato, alla concessione di attenuanti e/o dei benefici di legge, eccetera.

Sull'automatismo di tale preclusione vi è giurisprudenza consolidata e del resto il tenore delle disposizioni appare inequivoco.

Il sistema, però, è stato notevolmente modificato dal decreto legislativo n. 5/2007, che costituisce il recepimento della direttiva europea n. 2003/86/CE. La direttiva all'art. 17 impone di tenere in considerazione la presenza del nucleo familiare e l'esigenza della sua conservazione, qualora si verificano i presupposti per la revoca di un **permesso di soggiorno** di uno straniero lungo soggiornante.

In particolare, il d.lgs. n. 5/2007 ha aggiunto all'art. 5, comma 5, del t.u. la seguente disposizione: «Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del **permesso di soggiorno** dello straniero, che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto (...) si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale».

In altre parole, nel contesto di una norma (l'art. 5, comma 5) tuttora ispirata al principio dell'automatismo preclusivo (vincolato) quale effetto di determinate condanne penali, il legislatore ha introdotto una eccezione per il caso dello straniero, che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero sia familiare ricongiunto. Verificandosi tale ipotesi, il diniego del **permesso di soggiorno** non è mai vincolato e la relativa determinazione deve procedere da un'apposita valutazione discrezionale, congruamente motivata.

6. La disposizione introdotta dal d.lgs. n. 5/2007 è poi stata oggetto di una interpretazione estensiva da parte di questa Sezione: si è osservato, infatti, che trattandosi di una norma ispirata alla tutela dell'unità familiare, appariva irragionevole limitare il beneficio alle famiglie riunitesi grazie alla procedura di ricongiungimento, escludendone quelle di analoga struttura e composizione, che si trovino già riunite senza bisogno di quella procedura.

Lo stesso orientamento è stato, poi, ampliato nella sua portata dalla Corte costituzionale, la quale, con sentenza n. 202/2013, ha dichiarato incostituzionale la disposizione in esame, nella parte in cui non estende il beneficio a tutti gli stranieri che abbiano "legami familiari" in Italia, ancorché non vi sia stata una formale procedura di ricongiungimento.

7. Passando, dunque, all'esame della situazione personale dell'appellante, si osserva che egli ha dedotto e documentato che, tra l'altro, in Italia vivono – con **permesso di soggiorno** "di lungo periodo" – i suoi genitori.

Questa circostanza è di per sé sufficiente ad escludere, nel suo caso, l'automatismo preclusivo della condanna penale.

In questo contesto il diniego del **permesso di soggiorno** non era più vincolato, ma avrebbe potuto essere pronunciato, semmai, all'esito di un'apposita valutazione discrezionale.

Pertanto la Questura di Firenze, previo preavviso di rigetto ai sensi art.10 bis legge n.241/1990, avrebbe dovuto tener conto, dunque, della presenza in Italia dei genitori dell'interessato (e anche di altri stretti congiunti), nonché del suo inserimento lavorativo dal 2012; così come non avrebbe potuto trascurare la modesta pericolosità sociale connessa al reato a lui addebitato (cessione di una modestissima quantità di hashish), comprovata dall'applicazione dell'art. 73, comma 5, del t.u. n. 309/1990.

8. In conclusione l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R. deve essere annullato il decreto del Questore di Firenze 17.10.2013 (impugnato in primo grado), salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, che dovranno, comunque, essere assunti nel rispetto dei principi ora evidenziati.

9. Le spese di lite vengono compensate tra le parti per il primo grado in considerazione delle peculiarità della vicenda, mentre per il secondo grado seguono la soccombenza e, pertanto, vista la nota spese depositata, vengono liquidate complessivamente in euro 3.000 oltre gli accessori dovuti per legge, e sono poste a carico del Ministero dell'Interno, che le verserà all'appellante, con distrazione in favore del difensore, che ne ha fatta richiesta.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il decreto del Questore di Firenze 17.10.2013.

Pone le spese del secondo grado di giudizio, liquidate in complessivi euro 3.000, oltre gli accessori dovuti per legge, a carico del Ministero dell'Interno, che le verserà al difensore dell'appellante antistatario, compensate tra le parti le spese del primo grado,.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2016

IL SEGRETARIO

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