



REPUBBLICA ITALIANA
Tribunale Ordinario Di Genova
Il sezione civile

Il Tribunale, nella persona del Dott. Paolo Gibelli,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza
nel procedimento iscritto al n. 12942 /2016 R.G.A.C.

promossa da con l'Avv. **BALLERINI ALESSANDRA**
contro MINISTERO DELL'INTERNO
emette la seguente

ORDINANZA
decisoria di procedimento sommario
(art. 702 bis ter c.p.c)
(art. 35 del D. Lvo n. 25/08)

Il ricorrente si dichiara cittadino nigeriano ed ha richiesto protezione internazionale adducendo di essersi allontanato dal suo paese e di aver fatto ingresso in Italia a causa della possibile persecuzione nel suo paese di origine nel quale dichiara di aver intrattenuto una occasionale relazione omosessuale, astrattamente suscettibile di determinarne una grave persecuzione, situazione che a tutt'oggi gli impedisce il rientro in patria.

La domanda tende ad ottenere la revisione della decisione assunta ex art 32 del DLT 25/08 dalla Commissione Prefettizia di Genova la quale ha negato all'istante ogni forma di protezione internazionale in Italia ed ha ommesso di trasmettere gli atti al Questore di Genova per la valutazione in ordine alla eventuale concessione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie di cui all'art. 5 comma 6 del DLT 286/98.

Sussiste in proposito un dettagliato quadro normativo che dà attuazione ai principi fissati dall'art. 10 della costituzione, nonché dalla Convenzione di Ginevra del 51 ed alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Non vi è ragione di ritenere il complesso normativo primario e secondario, cui si è fatto cenno, in qualche modo restrittivo delle fonti super-primarie menzionato, contenendo lo stesso solo principi di specificazione di diritti la cui completa individuazione anche lo stesso Art. 10 rimette alla legge. In estrema sintesi, e con riserva di approfondire gli aspetti resi necessari dalla disciplina di specie, il quadro di riferimento cui si è fatto cenno fa perno, sotto un profilo sostanziale, sul dlgs 251/07 adottato in attuazione della direttiva UE 83/04, poi modificato nel 2014 in attuazione di pari adeguamento della direttiva. La disciplina sostanziale della materia è ancora largamente integrata dal dlgs 286 del 1989 e



dal suo regolamento di esecuzione, il dpr 395/99. Sotto il profilo procedimentale e processuale è essenziale il dlt 25/08, da integrarsi con la più risalente normativa già menzionata.

Le misure sostanziali previste dalla disciplina suddetta sono la concessione dello status di rifugiato politico e la protezione sussidiaria, cui si aggiunge la perdurante possibilità di concessione, su base puramente "interna", (così Corte giustizia UE grande sezione 07 marzo 2017 n. 638) di un permesso di soggiorno di natura umanitaria, in ordine alla quale si tornerà brevemente.

Le due "misure maggiori" suddette sono costruite quali un complesso di diritti nel primo caso quasi permanenti (tra le quali ovviamente il diritto al soggiorno), nel secondo, invece, rivedibili a scadenza quinquennale. I due presupposti fondamentali sono: la "persecuzione discriminatoria" per il primo caso, il "rischio di grave danno" per il secondo, presupposti entrambi largamente definiti dalla disciplina positiva. Nel primo caso la persecuzione deve avere da un lato un carattere assai penetrante, provenendo dallo stesso stato di origine, o da altra organizzazione che di fatto ne controlli una parte del territorio (ed in effetti dire che un soggetto privato possa, in una certa area, esercitare una persecuzione sistematica a carico di una intera ed indeterminata categoria di vittime, sul piano logico, significa che esso ha la connivenza dello stato in quel territorio oppure ne ha espropriato l'autorità). Inoltre la persecuzione, in ordine all'istante, non deve esser rimasta una "teorica potenzialità", ma deve aver avuto concreta possibilità di attuazione. Al contrario, per la misura minore, a fronte di una ulteriore specificazione dell'aspetto "nocivo per l'istante" della fattispecie (morte o danno grave), pare ammissibile anche una mera esposizione a pericolo proveniente da soggetto anche privato. Tale soggetto, tuttavia, deve essere almeno in grado di porre in essere una condizione di "incontrastata violenza generalizzata" (bande armate pubblicamente operanti cfr Cassa, Civ. sez. VI n. 15192/15); inoltre la sostituzione del concetto di "persecuzione" con quello di "rischio" evidenziano la possibilità che la minaccia sia anche solo potenziale, con attenuazione del requisito prima visto. (cfr Cass. Civ 6003/14);

