CONTRIBUTO UNIFICATO a debito

ESENTE x MATERIA

n. 1691/2014 R.G.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI ROMA

1° Sezione Civile

Riunita in camera di consiglio e cosi' composta:

REALI dr. Roberto	Presidente
FANTI dr. Lucia	Consigliere rel.
CIMINI dr. Biagio Roberto	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello, iscritta al n. 1691 del ruolo generale dell'anno 2014, posta in deliberazione all'udienza del 19 febbraio 2015, vertente tra:

MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI
cf.- 80213330584
in persona del Ministro *pro tempore*, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato;

APPELLANTE

e

[redacted]
C.F. - [redacted]
Nato in Afghanistan il [redacted] elettivamente domiciliato in Roma, piazza Mazzini n. 8, presso lo studio dell'avv. Salvatore Fachile, rappresentato e difeso dall'avv. Loredana Leo giusta delega in atti;

APPELLATO

OGGETTO DELLA CAUSA: appello avverso ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. del Tribunale di Roma pubblicata il 5/2/2014, non notificata;

CONSIDERATO

che con l'ordinanza impugnata il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso

Ammessa alla prenotazione a debito per la sola registrazione della sentenza (D.P.R. 26-4-1966 N. 131 - art. 59 lett. a)

1 COPIA AUTENTICA AVVOCATURA DELLO STATO L. 103/79

presentato da [redacted] ex art. 702 bis e segg. c.p.c. mediante il quale era stato impugnato il provvedimento di diniego del visto per il ricongiungimento familiare con la moglie [redacted] ed il figlio minore [redacted], emesso in data 19/12/2012 dal Consolato d'Italia a Karachi;

che a fondamento dell'impugnazione il ricorrente aveva dedotto: di essere cittadino afgano e di avere ottenuto in Italia lo *status* di rifugiato politico in data 28/10/2008; di avere chiesto il ricongiungimento familiare con la moglie ed il figlio minore, residenti in Pakistan (in quanto entrambi fuggiti dall'Afghanistan in seguito alla vicenda che lo aveva personalmente coinvolto e con riferimento alla quale egli aveva ottenuto il rifugio politico); di aver ottenuto in data 19/11/2012 il nulla-osta al ricongiungimento da parte dello Sportello Unico dell'Immigrazione di Roma, ai sensi dell'art. 29 e segg. D.L.vo 286/1998; che con il provvedimento impugnato era stato invece negato il visto di ingresso ai propri familiari, in quanto non legalmente residenti in Pakistan; che il rifiuto del visto era illegittimo, poiche' in contrasto con l'art. 4, co. II, D.L.vo 286/1998, norma che prevede il rilascio del visto da parte delle rappresentanze diplomatiche e consolari italiane "*nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero*"; che il requisito della "stabile residenza" non poteva sovrapporsi a quello della "residenza legale"; che nel caso di specie i propri familiari avevano stabile residenza in Pakistan, avendo la propria moglie svolto in tale paese l'attivita' di insegnante come da documentazione allegata, avendo ivi stabilito il centro dei suoi affari ed interessi; che il provvedimento impugnato era inoltre violativo del diritto alla tutela dell'unita' familiare accordato al rifugiato politico (dalla Convenzione di Ginevra e dall'art. 22 D.L.vo 251/2007), nonche' del diritto del figlio minore (sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia); che infine il diniego esponeva i propri familiari al serio e fondato rischio di essere oggetto di persecuzione, poiche' profughi afgani di etnia Hazara e di religione sciita;

che nel giudizio di primo grado il Ministero degli Affari Esteri, in comparsa di costituzione, aveva eccepito il mancato rispetto dei termini a comparire previsti dall'art. 702 bis, co. III, c.p.c. ed aveva chiesto la concessione di un termine per deposito documenti;

che alla prima udienza – assente l'Avvocatura dello Stato – il giudice si era riservato di decidere e con ordinanza pubblicata il 31/7/2013 aveva concesso alla parte convenuta termine per produzione documentale, con ordine impartito alla Cancelleria di provvedere alla comunicazione dell'ordinanza;

che all'udienza successiva – assente l'Avvocatura dello Stato – la causa era stata trattenuta in decisione;

che con l'ordinanza appellata il Tribunale, in accoglimento della domanda, accertato il diritto al ricongiungimento familiare del ricorrente, dichiarato rifugiato politico in Italia, ha disposto l'immediato rilascio del visto per ricongiungimento familiare in favore della moglie e del figlio del medesimo,

compensando le spese del giudizio;

che a fondamento della decisione ha ritenuto:

