

Pubblicato il 08/04/2021

N. 00128/2021 REG.PROV.CAU.

N. 00301/2021 REG.RIC.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 301 del 2021, proposto da:

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Vengu e Kristina Blushi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Kristina Blushi in Bari, via Prospero Petroni, 15;

***contro***

Ministero dell'Interno e Questura di Bari, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, 97;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- del decreto di rigetto -OMISSIS- dell'istanza di conversione del permesso di soggiorno per motivi umanitari -OMISSIS-in permesso di soggiorno per lavoro subordinato emesso dal Questore della Provincia di Bari in data 11.12.2020 e notificato a mezzo pec in data 22.12.2020;

- nonché di ogni atto o provvedimento presupposto o consequenziale, successivo, presupposto o preparatorio, anteriore o conseguente, conosciuto e non;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della Questura di Bari;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2021, svolta in modalità da remoto, il dott. Francesco Cocomile e dato atto della presenza, ai sensi di legge, dei difensori delle parti come da verbale dell'udienza;

Osservato quanto segue:

Il quadro normativo di cui il censurato provvedimento costituisce applicazione è dato dagli artt. 4, comma 3, terzo periodo, 5, comma 5, e 29, comma 1 dlgs n. 286/1998 recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

Secondo l'art. 4, comma 3, terzo periodo "Non è ammesso in Italia lo straniero che ... risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale".

In virtù dell'art. 5, comma 5 "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, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili. 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, ai sensi dell'articolo 29, 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.”. La Corte costituzionale, con sentenza 3-18 luglio 2013, n. 202 ha dichiarato l'illegittimità del comma 5 dell'art. 5, 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».

Infine, l'art. 29, comma 1 così recita:

“Lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari:

- a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni;
- b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso;
- c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale;
- d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute.”.

L'Amministrazione resistente con il censurato provvedimento, nel negare la richiesta di rinnovo/conversione in lavoro subordinato del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ha applicato l'automatismo ostativo di cui all'art. 4, comma 3, terzo periodo dlgs n. 286/1998, avendo il ricorrente -OMISSIS- patteggiato con sentenza irrevocabile una pena di anni uno ed € 200,00 di multa per i reati di tentata rapina e lesioni personali in concorso ed escludendo la P.A. che l'interessato possa fruire dei temperamenti di cui al combinato disposto degli artt. 5, comma 5 e 29 dlgs n. 286/1998, in considerazione del fatto che l'istante non ha in Italia alcuno dei familiari indicati nel citato art. 29 Testo unico immigrazione.

In sostanza l'Amministrazione ha escluso che il rapporto di mera convivenza in essere tra il ricorrente e la compagna -OMISSIS- rientri nelle tassative ipotesi previste dall'art. 29, comma 1 dlgs n. 286/1998.

Va, infatti, considerato che secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. III, 24.10.2017, n. 4898) in linea di principio, ed ai sensi degli artt. 4, comma 3 e 5, comma 5 d.lg. 25 luglio 1998, n. 286, i reati inerenti allo -OMISSIS-, oltre quelli di cui all'art. -OMISSIS-cod. proc. pen., sono testualmente considerati, per l'extracomunitario, causa preclusiva del rilascio o del rinnovo del titolo di soggiorno; il grave disvalore, che il legislatore attribuisce "a monte" a tali reati ai fini della tutela della sicurezza pubblica, implica che le relative condanne dell'extracomunitario sono ostative al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, qualunque sia la pena detentiva riportata dal condannato e non rilevando la concessione della sospensione condizionale; solo in via di eccezione - quando sussistono gli speciali presupposti indicati dalla nuova formulazione dell'art. 5, comma 5, t.u. n. 286 del 1998, come modificato dal d.lg. n. 5 del 2007 e ulteriormente inciso dalla sentenza della Corte Cost. n. 202 del 2013 - l'automatismo delle cause ostative viene meno, occorrendo pertanto una valutazione discrezionale circa la pericolosità sociale in capo all'appellante.

Detta valutazione discrezionale è, tuttavia, preclusa alla P.A. nel caso di -OMISSIS-, non ricorrendo alcuna delle ipotesi “eccezionali” e “tassative” contemplate dal combinato disposto degli artt. 5, comma 5 e 29, comma 1 dlgs n. 286/1998 (*rectius* a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l’altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute).