La normativa e la giurisprudenza hanno mantenuto anche la possibilità della concessione del permesso di soggiorno per motivi di carattere umanitario da parte del Questore, misura che, un tempo, colmava l'area oggi largamente occupata dalla protezione sussidiaria. In tal senso sia, testualmente, l'art. 32 del DL 25/08, che richiede alla commissione prefettizia di trasmettere gli atti al Questore ove ravvisi la possibilità di una "eventuale" concessione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie di cui all'art. 5 comma 6 del dlgs 286/98, sia la giurisprudenza delle Sezioni Unite (5059/07). Queste ultime, pur decidendo sul mero riparto della giurisdizione, hanno assegnato, con pronuncia piuttosto ovvia, alla discrezionalità del Questore (sottolineata dalla eventualità del suo intervento) natura puramente tecnica (ovvero di "ricognizione amministrativa preliminare" di posizioni di diritto) posizione la cui effettiva consistenza torna poi alla possibile valutazione del GO (e non del GA) in sede di opposizione al provvedimento negativo. Si noti peraltro che la "verifica tecnica" del Questore risulta particolarmente significativa non solo in ordine agli aspetti positivi del presupposto ancora affidato alla sua cognizione (quello relativa al permesso di soggiorno per motivi umanitari), ma soprattutto in ordine ai presupposti negativi, ovvero alle condizioni impeditive specie in ordine alla idoneità del soggetto ed ai motivi ostativi che il Questore è in posizione particolarmente favorevole per valutare. Resta così superata, dalla tesi della verifica "puramente tecnica", la precedente ipotesi di una discrezionalità nel merito della PA in ordine alla "protezione minima", discrezionalità pur in passato sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità (Cass Sez Unite 7399/08).

I principi suddetti, fondanti della materia della protezione umanitaria minima, risultano tuttavia solo apparentemente chiari e difficilmente discutibili. Essi infatti, stranamente, nel dettaglio dei criteri di concessione, ruotano attorno ad un "vuoto normativo" quasi assoluto, che ne rende paradossale l'applicazione, aprendo la via, nella sostanza finale, al più insondabile "arbitrio giudiziario". Infatti unico principio effettivamente stabile pare l'invocazione della competenza del GO. Il vuoto è dato dal fatto che il diritto alla protezione umanitaria minore, di origine interna e non internazionalmente necessaria (così **Corte giustizia UE grande sezione 07 marzo 2017 n. 638**), è "privo di presupposto legale", quasi un "diritto senza fattispecie" che, come tale, non potrebbe esistere, per pura logica.

La constatazione di quanto detto sopra non richiede altro che la lettura delle norme.

L'art. 32 del dlt del 2008 non fa altro che dire che "la Commissione rinvia al Questore" per "qualcosa che è evidentemente meno della protezione sussidiaria (nessun presupposto). Il rinvio è all'art. 5 comma 6



del dlgs 289/98, ma esso, in sostanza, non dice altro che "decide il Questore" e che decide "a termine di regolamento". Solo nel regolamento (dpr 394/99), all'art. 11 vi è un vaghissimo riferimento a "gravi condizioni personali", riferimento che, oltre che essere all'evidenza privo ogni preciso confine (si pensi, per contrasto, al fiume di definizioni che accompagnano i duplici presupposti della protezione internazionale) è contenuto in un passaggio di valore puramente regolamentare la cui capacità di dar corpo ad un "diritto fondamentale" è nulla. Per il vero l'art. 19 del dlgs 289/98 nel definire i "divieti di espulsione" dettava disciplina con maggior contenuto sostanziale, ma, all'effetto pratico suggeriva un presupposto, incentrato sulla "persecuzione" oggi assorbito (o quasi assorbito) dai casi di protezione internazionale.