- come il ricorrente, cui era stato riconosciuto lo status di rifugiato, avesse diritto al ricongiungimento con i propri familiari;

- come uniche condizioni per l'esercizio di tale diritto fossero rappresentate dalla dimostrazione dei vincoli familiari e dall'assenza di ragioni ostative (rappresentate da impedimenti per ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanita' pubblica);

- come ritenendosi assolte entrambe tali condizioni sussistesse il diritto al ricongiungimento;

- come la moglie ed il figlio del ricorrente risultassero stabilmente residenti in Pakistan e come non rilevasse la residenza legale degli stessi, ma appunto la stabile residenza;

- come l'amministrazione, costituendosi, avesse chiesto ed ottenuto rinvio per produrre documentazione proveniente dall'Ambasciata, ma non avesse provveduto a tale deposito;

- come infine la domanda fosse vieppiu' fondata tenuto conto del disposto dell'art. 28, co. III, del D.L.vo 286/1998, laddove si prevedeva di dare preminente rilievo, con carattere di priorita', al superiore interesse dl fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, co. I, della Convenzione sui Diritti del Fanciullo del 20/11/1989;

- come la natura della causa giustificasse la compensazione delle spese giudiziali;

che avverso tale ordinanza, con atto di citazione ritualmente notificato, ha proposto appello il Ministero degli Affari Esteri, chiedendo, previa sospensione dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza: a) in totale riforma della stessa, dichiararsi la nullita' dell'intero giudizio (per mancata comunicazione dell'ordinanza pronunciata a seguito dello scioglimento della riserva) e per l'effetto disporsi la rimessione del giudizio al giudice di primo grado; b) in subordine, consentirsi in ogni caso la rimessione in termini per il deposito della documentazione proveniente dall'Ambasciata; c) nel merito respingersi in ogni caso le domande avanzate dalla ricorrente, con conseguente statuizione sulle spese;

che [redacted] costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello e dell'istanza cautelare;

che respinta l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza e

concesso alle parti termine per note conclusive, all'udienza del 19/2/2015 e' stata riservata la decisione, con rinuncia ai termini per il deposito di memorie conclusionali e di repliche ex art. 190 c.p.c.;

OSSERVA

I MOTIVO (violazione e falsa applicazione dell'art. 354 c.p.c. in combinato disposto con gli artt. 170 e 101 c.p.c., nullita' dell'intero giudizio per violazione del principio del contraddittorio)

Con il primo motivo il Ministero pone in rilievo la mancata comunicazione nei propri confronti dell'ordinanza istruttoria emessa dal giudice di primo grado a scioglimento della riserva, deducendo l'avvenuta violazione dell'obbligo della Cancelleria di comunicare alle parti costituite i provvedimenti assunti fuori udienza e la conseguente violazione del proprio diritto al contraddittorio, nonche' del diritto di difesa.

Contesta quindi il punto motivazionale in cui il Tribunale aveva stigmatizzato il mancato deposito di documenti e chiede che venga dichiarata la nullita' del giudizio nel segmento successivo alla pubblicazione dell'ordinanza istruttoria – e quindi la conseguente nullita' dell'ordinanza conclusiva appellata – con rimessione della causa dinanzi al giudice di primo grado, ovvero con rimessione in termini per effettuare la produzione dei documenti provenienti dall'Ambasciata.

Ritiene la Corte che il motivo sia fondato – essendo palese ed indubbia la violazione dell'art. 170 c.p.c., attesa la mancata comunicazione dell'ordinanza emessa dal Tribunale a scioglimento della riserva - conseguendone la nullita' dell'ordinanza impugnata, che ha definito il giudizio senza avvedersi di tale mancata comunicazione.

Non puo' tuttavia accedersi alla richiesta di trasmissione degli atti al primo giudice, ai sensi dell'art. 353 c.p.c..

Ritiene la Corte che in applicazione del principio di tassativita' delle ipotesi di remissione previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., le ragioni di censura alla sentenza di primo grado delineate dall'appellante non rientrino tra le cause di remissione al primo giudice previste dall'art. 354 c.p.c. e che in applicazione del principio di conversione dei motivi di nullita' in motivi di impugnazione (art. 161, co. I, c.p.c.) il giudice di appello non possa rimettere gli atti al primo giudice, ma sia tenuto a trattare la causa nel merito, rinnovando gli atti dichiarati nulli o comunque dando ingresso alle attivita' difensive frustrate dalla ravvisata nullita'.

