

## TRIBUNALE DI NAPOLI

### SEZIONE FERIALE

N.R.G. 15857\23

Il giudice, letti, gli atti, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 27.7.2023, sostituita dallo scambio di note di parte ai sensi dell'art. 127ter c.p.c., da depositare nel termine perentorio del 27.7.2023;  
scaduto il termine;

posto che

- con ricorso proposto ai sensi dell'art. 19ter d.lgs. 150\11 l'attore indicato in atti ha avanzato impugnazione avverso il decreto n. 100 emesso dal Questore di Napoli il 20.2.2023 e notificato il 22.6.2023 di rigetto della domanda di protezione speciale, presentata l'11.8.2022, fondato sul parere negativo espresso il 17.1.2023 dalla Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Salerno, sezione di Napoli;
- con il medesimo ricorso la parte ha chiesto, in via cautelare, sia la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento in questione, espressamente contemplata dall'art. 5 d.lgs. 150 cit., sia il rilascio di un permesso provvisorio di soggiorno, in attesa della definizione del merito della causa;
- il contraddittorio della causa è stato regolarmente integrato dal ricorrente il 24.7.2023 ed il convenuto non si è costituito in giudizio;
- con ordinanza collegiale, il Tribunale adito ha accolto la richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato;

ritenuto che l'istanza cautelare volta al conseguimento del permesso provvisorio deve essere ricondotta alla tutela d'urgenza atipica, prevista dall'art. 700 c.p.c., visto che il ricorrente ha chiesto al giudice un provvedimento urgente diretto ad assicurare un bene della vita ulteriore e diverso rispetto a quello che consegue dalla sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato;

opinato, in particolare, che la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato assicura, in via cautelare, il diritto del ricorrente di rimanere sul territorio nazionale fino alla definizione del merito della causa e, conseguentemente, comporta l'obbligo, per l'appunto, in capo alla p.a., di rispettarlo e di astenersi dal dare seguito al diniego di permesso di soggiorno, in caso di mancato allontanamento volontario dello straniero dal territorio nazionale, procedendo alla sua espulsione;

osservato che, invece, il richiesto permesso provvisorio, non espressamente previsto dal legislatore nel caso di specie e valido nell'attesa della definizione del merito della causa proposta, volta all'accertamento del diritto alla protezione speciale, costituisce un *quid pluris* che ha la funzione di assicurare gli effetti della decisione sul merito, in particolare quelle ulteriori utilità traibili dal fascio dei diritti accessori derivanti dal rilascio del permesso di soggiorno definitivo, tra i quali vi è quello allo svolgimento di attività lavorativa, che si giustappone a quello di rimanere sul territorio nazionale;

reputato, dunque, che tale provvedimento d'urgenza non è suscettibile di essere considerato una mera modalità attuativa della diversa misura cautelare tipica, consistente nella sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, pronunciata ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 150 cit.;

## TRIBUNALE DI NAPOLI

reputato di potere accogliere la richiesta in questione, facendo applicazione analogica dell'art. 4 d.lgs. 142 del 2015 ed aderendo all'orientamento espresso dalla sezione specializzata in materia d'immigrazione del Tribunale di Bologna nell'ordinanza depositata il 4.2.2022, secondo la quale *“Com'è noto, dalla presentazione della domanda di protezione internazionale deriva il diritto di permanere nel territorio dello Stato sino alla decisione della Commissione territoriale (art. 7 D. L.vo n. 25/2008) e consegue altresì il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio, come stabilito a livello di normazione secondaria dall'art. 11, primo comma lettera a) del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 (Regolamento di attuazione del testo unico stranieri) e come prescritto, con forza di legge e più in dettaglio, dall'art. 4, D. L.vo 18 agosto 2015, n. 142, il quale prevede che il permesso di soggiorno sia rinnovabile di sei mesi in sei mesi sino alla decisione definitiva in sede giurisdizionale.*

*L'art. 4, D. L.vo n. 142/2015 stabilisce difatti al primo comma che «al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 35-bis, commi 3 e 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445» e chiarisce in modo specifico al terzo comma che «la ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione internazionale rilasciata contestualmente alla verbalizzazione della domanda ai sensi dell'articolo 26, comma 2-bis, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto, costituisce permesso di soggiorno provvisorio».*

*Tale «ricevuta» ha dunque valore legale di «permesso di soggiorno provvisorio», rende regolare la permanenza nel territorio italiano, preclude l'allontanamento, consente pieno accesso al servizio sanitario e, dopo sessanta giorni, consente il perfezionamento di un contratto di lavoro, come previsto ai sensi dell'art. 22, primo comma D. L.vo 18 agosto 2015, n. 142.*

.....

4.

*È pacifico che la protezione speciale o complementare prevista dall'art. 19, comma 1.1. cit. possa essere richiesta tanto congiuntamente ad una domanda di protezione internazionale, con valutazione rimessa alla Commissione Territoriale e successivo rilascio da parte del Questore, quanto con una domanda rivolta direttamente al Questore, il quale decide comunque previo parere della stessa Commissione.*

.....