I principi giurisprudenziali in materia difettano quindi "necessariamente" di autorevolezza e coerenza non ruotando attorno alla interpretazione di un testo normativo con contenuto almeno parzialmente definito. Di mera creazione giurisprudenziale, e quindi inidoneo a fondare quella "ricognizione tecnica dei presupposti" che competerebbe al Questore, appare la fattispecie della c.d. "vulnerabilità" (cfr Cass. 26887/2013 che, menziona le persone affette da patologie gravi, le madri con figli minori, le persone impossibilitate ad autodeterminarsi anche nelle scelte più elementari nel proprio paese). Si tratta comunque di vocabolo estraneo a qualsiasi fonte normativa al quale possono essere potenzialmente aggregati indefiniti contenuti.

Un parziale recupero di una obiettiva consistenza del presupposto della protezione umanitaria è possibile sulla base di altra giurisprudenza (Cassazione civile sez. VI 18 febbraio 2011 n. 4139) la quale, valorizzando la successione storica tra la protezione attuata esclusivamente attraverso i permessi di soggiorno umanitari e l'introduzione della protezione sussidiaria di "origine comunitaria", tende ad indentificare i presupposti delle due ipotesi, ed a regolare così il tema della sopravvivenza della protezione umanitaria minima sulla scorta di un mero "parametro quantitativo". In pratica il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie andrebbe concesso quando la "motivazione di espatrio" accertata non evidenziasse una minaccia di estensione temporale o spaziale tale da integrare il presupposto cui sono connessi gli ampi effetti della protezione internazionale, e, pur tuttavia, pur essendo la minaccia circoscritta, o temporanea o contrastabile, la stessa fosse della medesima natura di quella maggiore (quanto a rilievo dei beni aggrediti) e di conseguenza tale da giustificare, logicamente, una misura analoga alla protezione sussidiaria, tuttavia ancorata a presupposti minorati e quindi ristretta sia nel tempo che nel contenuto.

Accanto al presupposto "quantitativo" per la concessione del permesso di soggiorno, l'esigenza di interpretare il sistema normativo alla luce del principio di eguaglianza giustifica anche la creazione di un presupposto "qualitativo". Il permesso di soggiorno umanitario appare infatti dovuto ogni volta che risulti esposto a rischio un bene la cui compromissione pare poter determinare un pregiudizio ai diritti inviolabili della persona di rango almeno analogo a quello che gli strumenti tipici intendono scongiurare. In tal caso l'impossibilità di ammettere il passaggio rigido dalla "tutela piena" alla "non tutela" conferisce corpo vincolante all'istituto. Si pensi alle restrizioni alle libertà politiche o alla libertà matrimoniale o di espressione che talvolta sono forzatamente ricondotte al concetto di "trattamento degradante", laddove invece è chiara la "matrice penale" del concetto suddetto (e la provenienza del "trattamento da potere costituito" o sono assimilate a diritti dei quali non è ammessa alcuna restrizione, mentre pacificamente alcune restrizioni sussistono anche in democrazie avanzate.

Da ultimo l'istituto può essere utilizzato per la temporanea tutela di esigenze umanitarie (come quelle sanitarie o di protezione dal delitto) considerate al fine della concessione di permessi di soggiorno per altri motivi nell'attesa dell'accertamento dei presupposti sostanziali di quelle, accertamento che rischia di divenire impossibile in caso di espulsione.

Nel complesso quindi il quadro di riferimento sostanziale che si esamina si chiude a giudizio dell'estensore con la ricostruzione di un diritto soggettivo perfetto all'ottenimento di un permesso di soggiorno di natura umanitaria quando il rientro, esporrebbe:

1) ad un rischio della stessa natura di quelli considerati dalla protezione internazionale, ma di dubbia intensità, circoscritto a determinati ambiti, o di probabile caducazione al tempo concretamente prevedibile per il rientro, specie se brevemente differito, ovvero;



- 2) in presenza di rischi diversi da quelli previsti, ma di almeno comparabile gravità o ancora;
- 3) ad un rischio per ovviare al quale sono previsti altri strumenti tipici non attuati per ragione diverse dalla acclarata insussistenza dei presupposti.