Ha infatti ritenuto la Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 22-07-2002, n. 10666) come l'irregolare comunicazione da parte del cancelliere, nel giudizio di primo grado, dell'ordinanza istruttoria emessa fuori udienza, non integri una delle ipotesi tassative in cui il giudice di appello deve rimettere la causa in primo grado a norma degli art. 353 e 354 c.p.c., ma renda operante il potere-dovere di tale giudice di decidere nel merito, previo compimento dell'attività istruttoria impedita «in prime cure» dall'anzidetta irregolarità.

Ne deriva che nel caso di specie questa Corte non puo' rimettere la causa al primo giudice, ma deve deciderla nel merito ed il Ministero va ammesso nel presente grado di giudizio a svolgere l'attivita' difensiva che non ha potuto svolgere antecedentemente.

Va dunque ritenuta senz'altro ammissibile la produzione documentale effettuata a corredo dell'atto di appello.

II MOTIVO (violazione dell'art. 29 D.L.vo 186/1998 in combinato disposto con l'art. 12 del D.L.vo 286/1998)

Deduce il Ministero come la decisione impugnata sia da ritenersi censurabile per una duplice ragione.

Da un lato il Tribunale, nel valorizzare l'avvenuto rilascio del nulla-osta al ricongiungimento da parte dello Sportello Unico, non avrebbe tenuto conto della struttura bifasica, a "formazione complessa", del procedimento, che si compone tanto del nulla-osta (rilasciato con riferimento alla valutazione dei requisiti facenti capo alla straniero residente in Italia), quanto del visto, atto quest'ultimo di competenza dell'autorita' consolare, subordinato all'effettivo accertamento dell'autenticita' della documentazione comprovante i presupposti di parentela o di coniugio. Da tale struttura bifasica deriverebbe la totale irrilevanza dell'avvenuto rilascio del nulla-osta, stante la diversita' dei presupposti oggetto di verifica da parte della Questura rispetto a quelli esaminati dall'Ambasciata.

In secondo luogo l'ordinanza sarebbe censurabile nella parte in cui si afferma che fosse stata assolta la prova del vincolo familiare.

Proprio il fatto che i familiari dei quali si era chiesto il ricongiungimento non fossero cittadini pakistani e non avessero residenza "legittima e permanente" in Pakistan, aveva impedito all'autorita' consolare di procedere all'acquisizione dei documenti dello Stato civile, prodromici al rilascio del visto.

Gia' in precedenza, in ipotesi analoghe alla presente, le autorita' pakistane avevano chiarito come un ufficio consolare accreditato non potesse accettare richieste di visto da parte di soggetti clandestini, se non esponendosi a sua volta al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; del resto qualora i famililiari del ricorrente si fossero presentati alla frontiera aeroportuale di uscita dal Pakistan, non soltanto sarebbe stato loro precluso l'imbarco, ma avrebbero addirittura rischiato di essere arrestati.

Altrimenti opinando l'autorita' consolare sarebbe incorsa a sua volta nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsto dall'art. 12 D.L.vo 286/1998.

Il motivo appare infondato sotto entrambi i profili evidenziati.

Pur essendo indiscutibile e frutto di un consolidato orientamento di legittimita' la natura complessa ed a formazione progressiva del procedimento di riconoscimento del diritto al ricongiungimento del familiare dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato - coinvolgendo tanto l'attività valutativa dell'autorità amministrativa, di natura non discrezionale, quanto quella dell'autorità diplomatica, con eventuale ricorso, di natura non impugnatoria, al giudice ordinario, secondo quanto previsto dall'art. 30, 6° comma, D.L.vo 25

luglio 1998 n. 286 (cfr. Cass. ord. 4984/2013) - deve tuttavia ritenersi che la censura concernente la struttura del procedimento non colga nel segno.

Il Tribunale non ha infatti attribuito valenza alcuna, in relazione al mancato rilascio del visto, al contenuto del provvedimento di nulla-osta emesso dallo Sportello Unico, essendosi limitato nella concisa esposizione dei fatti a riportare la sequenza procedimentale inerente alla domanda di ricongiungimento avanzata dall'Husseini nei confronti del coniuge e del figlio minore.