*L'introduzione di tale “duplice strada”, oltre che derivare dalla lettera della norma e da evidenti canoni di ragionevolezza, corrisponde all'esigenza di assicurare a chi sia sul territorio nazionale in condizioni di irregolarità, abbia il timore che il suo allontanamento possa pregiudicare propri diritti fondamentali, ma non aspiri al riconoscimento del rifugio o della protezione sussidiaria, di avanzare la domanda con una procedura più snella, per la quale non è prevista l'obbligatoria audizione né l'inserimento nel sistema dell'accoglienza, e che consenta dunque una definizione, in ipotesi, più celere. Tale maggiore snellezza della procedura corrisponde peraltro ad una esigenza della stessa parte pubblica secondo canoni di buona amministrazione. Come si è osservato in dottrina, la soluzione è volta ad assicurare tempi di decisione più celeri, senza intasare le procedure della protezione internazionale ed è altrettanto ragionevolmente sorretta dalla previsione della richiesta di parere alle Commissioni territoriali in considerazione dell'esorbitanza dalle competenze dei questori della conoscenza aggiornata dei requisiti di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19.*

## TRIBUNALE DI NAPOLI

Come detto, tale indirizzo è stato quindi confermato con circolare della Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo del 19 luglio 2021. La detta circolare ha rilevato inoltre la natura vincolante del parere della Commissione Territoriale («la natura obbligatoria e vincolante appare parimenti indubitabile»), in conformità con l'associazione nel nostro ordinamento del divieto di refoulement alla materia della protezione internazionale e con quanto reiteratamente affermato dalla stessa Corte di cassazione in relazione alla protezione umanitaria, per cui la Questura non ha alcuna discrezionalità valutativa riguardo ai presupposti della protezione internazionale o complementare (cfr. Corte di cassazione Sez. U, Ordinanza n. 5059 del 2017: «le Commissioni territoriali sono espressamente tenute, quando non accolgano la domanda di protezione internazionale, a valutare, per i provvedimenti di cui all'art. 5, comma 6, cit., le conseguenze di un rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali, al questore non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari»).

In conclusione, è oggi pacifico che sia possibile presentare una domanda di protezione speciale secondo l'una o l'altra via. In entrambi i casi: la domanda è raccolta dalla Questura; alla Commissione territoriale è demandata la competenza per la valutazione in ordine alla sussistenza del divieto di refoulement; la decisione finale è emessa e comunicata dalla stessa Questura.

### 4.1.

È invece tuttora discusso se l'alternativa fra le due “strade” indicate nella relazione dell'Ufficio del Massimario dia luogo a regimi sostanziali differenti, sia nel corso dello stesso procedimento che al suo esito.

Il d.l. n. 130/2020, convertito con modificazioni con L. n. 173 del 18 dicembre 2020, non ha introdotto difatti nell'art. 32, terzo comma D. L.vo n. 25/2008 alcun richiamo alla procedura promossa avanti al Questore, né ha provveduto ad alcun coordinamento. Inoltre, con discutibile tecnica legislativa, le disposizioni di natura sostanziale in materia di durata del permesso di soggiorno e di sua convertibilità, non sono state inserite nell'art. 19 cit., che prevede il detto permesso e ne determina i presupposti, ma nell'art. 32, terzo comma D. L.vo n. 25/2008, che contiene una disciplina di natura processuale, afferente ad uno solo dei due canali che possono condurre al riconoscimento del divieto di refoulement.

Ne consegue un evidente difetto di coordinamento e regolamentazione che dà luogo al rischio di disparità di trattamento. È discusso ad esempio se il permesso di soggiorno ex art. 19, commi 1 e 1.1. cit. concesso in seguito a presentazione di domanda alla Questura abbia durata minima biennale e se possa essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, com'è invece pacifico se l'istanza è stata trasmessa dalla Commissione Territoriale.

Su tale ultima questione è intervenuto di recente il TAR del Veneto ritenendo che nonostante l'art. 6, comma 1-bis del D. L.vo n. 286/98 preveda che sia convertibile in permesso per motivi di lavoro il «permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» (ad eccezione dei casi in cui il diniego della protezione internazionale sia stato negato per ragioni connesse alla pericolosità sociale del richiedente), una interpretazione letterale della norma condurrebbe ad una soluzione del tutto irragionevole e, per il TAR Veneto, finanche incostituzionale per disparità di trattamento di situazione identica, sicché si impone una interpretazione costituzionalmente orientata (TAR Veneto, Sezione terza, sentenza n. 1812 del 23 novembre 2022).

Appare invero possibile superare l'apparente disparità conseguente ad una incerta tecnica legislativa, tenendo conto che gli artt. 19 cit. e 32, terzo comma D. L.vo n. 25/2008 complessivamente contengono, in combinato disposto, la disciplina sostanziale e processuale di un unico permesso di soggiorno previsto in ipotesi di pericolo di violazione del divieto di refoulement.

