



*Progetto europeo di formazione giudiziaria
FRICoRe – Fundamental Rights In
Courts and Regulation*

CASEBOOK IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE



IL PROGETTO FRICORE È CO-FINANZIATO
DAL PROGRAMMA GIUSTIZIA (2014-2020)
DELL'UNIONE EUROPEA

Realizzato nell'ambito del progetto

Fundamental Rights In Courts and Regulation (FRICoRe)

Ringraziamenti

Si intende ringraziare la SSM e l'Università di Trento per aver promosso la raccolta di questi scritti, nonché i molti giudici che, partecipando alle iniziative di formazione offerte dalla SSM, anche nell'ambito del progetto FRICoRe, hanno reso possibile lo scambio di idee che è alla base di questo lavoro.

Si ringraziano inoltre Cristina Contini e Cristina Correale per il coordinamento del gruppo di lavoro impegnato nella scrittura dei diversi capitoli, Simone Penasa per il contributo alla ricerca giurisprudenziale e alla discussione di alcuni dei temi oggetto di analisi, e Chiara Patera per il supporto editoriale.

Il contenuto di questi contributi rappresenta il punto di vista degli autori, che ne sono gli unici responsabili. La Commissione Europea non accetta responsabilità per qualsiasi uso che potrebbe essere fatto delle informazioni ivi contenute.

Edizione aggiornata a ottobre 2021.

ISBN 9791280600066

INDICE DEI CONTENUTI

Premessa.....	5
----------------------	----------

1. Il principio di non respingimento.....	7
--	----------

Premessa: il divieto di respingimento, il principio di proporzionalità e il diritto a un rimedio effettivo. 1.1 Le fonti sovranazionali del principio di non respingimento - 1.2 L'art. 10 cost. – 1.3 L'attuazione dell'art.10 cost. 1.4 l'art.19 TUI: la sua struttura prima della l. n. 173 del 2020 - 1.5 Il divieto di respingimento assoluto: “in nessun caso” – 1.6 Il divieto relativo o non assoluto di respingimento: “salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1” - 1.7 La nuova formulazione dell'art. 19 TUI dopo la l.173/2020. - 1.8 Il comma 1.1 riformulato e il richiamo al comma vi dell'art.5 TUI – 1.9 La violazione dell'art.8 CEDU – 1.10 Le categorie vulnerabili e le espulsioni con modalità compatibili. 1.11 La protezione umanitaria. 1.12 L'art. 15 della l.n.173/2020: il regime transitorio.

2. La procedura di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale. Il regolamento n.604 del 2013.....	64
---	-----------

2.1. La duplice natura del regolamento Dublino III: da strumento di regolazione dei rapporti tra stati alla tutela dei diritti del singolo – 2.2 Le regole di competenza, gli obblighi informativi, la loro violazione e rimedio effettivo – 2.3. Il divieto di respingimento, il rischio di refoulement diretto e indiretto e il ruolo, in questo contesto, della clausola discrezionale nel regolamento Dublino III – 2.4. Il rimedio effettivo nel contesto delle impugnazioni contro le decisioni di trasferimento.

3. Rapporto tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale nell'esame della domanda di protezione internazionale.....	119
--	------------

3.1. L'introduzione di fatti nuovi o sopravvenuti nella fase giurisdizionale – 3.1.2. Il caso dell'estinzione della procedura amministrativa ex art. 23 bis d.lgs. 25/08 – 3.1.3. La domanda reiterata, l'introduzione in giudizio di nuovi motivi, di fatti sopravvenuti, di nuove prove – 3.2. Il dovere di cooperazione dell'autorità amministrativa e del giudice – 3.3. I rimedi giurisdizionali in caso di mancato rispetto delle garanzie nella fase del procedimento amministrativo.

4. Il rimedio effettivo nelle procedure di esame della domanda di protezione internazionale..... 155

4.1. Introduzione: il rapporto tra la disciplina processuale degli Stati membri ed il diritto dell'Unione europea - 4.2. L'accesso al rimedio - 4.2.1. La sospensione degli effetti del provvedimento di diniego dell'autorità amministrativa e del decreto di rigetto del ricorso del giudice di primo grado - 4.2.2.1. La sospensiva di cui al comma 4 dell'art. 35 *bis* - 4.2.2.2. La sospensiva di cui al comma 13 dell'art. 35 *bis* - 4.3. Il rimedio effettivo endoprocessuale - 4.3.1. Il diritto all'udienza - 4.3.2. Il diritto di essere sentiti.