Detto quanto sopra del quadro di riferimento sostanziale, per quanto concerne quello procedimentale basta osservare che il giudizio introdotto con ricorso è un tipico giudizio di annullamento/merito con fine sostitutivo. Non è quindi possibile arrestarsi alla rilevazione della nullità o del vizio di merito dell'atto impugnato, ma, ove sia possibile, occorre conoscere direttamente delle posizioni sostanziali emerse in giudizio e provvedere conseguentemente. Per contro quando il provvedimento impugnato prevede un vizio procedurale che abbia ostacolato, impedito, deviato, il corso regolare del procedimento in modo tale che non risulti possibile la correzione per via giudiziaria è possibile anche la mera rilevazione del vizio (nullità ostativa all'esame del merito).

Quanto sopra avviene ad esempio, nel caso di specie, quando la Commissione si sia del tutto sottratta all'obbligo di vagliare la sussistenza delle condizioni per sollecitare al Questore l'accertamento dei motivi per la concessione di un permesso di soggiorno per ragioni umanitarie e le medesime ragioni non siano positive emerse neppure in giudizio. Nel caso detto, pur non potendosi emettere la pronuncia sostitutiva, permane la possibilità del "rilevo della violazione in sé" perché, in effetti, il provvedimento priva "in sé" il richiedente asilo di una opportunità in modo illegittimo. Pertanto, ove il giudizio di merito consenta l'accertamento positivo delle condizioni per la concessione della tutela minima, il giudice è tenuto a dichiarare ciò trasmettendogli atti al Questore per un provvedimento sostanzialmente vincolato (con il limite dell'art. 4 l.a.c.) perché preceduto, accidentalmente, dall'accertamento del diritto, ma anche quando, sia pur con la cooperazione officiosa del giudice, non sia possibile pervenire alla prova suddetta, ma residuino margini di dubbio, non essendovi stata neppure la positiva esclusione del presupposto, residua comunque il diritto della parte alla trasmissione gli atti al Questore per opportuno accertamento ulteriore, diritto che il provvedimento gli preclude, dovendo essere demolito in parte qua. Come si vede tale diritto è un diritto in sé, non esige che gli elementi per la concessione siano completamente emersi davanti alla commissione e quindi la sua tutela non può esigere che emergano positivamente davanti al giudice che interviene in un giudizio di natura sostitutiva del preliminare vaglio della commissione.

Ulteriore principi di rilievo validi per la materia sono la deroga al principio dispositivo e la speciale valenza probatoria delle dichiarazioni di parte.

La prima non è un deroga assoluta al sistema processuale civile che contiene molti altri casi in introduzione per via officiosa delle prove (basti pensare alla richiesta di informazioni alla PA ex art. 213 c.p.c. ovvero ai dati tecnici direttamente acquisiti in sede di CTU percipiente). Nel caso, a fronte di allegazioni parziali suscettibili di verifica officiosa, tale verifica diviene "dovuta in linea generale". In altre parole le prove offerte a sostegno dell'istanza possono essere ritenute prive di effetto per la loro intrinseca incredibilità o falsità, per la loro irrilevanza o contrarietà alla stessa tesi del deducente, ma non per la loro incompletezza o genericità.

La seconda deroga è certamente di maggior portata posto che, nel sistema processuale civile ordinario, la dichiarazione della parte non giova mai al dichiarante, rilevando solo la dichiarazione confessoria. Il principio non vale nel caso di specie ove la dichiarazione del richiedente asilo, la cui analisi è spesso l'unico vero oggetto del contenzioso, in assenza dell'espressione di motivata incredulità, risulta base idonea del decidere.