5.

*Venendo quindi al permesso di soggiorno provvisorio di cui all'art. 4, D. L.vo n. 142 del 2015, appare pacifico che lo stesso si applichi quando risulti pendente una domanda diretta al riconoscimento della protezione complementare promossa nell'ambito della protezione internazionale.*

*Tale approdo consegue dall'univoca scelta del Legislatore italiano (eccentrica rispetto ad altri ordinamenti) di ricomporre in sede processuale il quadro delle tutele comunque discendenti dall'art. 10, terzo comma della Costituzione, assegnando la competenza sulla protezione complementare alle stesse autorità, amministrativa e giurisdizionale, competenti sulla protezione internazionale. L'esplicita introduzione nell'art. 19, commi 1 e 1.1 cit. del divieto di refoulement per il rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti oppure qualora l'espulsione violi obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano oppure comporti la violazione di diritti fondamentali quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare, discende in via diretta dalla garanzia del diritto d'asilo derivante dall'art. 10, terzo comma della Costituzione, la cui attuazione, secondo una opinione diffusa, rischiava d'essere compromessa con l'abrogazione della protezione umanitaria ad opera del d.l. n. 113/2018 (la preoccupazione traspare anche dalla lettera, che ha accompagnato l'emanazione del decreto legge, del Capo dello Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri: «al riguardo avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano "fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»). È invero pacifico l'inquadramento della protezione umanitaria, prima, e della protezione speciale, adesso, insieme alla protezione internazionale, nella dimensione del diritto costituzionale d'asilo. Le Sezioni unite della Corte di cassazione in una decisione ormai risalente hanno rilevato al riguardo la «identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto di asilo costituzionale, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali» (Corte di cassazione Sez. U, Ordinanza n. 19393 del 09/09/2009). Come rammentato nella menzionata relazione dell'Ufficio Massimario, «la giurisprudenza ha dunque riconosciuto rango costituzionale al diritto al permesso di soggiorno umanitario, considerandolo manifestazione attuativa del diritto di asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost. (Cass., Sez. Un., n. 30658/2018, Rv. 651814-01)».*

*Va pure osservato come l'art. 35-bis del D. L.vo n. 25 del 2008 richiami sotto la rubrica «Delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale» sia le impugnazioni ex art. 35 avverso i provvedimenti della Commissione territoriale sullo status di rifugiato o sulla protezione sussidiaria, che le impugnazioni avverso i provvedimenti «per mancato riconoscimento dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'articolo 32, comma 3», a conferma che gli stessi rientrano in un unico genus, definito riassuntivamente nella rubrica dell'articolo come controversie in materia di protezione internazionale. La qualificazione di «controversie in materia di protezione internazionale» attiene dunque in ambito processuale anche alle domande aventi ad oggetto la protezione complementare. È vero, al riguardo, che il divieto di allontanamento nelle more del giudizio è previsto nella Direttiva europea solo per le ipotesi di protezione internazionale, ma non è meno vero che la protezione complementare prevista nel nostro ordinamento nazionale discende comunque da obblighi aventi natura costituzionale e che la stessa Direttiva n. 33 del 26 giugno 2013 all'art. 3 prevede espressamente che «gli Stati membri possono decidere di applicare la presente direttiva nei procedimenti di esame di domande intese a ottenere qualsiasi forma di protezione che esula dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/95/UE».*

*Dalla scelta operata dal Legislatore nazionale, che come si è detto non è imposta dalle Direttive n. 32 e 33 del 2013 ma è profondamente incisa nella storia della evoluzione della protezione umanitaria e*

## TRIBUNALE DI NAPOLI

*complementare nel nostro ordinamento, discende dunque che il richiedente protezione complementare gode di una posizione soggettiva analoga a quella del richiedente rifugio o protezione sussidiaria sicché il permesso di soggiorno provvisorio risulta così collegato alla pendenza di un procedimento di protezione internazionale che, a norma dell'art. 35-bis D.Lvo n. 25/2008, comprende anche le controversie aventi ad oggetto il «riconoscimento dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'articolo 32, comma 3».*

### *5.1.*

*Ciò detto, va pure evidenziato come il permesso di soggiorno provvisorio trovi indiscussa applicazione anche quando, in sede di protezione internazionale, risulti pendente esclusivamente una domanda diretta al riconoscimento della protezione speciale.*

*Valga considerare alcuni casi rilevabili da una attenta analisi del dato normativo.*