Ritiene il Collegio che la discriminazione posta in essere dall’esaminato quadro normativo tra la convivenza *more uxorio* e il rapporto familiare di cui agli artt. 5, comma 5 e 29, comma 1 dlgs n. 286/1998 possa dare adito a un dubbio di costituzionalità delle norme in commento alla stregua degli artt. 2 e 3 della Costituzione (principi costituzionali richiamati nella rubrica del motivo di gravame *sub* 1), tenuto conto della rilevanza assunta dai rapporti di convivenza *more uxorio* alla luce della giurisprudenza costituzionale (cfr. *ex multis* Corte cost. n. 404/1988) e della legislazione vigente (cfr. art. 1, comma 36 legge n. 76/2016).

Detto dubbio necessita, tuttavia, di maggiore approfondimento nella fase di merito, essendo la questione posta d’ufficio all’attenzione delle parti e quindi bisognosa del doveroso contraddittorio tra le stesse parti ai sensi dell’art. 73, comma 3 cod. proc. amm. che si svolgerà nel corso dell’udienza pubblica del 16 dicembre 2021, allorquando il ricorrente potrà, se del caso, dimostrare la convivenza anche a mezzo di dichiarazione anagrafica di cui all’art. 1, comma 37 legge n. 76/2016.

Ciò premesso, il Collegio ritiene di fare applicazione nella presente fase cautelare del principio di diritto di cui all'ordinanza del Consiglio di Stato, Ad. plen., 20.12.1999, n. 2:

«... nella presente fase cautelare, al fine di conciliare il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi, ove ne ricorrano i presupposti, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito, al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale, con effetti *erga omnes*;

che, in tale contesto, la concessione della misura cautelare (ammissione con riserva), non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare la tutela immediata e reale, ancorché interinale, degli interessi in gioco con il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi, e si presenta ad un tempo misura idonea ad evitare il danno grave e irreparabile del ricorrente, consentendogli di partecipare alle prove concorsuali a parità di condizioni con gli altri concorrenti, ed a scongiurare il rischio per l'amministrazione di una invalidazione totale dell'intera procedura concorsuale, rispetto al quale il prospettato pregiudizio organizzativo appare recessivo; ...».

Al tal proposito, si rileva che secondo Cass. civ., Sez. un., 18.11.2015, n. 23542:

«È inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione che - in un giudizio proposto in primo grado innanzi al giudice ordinario il quale, in corso di causa, abbia adottato, a domanda del ricorrente di provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, un provvedimento diretto ad accordare al ricorrente una tutela provvisoria ed interinale nelle more del giudizio incidentale di costituzionalità che contestualmente, con ordinanza di rimessione, abbia sollevato - lamenti l'eccesso di potere giurisdizionale di quel giudice assumendo che la tutela cautelare era preclusa

per legge e che il contestuale sollevamento della questione di legittimità costituzionale non autorizzava quel giudice a non applicare la norma della cui legittimità costituzionale dubitava, atteso che nella questione così proposta non è identificabile una questione di giurisdizione *ex* artt. 37 e 41 c.p.c. che la Corte di cassazione, a sezioni unite, possa essere chiamata a risolvere».

Si deve, quindi, concludere nel senso della non sussistenza dell'eccesso di potere giurisdizionale di questo giudice nella concessione della chiesta tutela cautelare interinale.

Ritenuto, pertanto, che, in considerazione della necessità di conciliare il carattere accentratore (*ex* art. 134 Cost.) del controllo di costituzionalità delle leggi, ove ne ricorrano - come nel caso di specie *prima facie* - i presupposti, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (*ex* artt. 24, 103 e 113 Cost.) e del *periculum in mora* dedotto dal ricorrente in ipotesi di reiezione della domanda cautelare (obbligo di ritornare nel paese di origine [Nigeria] dove lo stesso non ha più alcun legame familiare, né fissa dimora, né lavoro ed è in corso una emergenza sanitaria), l'Amministrazione resistente debba procedere al riesame della posizione del deducente, tenuto conto delle circostanze addotte dallo stesso istante (*i.e.* convivenza con la compagna -OMISSIS- e avvio delle pratiche per unirsi in matrimonio con la donna) e degli altri elementi di cui all'art. 5, comma 5 dlgs n. 286/1998, tuttavia da rapportare non già a rapporti familiari, bensì al rapporto di convivenza *more uxorio* in essere;

Ritenuto che, in considerazione della peculiarità della presente controversia, sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese della presente fase;

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza, accoglie l'istanza cautelare ai fini del riesame nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, sospende l'atto impugnato.

Fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 16 dicembre 2021.  
Compensa le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

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 -OMISSIS- e di -OMISSIS-, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Cocomile**

**IL PRESIDENTE**  
**Orazio Ciliberti**

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.