Con riguardo al secondo profilo di doglianza, ritiene la Corte che non vi siano ragioni per discostarsi dall'assunto del Tribunale.

Innanzi tutto va osservato come il provvedimento di diniego del visto non abbia collegato il rigetto alla mancata prova della sussistenza del vincolo familiare, ma unicamente all'assenza della residenza legale.

In caso contrario il Consolato avrebbe dovuto espressamente indicare nell'atto di diniego tale motivazione, viceversa non presente.

Ma anche a voler ritenere che tale motivazione, ancorche' non esplicitata, sia da ritenersi implicita, attesa l'impossibilita' di effettuare controlli sulla sussistenza del rapporto familiare in considerazione della non legale residenza dei congiunti in Pakistan, l'appello appare analogamente inaccoglibile.

Innanzi tutto, ai sensi dell'art. 4, comma II del TU 286/98, "*il visto di ingresso e' rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche e consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero*".

Il requisito della residenza legale preteso dall'autorita' consolare non e' quindi un requisito richiesto dalla legge per il rilascio del nulla-osta, postulando il TU Immigrazione unicamente il requisito della stabile residenza, la cui ricorrenza nella specie e' comprovata dalla documentazione prodotta in primo grado e non contestata dal Ministero.

Ne' ricorrono nella specie le condizioni ostative all'ingresso in Italia dei familiari dell'appellato - costituite dagli impedimenti per ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanita' pubblica – secondo quanto affermato dal Tribunale e non contestato, ne' fatto oggetto di gravame.

La censura inerente all'impossibilita' per l'autorita' consolare di verificare la documentazione dello stato civile attestante il rapporto di *coniugio* e di filiazione, sul presupposto che trattandosi di soggetti clandestini, non sarebbe disponibile ne' la predetta documentazione, ne' l'atteggiamento collaborativo del paese "ospitante", appare a sua volta argomentazione non condivisibile.

E' vero che la legge prevede, quale attivita' prodromica al rilascio del visto, "*l'effettivo accertamento dell'autenticita', da parte dell'autorita' consolare italiana, della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore eta' o stato di salute*" (art. 29, comma VII D.L.vo 286/1998).

Ma e' anche vero che da un lato, come osservato dal Tribunale, sussiste il preminente diritto all'unita' familiare accordato al rifugiato e dall'altro va tenuto conto - quale criterio prioritario nell'ambito del procedimento amministrativo volto a verificare i presupposti del ricongiungimento – del principio del superiore interesse del fanciullo sancito dall'art. 3 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo del 20/11/1989, richiamato dal giudice di primo grado.

Il fatto che il richiedente il riconoscimento sia un rifugiato politico

comporta anche in sede di esame della domanda amministrativa - tanto in fase di rilascio del nulla-osta da parte dell'autorita' di Polizia, quanto in sede di visto da parte dell'autorita' consolare – una disciplina speciale, determinata dalla necessita' di tener conto di tale condizione peculiare.

In particolare l'art. 29 bis, co. II, del TU esclude che il rigetto di una domanda di visto per ricongiungimento familiare da parte di familiari di un rifugiato possa fondarsi sulla mancata prova del vincolo familiare: "*Il rigetto della domanda non puo' essere motivato unicamente dall'assenza di documenti probatori*".

In ordine alla prova del vincolo familiare lo stesso art. 29 bis, co. II stabilisce che qualora un rifugiato non possa fornire documenti ufficiali che provino i suoi vincoli familiari "*in ragione del suo status*" le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedano al rilascio di certificazioni ai sensi dell'art. 49 DPR 200/1967, sulla base delle verifiche ritenute necessarie. Si prevede altresi' che possa farsi anche ricorso ad altri mezzi atti a provare l'esistenza del vincolo familiare (tra cui elementi tratti da documenti rilasciati dagli organismi internazionali ritenuti idonei dal Ministero degli Affari Esteri).

La normativa in materia di ricongiungimento familiare dei rifugiati prevede dunque la possibilita' di assolvere la prova del vincolo familiare attraverso mezzi (ad esempio la prova del DNA) che non richiedono accertamenti presso le autorita' del paese di origine o di transito dei familiari del rifugiato.