*1. Innanzitutto, il rilascio della ricevuta avente valore di permesso di soggiorno provvisorio non è subordinato ad una valutazione da parte della Questura ricevente in ordine all'effettiva attinenza del ricorso al rifugio o alla protezione sussidiaria (non essendo il richiedente neppure tenuto a dedurre in questa prima fase alcun fatto specifico o a fornire alcuna qualificazione giuridica specifica della propria istanza). Solo successivamente all'audizione del richiedente asilo la Commissione territoriale, valutato nel merito che i fatti «non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251» potrà dichiarare la manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 28-ter, primo comma lettera a), D. Lvo n. 25/2008, inviando eventualmente gli atti al Questore ai sensi dell'art. 32, terzo comma cit., ove ritenga sussistente il divieto di refoulement ai sensi dell'art. 19, commi 1 e 1.1.*

*2. Secondariamente, va pure osservato come nell'ipotesi di invio degli atti da parte della Commissione territoriale al Questore ai sensi dell'art. 32, terzo comma cit., il ricorrente manterrà il permesso di soggiorno provvisorio anche nelle more del provvedimento del Questore, nonostante la domanda di protezione internazionale sia stata rigettata. Dunque in questa fase, pur essendo stata definita la procedura di protezione internazionale avente ad oggetto la richiesta di rifugio o di protezione sussidiaria, in ipotesi anche con provvedimento divenuto irrevocabile in quanto non impugnato negli stretti termini determinati dall'art. 35-bis, terzo comma D. Lvo n. 25/2008 (30 o 15 giorni per chi risiede sul territorio italiano), e restando dunque pendente esclusivamente una domanda di protezione complementare, non può dubitarsi che il richiedente resti titolare del permesso di soggiorno provvisorio e, in ipotesi di sua scadenza, abbia diritto al suo rinnovo (di sei mesi in sei mesi). In questa ipotesi, dunque, il mantenimento e l'eventuale rinnovo del permesso di soggiorno è, da un punto di vista formale, tecnico-giuridico, collegato esclusivamente alla pendenza della domanda di protezione speciale.*

*3. Ancora, in ipotesi di impugnazione del rigetto della domanda da parte della Commissione territoriale, il permesso di soggiorno provvisorio resta efficace anche nel caso in cui il ricorrente si limiti ad impugnare il solo diniego del permesso di soggiorno per protezione speciale, restando acquiescente rispetto al diniego del rifugio o della protezione sussidiaria ed allegando invece che il suo allontanamento sia comunque vietato (per il dedotto rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, di violazione di obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano oppure del diritto al rispetto della vita privata e familiare). Anche in questo caso, dunque, la titolarità del permesso di soggiorno provvisorio, la sua permanenza e il suo semestrale rinnovo, non sono collegati alla pendenza di una domanda di rifugio o di protezione sussidiaria, ma esclusivamente alla pendenza di una domanda di protezione complementare.*

*4. Inoltre, in ipotesi di domande reiterate, l'art. 29, primo comma lett. b) D. Lvo n. 25/2008 indica quale ragione di inammissibilità la mancata allegazione di fatti nuovi, i quali possono essere*

*limitati ai soli presupposti della protezione speciale. La dottrina più attenta ha rilevato da tempo l'evidente insensatezza di pretendere la reiterata proposizione di una domanda infondata di protezione internazionale solo per ottenere l'esame della richiesta di protezione complementare nazionale (v. anche Corte di cassazione Sez. 1, Ordinanza n. 37275 del 10/10/2022, per cui «la normativa in vigore non prevede alcuna limitazione alla valutazione della protezione speciale in caso di domande reiterate»). Anche in questo caso, dunque, il ricorrente avrà diritto, nelle more, al permesso di soggiorno provvisorio di cui all'art. 4, D. L.vo n. 142/2015 che, ancora una volta, prescinde da qualsiasi richiesta di rifugio o protezione sussidiaria ed è collegato esclusivamente alla pendenza di una domanda di protezione complementare.*

*5. D'altra parte, ove la Commissione territoriale rigetti la domanda per manifesta infondatezza o dichiarare inammissibile la domanda reiterata e il ricorrente richieda comunque ai sensi dell'art. 35-bis, quarto comma D. L.vo n. 25/2008 la sospensione del provvedimento impugnato (in questi casi non automatica), la sospensione concessa dal giudice (che ai sensi dell'art. 4, D. L.vo 142/2015 comporta la permanenza e il rinnovo del permesso di soggiorno provvisorio) può e deve essere certamente accordata anche nell'ipotesi in cui il giudice condivide il giudizio in ordine alla carenza dei presupposti del rifugio e della protezione sussidiaria ma ritenga che sussistano "gravi e circostanziate ragioni" connesse alla necessità di istruire la protezione speciale. È pur vero che in questo caso risulterà tecnicamente pendente anche la domanda di protezione internazionale, eppure la valutazione positiva in ordine alla permanenza del titolo provvisorio di soggiorno, conseguente alla sospensione disposta dal giudice, ha ad oggetto la sola protezione speciale.*

