

**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 9949 del 2011, proposto da:  
Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura,  
domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

\*\*\*\*\*;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 01075/2011,  
resa tra le parti, concernente SILENZIO-INADEMPIMENTO FORMATOSI SULLA  
RICHIESTA DI RILASCIO PERMESSO DI SOGGIORNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2012 il Cons.  
Angelica Dell'Utri e udito per la parte appellante l'avvocato dello Stato  
Aiello C.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

In data 4 dicembre 2008 il signor \*\*\*\*\*, cittadino marocchino, chiedeva il rinnovo del permesso di soggiorno ottenuto il 2 dicembre 2006 con scadenza biennale. In data 29 ottobre 2009 rinnovava la richiesta. Nella mancata conclusione del procedimento, con ricorso davanti al TAR per la Calabria l'interessato chiedeva l'annullamento del silenzio così serbato e l'accertamento della fondatezza della propria istanza, del proprio diritto a vedersi rilasciato il permesso di soggiorno, nonché del diritto al risarcimento del danno. Con sentenza 25 luglio 2011 n. 1075 della sezione prima il ricorso è stato parzialmente accolto.

In particolare, il primo giudice ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per infondatezza della pretesa sostanziale, sollevata dall'Amministrazione resistente in relazione all'assunta ostatività automatica ai sensi dell'art. 26 (co. 7 bis) del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e ss.mm.ii. al rinnovo del permesso di soggiorno derivante da condanna con sentenza definitiva a carico dell'istante per reati in materia di tutela del diritto d'autore, osservando che sussistono dubbi sull'applicabilità della richiamata disposizione di legge, sia in ordine allo straniero già in possesso di un permesso di soggiorno, sia in ordine alla produzione di effetto automatico, sicché la

sussistenza o meno dei presupposti per il chiesto rinnovo andrebbe esaminata nel corso del corso del procedimento dall'autorità competente.

In merito al contestato silenzio, ne ha ritenuto l'illegittimità per l'inutile decorso del termine di venti giorni prescritto dall'art. 5 (co. 9) del d.lgs. n. 286 del 1998, tenuto altresì conto che, ai sensi dell'art. 31 cod. proc. amm., il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa solo in presenza di attività vincolata o quando non residuino margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori. E nella specie non ricorrerebbero entrambe le dette condizioni. Ciò in considerazione della sussistenza, nel provvedimento di rinnovo del permesso di soggiorno, di accertamenti che in alcuni punti implicherebbero l'esercizio di un potere discrezionale, nonché della mancata "consumazione" di tale potere, posto che la Questura non risulterebbe aver iniziato il procedimento e svolto accertamenti istruttori favorevoli alla posizione del ricorrente.

Infine, ha respinto la domanda di risarcimento del danno da ritardo in ragione della mancata prova che la condotta dell'Amministrazione abbia determinato un danno risarcibile.

Con l'appello in epigrafe il Ministero dell'interno ha chiesto la riforma dell'indicata sentenza, sostenendone l'erroneità in specie per la reiezione della propria eccezione di inammissibilità del ricorso, basata sulla discrezionalità dell'apprezzamento dell'accennata condanna, dal momento che il provvedimento di diniego sarebbe invece strettamente vincolato ai sensi dell'art. 5, co. 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 in presenza delle circostanze ostative di cui all'art. 4, co. 3.

Il signor \*\*\*\*\*, pur ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Ciò posto, la Sezione ritiene di dover confermare l'appellata pronuncia.

Invero, proprio secondo il citato art. 5, co. 5, il provvedimento di diniego non costituisce atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, ossia non deve limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa (come, ad es., una condanna penale), ma occorre che siano valutati gli elementi sopravvenuti e rispetto ai quali l'interessato possa fornire in sede procedimentale opportuni chiarimenti, soprattutto nei casi, come anche il presente, in cui l'Amministrazione non abbia rispettato i tempi procedurali (Cfr. Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2011 n. 256).

Inoltre, lo stesso art. 5, co. 5, nell'ultimo periodo aggiunto dall'art. 2 del d.lgs. 8 gennaio 2007 n. 5, richiede che, in sede di rilascio, revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, si debba tener conto anche 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.

E non dubbio che le disposizioni di cui innanzi possano trovare applicazione all'attuale appellato, sia per le sue condizioni familiari,

stante la presenza di figlio minore nato in Italia, sia per la durata dal 1998 del suo soggiorno nel territorio nazionale. A questo proposito si ricorda l'orientamento giurisprudenziale di questa Sezione, circa l'interpretazione delle disposizioni introdotte nell'art. 5, comma 5, del t.u., dal d.lgs. n. 5/2007. Secondo tale orientamento, la particolare considerazione che, in base alla disposizione, spetta a chi abbia usufruito (quale parte attiva o quale parte passiva) di un ricongiungimento familiare, va logicamente estesa anche in favore dello straniero che abbia analoghe relazioni familiari ma non abbia avuto bisogno di esperire la procedura di ricongiungimento in quanto il nucleo familiare è già unito.

Dunque, è parimenti indubbio che nel caso in trattazione il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno non consistesse in attività strettamente vincolata, residuando invece plurimi spazi di discrezionalità.

Ne consegue che, come ritenuto dal TAR, non ricorrono gli estremi per la pronuncia sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, enucleati dall'art. 31, co. 3, cod. proc. amm..

Con l'ulteriore conseguenza dell'illegittimità del gravato silenzio, in quanto mantenuto in violazione del preciso dovere dell'Amministrazione - in osservanza dei principi di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica e stante la legittima aspettativa del privato di conoscere le ragioni della determinazione finale, quale che essa sia - di concludere il procedimento avviato dal signor \*\*\*\*\* mediante provvedimento espresso, recante la decisione assunta nell'ambito delle opzioni discrezionali consentite.

In conclusione, l'appello non può che essere respinto.

Non v'è luogo a pronuncia sulle spese del grado, attesa la mancata costituzione in giudizio dell'appellato.

**P.Q.M.**

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

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2012

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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