L'art. 22 del D.l.vo 251/2007 - inserito nel capo quinto del decreto, concernente il contenuto della protezione internazionale - a sua volta prevede che "*i familiari che non hanno individualmente diritto alla status di protezione internazionale hanno i medesimi diritti riconosciuti al familiare titolare dello status*", dovendo quindi ritenersi anche a questi ultimi estensibile il diritto ad ottenere "documenti di viaggio" di durata quinquennale rilasciati dalla Questura, secondo il modello allegato alla Convenzione di Ginevra del 1951 (relativa allo status dei rifugiati).

Ed ancora, l'art. 25 della Convenzione di Ginevra prevede lo statuto particolare dei rifugiati in materia di assistenza amministrativa, con obbligo dello Stato ospitante di "*concedere ..ai rifugiati quei documenti o certificati che normalmente sarebbero concessi agli stranieri dalle autorita' nazionali..i documenti o i certificati rilasciati in questo modo sostituiranno gli atti ufficiali concessi agli stranieri dalle loro autorita' nazionali o tramite queste e faranno fede sino a prova contraria*".

Principio quest'ultimo ribadito dalla direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22/9/2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, laddove nel "considerando" 8 si prevede che "*la situazione dei rifugiati prevede un'attenzione particolare, in considerazione delle ragioni che hanno costretto queste persone a fuggire dal loro paese e che impediscono loro di vivere la' una normale vita familiare. In considerazione di cio', occorre prevedere condizioni piu' favorevoli per l'esercizio del loro diritto al ricongiungimento*".

Espressione di tale principio e' poi l'art. 11 della medesima Direttiva, ove si prevede espressamente, al secondo comma, che "*qualora un rifugiato non possa fornire documenti ufficiali che provino i suoi vincoli familiari, gli Stati*

membri tengono conto anche di altri mezzi idonei a provare l'esistenza di tali vincoli..", con la previsione finale che "*il rigetto della domanda non puo' essere motivato unicamente dall'assenza di documenti probatori*".

Deve quindi conclusivamente ritenersi che in primo luogo la legge italiana disciplinante la materia preveda il rilascio del visto in favore dei familiari del richiedente il ricongiungimento da parte delle rappresentante diplomatiche o consolati italiane che si trovino nello Stato di stabile residenza dei familiari medesimi, non richiedendo la residenza "legale"; in secondo luogo che lo stesso speciale statuto dei rifugiati consenta di valutare i documenti comprovanti il vincolo familiare con un indubbio *favor,* giungendo a derogare al principio fondamentale vigente in materia di ricongiungimento dettato dall'art. 29, co. VII, del TU Immigrazione per gli stranieri extracomunitari, da un lato consentendosi alle autorita' amministrative dello Stato ospitante di fornire tali certificazioni ove non rilasciate dallo Stato di cittadinanza (del rifugiati o dei propri familiari), dall'altro impedendosi di respingere l'istanza di ricongiungimento soltanto sulla base dell'assenza di documenti probatori.

Ne deriva che nel caso di specie il provvedimento di diniego appare illegittimo, dovendo pienamente condividersi la decisione impugnata anche alla luce dei riferimenti normativi nella presente sede effettuati.

Ne' appare di ostacolo a tale ricostruzione la sussistenza di impedimenti all'espatrio eventualmente frapposti dalle autorita' pakistane, trattandosi di considerazioni metagiuridiche ed incombendo al Ministero degli Affari Esteri l'obbligo di osservare la legge italiana, attivandosi per garantire il diritto all'unita' familiare del rifugiato politico.

L'appello va quindi respinto.

In relazione alle spese del doppio grado di giudizio, ritiene la Corte che l'esito del gravame – in relazione all'accoglimento del vizio procedurale – consenta di compensarle per la meta', l'ulteriore meta' dovendo essere rifusa al signor [redacted] Ministero.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, dichiarata la nullita' dell'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma in data 5/2/2014, respinge per il resto l'appello.

Condanna il Ministero degli Affari Esteri, in persona del Ministro pro tempore, a rifondere a Husseini Ali Dost la meta' delle spese legali del doppio grado di giudizio, compensandole per l'ulteriore meta', spese che si liquidano per l'intero, relativamente al giudizio svoltosi dinanzi al Tribunale in € 4835,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge e per il presente grado in € 4000,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge.

Cosi' deciso in Roma nella camera di consiglio del 19 febbraio 2015.

Il Consigliere est.
Dr. Lucia Fanti

Il Presidente
dr. Roberto Reali

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi, 30 MAR. 2015
Il FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Rossana Fusari