*In modo particolare nei casi 2, 3 e 4 si deve dunque osservare come la Legge preveda il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno provvisorio, con la possibilità di lavorare regolarmente e di accedere al servizio sanitario, esclusivamente in ragione della pendenza del procedimento relativo a domanda di protezione speciale e nonostante da un punto di vista formale, tecnico-giuridico, non sia pendente alcuna richiesta di rifugio o di protezione sussidiaria.*

*Non si tratta, nel complesso, di casi residuali o marginali, ma di ipotesi che, pure dal punto di vista statistico, rappresentano oggi una quota assai consistente e negli ultimi anni via via sempre più significativa.*

*Non è in discussione che in tutti questi casi la domanda di protezione speciale sia comunque proposta nell'ambito della protezione internazionale. Ciò che qui rileva è che il permesso di soggiorno previsto dall'art. 4, D. L.vo n. 142/2015 per l'ipotesi di pendenza di domande di protezione internazionale, va rilasciato, permane e deve essere rinnovato anche quando, anche da un punto di vista formale, risulti pendente la sola domanda di protezione complementare.*

## *5.2.*

*La previsione di un titolo di soggiorno provvisorio all'atto della presentazione della domanda di protezione internazionale è sovente qualificata quale disposizione di natura eccezionale rispetto alla regola, che vige nella materia del diritto della immigrazione, per cui il permesso di soggiorno consegue solo all'accoglimento della domanda. Se si assume, seguendo tale indirizzo, che tale deroga abbia natura eccezionale, è evidente che l'applicazione analogica di tale disposto fuori dalla materia della protezione internazionale è preclusa a norma dell'art. 14 preleggi. A norma dell'art. 14 preleggi è verosimilmente escluso, dunque, che la detta disposizione possa applicarsi in via analogica a chi richieda, ad esempio, un permesso di soggiorno per ragioni di lavoro, per motivi familiari ecc...*

*Nel caso di specie, tuttavia, non è in gioco l'applicazione di una norma prevista per il richiedente asilo a casi diversi, atteso che il detto permesso di soggiorno provvisorio come si è visto può e deve essere rilasciato e rinnovato al cittadino straniero irregolare in pendenza di un procedimento di sola protezione*

*speciale, persino se da un punto di vista tecnico giuridico il procedimento avente ad oggetto la protezione internazionale in senso stretto (rifugio o protezione sussidiaria) sia stato definito con provvedimento irrevocabile. Per conseguenza, in presenza di una manifesta lacuna in materia attinente a diritti fondamentali, non può dirsi preclusa ai sensi dell'art. 14 preleggi l'applicazione analogica di una norma che trova già applicazione in pendenza di una domanda di protezione speciale proposta secondo una via procedimentale, anche al caso in cui lo stesso accertamento avente ad oggetto lo stesso diritto soggettivo venga richiesto seguendo un'altra via procedimentale.*

*L'applicazione analogica delle disposizioni normative è una diretta conseguenza del principio di completezza dell'ordinamento giuridico. Posto che alcune norme disciplinano una generalità di casi e che altre norme regolano casi più limitati, il divieto di applicazione analogica di casi eccezionali segna un limite interno, logico, dell'analogia. Si è detto, in dottrina, che il divieto di analogia per i casi eccezionali non configura invero un limite, ma la stessa essenza dell'analogia. Mentre il divieto di applicazione analogica delle norme penali in malam partem segnala una scelta di valore, di natura garantista, del nostro diritto positivo, il rifiuto di applicazione analogica di norme eccezionali è connaturato al percorso analogico, apparendo naturale che, in caso di lacuna, sia applicabile in via analogica una norma prevista per una generalità di casi e non una norma che sia stata dettata per casi del tutto particolari.*

*Qui non si tratta tuttavia di fare applicazione di una disposizione prevista dal Legislatore in via eccezionale per i richiedenti il rifugio o la protezione sussidiaria a soggetti richiedenti permessi per protezione speciale. Nella specie, dato atto che il detto permesso di soggiorno deve essere sicuramente concesso e rinnovato anche in pendenza di procedimenti amministrativi o giudiziari aventi ad oggetto esclusivamente la protezione complementare, è richiesto all'interprete di operare una comparazione fra soggetti entrambi richiedenti la protezione complementare. La normativa vigente consente di richiedere l'accertamento dei presupposti del divieto di refoulement con una "duplice strada", sicché la questione verte sull'applicazione analogica della disposizione prevista per una strada all'altra.*

*La differenza fra le due fattispecie, quella disciplinata e quella priva di disciplina, non attiene all'oggetto della domanda, né all'Autorità preposta alla valutazione, né all'Autorità che riceve la domanda ed emette il provvedimento conclusivo, ma solo ed esclusivamente alle modalità di trattazione della domanda (i. e. alla introduzione del procedimento amministrativo, ai tempi, alla obbligatorietà dell'accoglienza, alla facoltatività o meno dell'audizione del ricorrente...). Ne consegue che pur assumendo, per ipotesi, la nozione di eccezionalità della disposizione che prevede il rilascio del permesso provvisorio al richiedente protezione internazionale, la quale evidentemente preclude che una norma prevista per il richiedente la protezione internazionale possa essere applicata a chi richiede misure diverse, la detta natura eccezionale non esclude che tale disposizione, già applicabile a chi richieda la sola protezione complementare scegliendo un particolare rito, sia applicabile a chi richiede la stessa protezione complementare con un altro rito.*