Detto quanto sopra risulta impropria, o comunque da contestualizzare, l'affermazione di un attenuazione in materia dell'onere della prova. Attenuato non è l'onere della prova nel senso tecnico (regola finale di decisione) ma l'onere delle prove quale onere di compiuta deduzione e valida assunzione, ovvero anche come standard di valutazione delle prove (onere di perfezionamento della prova). E' nel senso detto che va interpretata la massima di (Cassazione civile sez. un. 17 novembre 2008 n. 27310) la quale si riferisce chiaramente alla assenza di un onere di formale deduzione (addirittura, per il caso, all'assenza di un onere di capitolazione). Invece l'onere della prova quale "regola terminale di giudizio", nel caso in cui la prova non sia raggiunta, neppure con le agevolazioni già dette dette, non muta nella materia rispetto al quadro ordinario. La conseguenza della mancata prova, anche con le modalità agevolate, è il mancato accertamento del diritto, cui segue rigetto della domanda. (cfr. Cass. 14157/16).



Altra questione procedimentale di rilievo è quella relativa alla necessità o meno della audizione del richiedente asilo anche nel corso del procedimento giudiziario. In linea di massima lo stesso è regolato dal rito sommario e né le norme su tale rito né norme speciali esplicite prevedono tale obbligo (nel senso dell'insussistenza Cassazione civile sez. VI 21 novembre 2011 n. 24544). Nondimeno la necessità dell'audizione si trae dalla combinazione tra diritto alla prova e principio di rilevanza della stessa. Posto che le dichiarazioni del ricorrente sono nel caso dotate di valore probatorio lo stesso ha diritto a renderle, a condizione che, alla luce delle dichiarazioni già rese davanti alla commissione, si appalesi come rilevante qualsiasi integrazione. In pratica la rilevanza della resa di ulteriori dichiarazioni concerne tutti i casi controversi, esclusi quelli ove, pur credibili e credute, le dichiarazioni non descrivono un caso di protezione internazionale e quelli in cui il giudice sia già in grado di rettificare quanto ritenuto dalla commissione, in senso favorevole al ricorrente, sulla mera base documentale del ricorso.

Nel caso in esame, che come sopra detto attiene al rischio di una persecuzione per la dichiarata scoperta per una relazione omosessuale.

Considerato il notorio quadro legislativo nigeriano l'ipotesi è plausibile in forza del c.d. *same sex marriage act*, il quale contiene anche norme repressive dell'omosessualità in generale.

Nondimeno la credibilità intrinseca del dichiarante sul punto appare assai modesta. In primo luogo lo stesso non fornisce alcuna credibile contestualizzazione della sua inclinazione sessuale, nonostante risulti esser stato in proposito espressamente sollecitato dall'incaricato della commissione per l'audizione; inoltre lo stesso riferisce modalità assai improbabili della scoperta del suo incontro accidentale con un avventore di hotel, infine descrive in modo molto vago e carente di dettagli il momento della partenza dal paese natio, momento che, al contrario, avrebbe dovuto presentarsi gravido di tensioni, opzioni sul da farsi, congedi e regolamenti di piccole incombenze.

Nonostante quanto sopra, proprio il dato dalla scarsità di legami nel paese natale (dato che emerge assai più spontaneamente dalla narrativa), unitamente allo stato depressivo accertato da strutture sanitarie italiane e alle cattive condizioni di salute, lascia intuire una condizione di elevato rischio per la persona in caso di rimpatrio, condizione non meglio indagata dalla commissione e che ben potrebbe indurre il Questore alla concessione di permesso di soggiorno per ragioni umanitarie.

Conclusivamente il provvedimento semplicemente reiettivo della commissione va annullato e sostituito dalla trasmissione degli atti al Questore per l'eventuale concessione del permesso di soggiorno temporaneo per ragioni umanitarie.

Le spese di lite si compensano per l'esito mediano della controversia.



p.q.m. :

Il Tribunale, visti gli articoli di legge indicati in epigrafe:
in parziale riforma della decisione della Commissione prefettizia impugnata nella
misura in cui omette la trasmissione degli atti al Questore ex art. 32 del d.lgt 25/08,
DISPONE la trasmissione degli atti al Questore di Genova, per l'eventuale concessione
del permesso detto in parte motiva;
COMPENSA interamente le spese legali tra le parti
25/09/2017

IL GIUDICE

Paolo Gibelli