### *5.3.*

*Non può dubitarsi che nella specie sussista una lacuna, un vuoto di tutela in materia incidente su diritti fondamentali.*

*L'evidenza di una lacuna discende, come rilevato da un'attenta dottrina, già da un argomento di natura ontologica, posto che in carenza di una specifica prescrizione di legge dovrebbe essere sempre espulso, nelle more del procedimento, il cittadino straniero, privo di titolo di soggiorno e dunque irregolare, per il quale deve essere accertata proprio la radicale inespellibilità per il pericolo di violazione di suoi diritti fondamentali (ex artt. 10, terzo comma Cost., 3 e 8 Cedu). In buona sostanza, l'accertamento del divieto di refoulement per il rischio di violazione di diritti fondamentali della persona dovrebbe avvenire previa obbligatoria espulsione della stessa, non essendo, come si è pure osservato, quella espulsiva*

*una mera facoltà, ma una potestà che l'Autorità amministrativa deve esercitare ogniqualvolta se ne realizzino i presupposti.*

*Una volta che si assuma, per contro, la necessità di impedire l'espulsione nel corso del procedimento, appare del tutto irrazionale precludere alla persona di lavorare con un contratto in regola, sostanzialmente costringendola a ricercare in condizioni di irregolarità gli indispensabili mezzi di sostentamento. Non è chi non veda gli effetti criminogeni e la spinta verso il mercato nero del lavoro.*

*Il vuoto di tutela non è escluso dalla possibilità in concreto, per la parte, di azionare la domanda nella sede della protezione internazionale, apparendo invero del tutto irragionevole che il sistema spinga la parte a mettere in moto un meccanismo procedimentale che, con la necessaria audizione e accoglienza, appare senz'altro più complesso e gravoso per la stessa parte pubblica, magari associando la domanda a infondate richieste di rifugio o protezione sussidiaria.*

*Tale vuoto non può essere esaurientemente colmato neppure invocando la possibilità di ricorso allo strumento della cautela innominata ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ossia chiedendo al giudice di valutare di volta in volta se sussista il fumus rispetto al diritto alla protezione complementare ed il periculum in ragione del rischio di espulsione o di perdita del lavoro, sul rilievo assorbente che permanerebbe comunque un'inammissibile disparità di trattamento, in termini di tempi e costi della tutela, fra situazioni di fatto identiche.*

*Inoltre, vale pure tenere a mente che nella specie la lacuna, ossia la mancata previsione del permesso di soggiorno per l'ipotesi di domanda presentata al Questore, non manifesta l'intenzione del legislatore di escludere l'applicazione di tale istituto. Nella specie la lacuna non può invero dirsi sintomatica della volontà del Legislatore del 2020 di escludere il permesso di soggiorno provvisorio, sul rilievo che la stessa possibilità di ricorso diretto alla Questura non era stata prefigurata dal Legislatore, ma è frutto, come si è visto, di una interpretazione evolutiva, inizialmente negata dall'Amministrazione, quindi propugnata dalla giurisprudenza e quindi recepita da una circolare della Commissione Nazionale. Come si è visto, tale lettura ha fatto leva sul dato testuale del richiamo, nell'art. 19 comma 12 cit., alle domande di permesso di soggiorno pendenti avanti alla Questura, il quale è stato valorizzato dalla giurisprudenza proprio al fine di evitare un irragionevole ricorso alla procedura prevista per la protezione internazionale (con obbligatoria audizione del ricorrente) anche per le, numerosissime, ipotesi in cui tale procedura appare ridondante. Il vuoto legislativo non è frutto di una scelta, è un dato neutro.*

6.

*Verificata la sussistenza di una lacuna, a norma dell'art. 12 preleggi sulla «Interpretazione della legge», per cui «...se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe», si impone dunque una interpretazione fondata sul criterio dell'applicazione analogica della disposizione prevista dall'art. 4 D. L.vo n. 142/2015 in ragione della identità di ratio, evitando una disparità di trattamento del tutto ingiustificata alla luce dei beni giuridici protetti, atteso che la diversità di trattamento non appare motivata da alcuna esigenza di natura processuale o sostanziale.*

*Il ricorso all'analogia legis si impone quale strumento previsto dalle preleggi fra gli ordinari strumenti interpretativi e di applicazione delle norme, indispensabile al fine di addivenire ad una soluzione compatibile con l'art. 3 della Costituzione, in termini di uguaglianza e ragionevolezza. Il ricorso all'analogia legis, come visto, non è precluso dal preteso carattere eccezionale della norma, posto che l'eccezionalità si porrebbe, in tutta evidenza, rispetto a diverse forme di permesso di soggiorno ma non certo rispetto alla modalità di trattazione della stessa domanda. Com'è evidente, non può sollevarsi qui questione di legittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento, poiché, facendo uso di*



## TRIBUNALE DI NAPOLI

ordinari strumenti ermeneutici, è possibile addivenire ad una interpretazione costituzionalmente compatibile con il parametro di cui all'art. 3 della Costituzione.

Va pure osservato come l'applicazione della disposizione che prevede il permesso di soggiorno provvisorio appaia confermata anche da ulteriori argomenti testuali, che corroborano tale lettura. L'art. 34 del D. L.vo 25 luglio 1998 n. 286 e l'art. 11, primo comma lett. a) del suo Regolamento d'Attuazione (D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394) prevedono il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio «per richiedenti asilo» (in particolare il menzionato art. 11, prevede che «Il permesso di soggiorno è rilasciato ...: a) per richiesta di asilo, per la durata della procedura occorrente...») e, come si è visto, non può dubitarsi che una esegesi costituzionalmente orientata imponga di leggere nella «richiesta di asilo», rilevante a norma dell'articolo 10, terzo comma della Costituzione, non solo la richiesta di rifugio o di protezione sussidiaria, ma anche la richiesta di ulteriori forme di protezione complementare. Nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità è un dato acquisito che il diritto costituzionale d'asilo incorpori tanto la protezione derivante da fonti internazionali quanto ulteriori forme di protezione derivanti dallo stesso disposto costituzionale, fra cui si distinguono la protezione umanitaria e, oggi, la protezione speciale. Ne deriva che, al di là del loro significato originario secondo l'intenzione soggettiva del Legislatore del 1998-1999, le disposizioni del Testo Unico e del regolamento d'attuazione che si riferiscono al permesso di soggiorno per richiesta d'asilo includono anche la richiesta di protezione speciale, cui consegue sempre, a norma dell'art. 11, primo comma lett. a) cit., il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio. Già in tali testi di normativa primaria e secondaria troviamo dunque la conferma della necessaria titolarità di un permesso di soggiorno provvisorio in capo al richiedente protezione complementare.

L'applicazione analogica di una disposizione già esistente non interferisce con il dovuto rispetto per la discrezionalità del Legislatore e consente, facendo riferimento alle disposizioni che già regolamentano tale permesso di soggiorno provvisorio, di ricostruire presupposti, contenuti e limiti del detto diritto. Si deve pure tenere conto che possono trovare applicazione quelle regole che non sono strettamente connesse al rito prescelto: ad es., posto che la procedura de qua non prevede casi di sospensione automatica, si deve assumere che il permesso sia rinnovabile soltanto fino alla decisione in sede amministrativa e salvo sospensione del rigetto da parte dell'autorità giudiziaria successivamente adita, così interpretandosi il riferimento dell'art. 4 D. L.vo n. 142/2015 all'autorizzazione «a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 35-bis, commi 3 e 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25».

L'accertamento della lacuna in ordine alla protezione della posizione sostanziale della persona che presenti domanda di protezione speciale non riverbera sulle differenze di natura procedurale fra le due strade (diverse modalità di presentazione della domanda, diversi termini entro cui deve essere adottata la decisione, obbligatorietà o meno dell'audizione, diverse modalità di impugnazione, con rito camerale o con rito sommario/semplificato), atteso che tali diverse modalità di trattazione hanno natura strettamente procedimentale e processuale e sono dunque connaturate alla previsione della "duplice strada". Parimenti, non sembra ravvisabile in via generale una lacuna nella previsione, ai sensi degli artt. 8 e ss. D. L.vo n. 142/2015, del diritto di accedere all'accoglienza solo per i richiedenti protezione internazionale, atteso che lo stesso pare collegato alla necessità di assicurare adeguato sostegno e «prima accoglienza» (sino alla decisione, che dovrebbe avvenire entro quattro mesi) a chi sia arrivato alla frontiera fuggendo da condizioni di pericolo e sovente con mezzi di fortuna, dunque privo d'ogni possibilità di provvedere al proprio mantenimento. Per tale ragione, peraltro, il diritto all'accoglienza è riconosciuto ai richiedenti non alla presentazione formale della domanda e al rilascio della relativa ricevuta, ma già nell'antecedente «momento in cui manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale» (come previsto dall'art. 1, secondo comma D. L.vo n. 142/2015 in conformità all'art. 17 della Direttiva n. 33/2013). Per

*tale ragione, inoltre, ai sensi dell'art. 23, D. L.vo n. 142/2015 l'accoglienza è revocata se il richiedente non si presenti all'audizione, la quale è obbligatoria solo nella protezione internazionale, ma non nella procedura ex art. 19, comma 1.2. Vale pure osservare come l'analogia affermata nella presente decisione abbia ad oggetto, in stretta interpretazione, la posizione di chi richieda l'accertamento dello stesso diritto soggettivo con una duplice via procedimentale, sicché la conclusione qui raggiunta non appare prima facie estendibile a diverse domande di permesso di soggiorno fondate su altri motivi.*

*Non persuade fino in fondo, infine, l'argomento, evocato dalla parte resistente, per cui il diverso trattamento di situazioni analoghe, se non identiche, troverebbe comunque fondamento nell'esigenza di scoraggiare ricorsi strumentali promossi al solo scopo di ottenere il permesso provvisorio nelle more della definizione del procedimento. La detta disparità di trattamento non impedisce difatti la presentazione dell'istanza seguendo la diversa via della protezione internazionale, che pacificamente impone il rilascio del permesso provvisorio, e si risolve, in definitiva, in un incentivo alla proposizione di tali istanze con le, più onerose, procedure ivi previste. La detta disparità di trattamento, dunque, frustra non solo l'interesse del ricorrente e la sua aspettativa d'un effettivo ed utile accertamento del divieto di refoulement, ma infirma anche l'attuale assetto normativo che, contemplando la "duplice strada", è evidentemente diretto a consentire un procedimento più agile e meno gravoso per la stessa Amministrazione, finendo invece con l'incentivare in modo irragionevole persino la proposizione di ricorsi per protezione internazionale del tutto strumentali. Di contro, la parificazione delle posizioni sostanziali favorisce il ricorso alla via meno gravosa per la parte pubblica e può condurre anche ad un effetto deflattivo nella, congestionata, materia della protezione internazionale. L'indispensabile prevenzione del pericolo di abusi, per altro verso, non può essere assicurata al costo di una compromissione del principio di uguaglianza e di soluzioni poco sostenibili anche in termini di ragionevolezza, ma dovrebbe essere perseguita con una celere definizione delle procedure (favorita dalla carenza d'obbligo di audizione) e con tempestive dichiarazioni di inammissibilità in caso di riproposizione di domande di protezione complementare già valutate e respinte. D'altra parte, come si è visto la detta strada procedurale non prevede che la proposizione dell'impugnazione dia luogo ad ipotesi di sospensione automatica del provvedimento amministrativo, sicché dopo l'eventuale diniego dell'Autorità amministrativa la titolarità del permesso nelle more del procedimento di impugnazione può essere consentita solo dopo specifica valutazione del giudice.*

*È vero che nella materia del diritto della migrazione e, specificamente, della protezione complementare vige un ampio margine di discrezionalità del Legislatore, il quale ben avrebbe potuto, e ben potrebbe, disciplinare e meglio precisare gli aspetti procedimentali e processuali (nei limiti del rispetto del principio di uguaglianza e pari trattamento di posizioni soggettive analoghe), ma de iure condito, dato atto dell'indubbia lacuna normativa, incidente su diritti fondamentali, in ossequio al menzionato principio di completezza dell'ordinamento giuridico non appare consentito un non liquet competendo al giudice di utilizzare gli ordinari strumenti segnalati dall'art. 12 preleggi al fine di colmare la lacuna";*

*ritenuto di dovere ravvisare, nella specie, oltre che, con le argomentazioni esposte, il fumus boni iuris, anche il periculum in mora;*

*considerato, infatti, che il ricorrente appare avere sufficientemente documentato di avere costituito rapporti di lavoro subordinato fino a poco prima del deposito del ricorso introduttivo della lite, tramite i quali riceve la sua unica fonte di sostentamento;*

*reputato che l'interruzione della sua integrazione lavorativa, conseguente all'impossibilità di godere del permesso provvisorio quale richiedente asilo, è idonea ad arrecargli un danno grave e irreparabile, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., visto che la mancata percezione di retribuzione sacrificerebbe non già la mera, corrispondente situazione giuridica soggettiva a contenuto patrimoniale in quanto tale, ma quelle ulteriori,*

## TRIBUNALE DI NAPOLI

dipendenti da quest'ultima, preordinate al soddisfacimento di beni della vita di natura infungibile, come il diritto al cibo e a godere di un'abitazione;

PQM

- Accoglie il ricorso ex art. 700 c.p.c. ed ordina, pertanto, al Ministero dell'Interno e, per esso, alla sua articolazione organica, costituita dalla Questura di Napoli, di rilasciare al ricorrente il permesso ex art. 4, comma 1, d.lgs. 142\2015 ed art. 11, comma 1, lett. a), d.p.r. 394\1999 con durata fino alla decisione, da parte di questo Tribunale, della domanda di riconoscimento del diritto alla protezione speciale;
- Si rimette il governo delle spese processuali al provvedimento che definirà il giudizio.
- MANDA ALLA CANCELLERIA di costituire un fascicolo in cui inserire gli atti del presente subprocedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. sorto in corso di causa.

Si comunichi

Napoli, 01/08/2023

Il giudice  
Dott.ssa Grazia Bisogni