5. La procedura accelerata "Paesi sicuri".....189

5.1. Rapporto tra fonti sovranazionali e fonti nazionali - 5.1.1. La Direttiva Procedure e le disposizioni introdotte dal D.L. 113/2018 (come convertito nella legge 132/2018) - 5.1.2. Il decreto interministeriale 4.10.2019 - 5.1.3. Profili problematici - 5.2. La sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto per manifesta infondatezza - 5.3. La presunzione relativa di sicurezza del Paese d'origine: oneri di allegazione e oneri della prova - 5.4. La motivazione del provvedimento di diniego.

6. L'esame della domanda di protezione umanitaria e speciale.

6.1. Il concetto di protezione complementare - 6.2. La protezione umanitaria - 6.2.1. La fattispecie di cui all'art. 5, co. 6 D.lgs. 286/1998 - 6.2.2. I permessi speciali introdotti dal D.L. 5 ottobre 2018, n. 113 - 6.2.3. La disciplina successiva al D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 - 6.3. Le principali fattispecie rilevanti ai fini della qualificazione della violazione degli obblighi costituzionali e internazionali ex art. 5, co. 6 d.lgs. 286/98 - 6.3.1. Diritto alla vita privata e familiare - 6.3.2. Diritto alla salute - 6.4. Le questioni processuali - 6.4.1. Il principio della domanda nei ricorsi aventi ad oggetto la protezione umanitaria - 6.4.2. Il dovere di cooperazione e la protezione umanitaria - 6.4.3. La valutazione di credibilità e la protezione umanitaria - 6.5. La vulnerabilità e la pandemia da Covid-19.

Premessa

I lavori raccolti in questo piccolo volume sono il frutto di un percorso di riflessione, confronto e ricerca stimolato, animato, condotto da giudici per i giudici nel contesto più ampio del progetto europeo di formazione giudiziaria “*Fundamental Rights in Courts and Regulation*” (FRICoRe). Gli accademici, che hanno avuto il privilegio di guidare e accompagnare questo percorso, sono stati parte di quel processo di mutuo apprendimento che connota la metodologia del progetto FRICoRe, così come quella dei progetti precedenti di cui questo eredita l’approccio (Re-JUS, Actiones, JudCoop).

L’obiettivo principale del progetto FRICoRe è quello di guidare i giudici europei nel complesso processo di trasformazione che sta interessando il loro ruolo, sempre più influenzato dal dovere di leale cooperazione degli Stati Membri nel dare attuazione al diritto europeo e ai principi generali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni. Tra questi principi, il Progetto ha eletto come chiave di lettura di questa trasformazione il principio di effettività delle tutele, il diritto di accesso alla giustizia, il principio di proporzionalità a cui soggiacciono le limitazioni dei diritti fondamentali, incluso il diritto a un rimedio effettivo.

Quale sia l’impatto di questi principi nel definire il ruolo del giudice della protezione internazionale è al cuore dei lavori raccolti in questo volume. Se, per un verso, la materia richiede al giudice un’opera difficilissima di ricostruzione del quadro normativo, soggetto a una intricata successione di norme interne e sovranazionali, a partire dalle direttive europee, per l’altro verso, la natura fondamentale dei diritti in gioco, quale oggi suggellata non solo dalla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo e dalla Convenzione di Ginevra, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, impone a quello stesso giudice una continua opera di bilanciamento tra diritti e un assolvimento ancora più pregnante di quel dovere di cooperazione che, nel campo della cooperazione internazionale, più direttamente si rivolge a beneficio del titolare del diritto alla protezione.

Fin dove si spinge allora questo dovere di cooperazione? Come si concilia con principi consolidati del nostro diritto processuale in tema di allegazione, prove e preclusioni? Che cosa vuol dire garantire al richiedente asilo il rimedio effettivo in un contesto in cui la protezione è in prima battuta demandata all’amministrazione e solo poi al giudice, peraltro in un processo giurisdizionale che segue binari neppure sempre assimilabili a quelli ordinari, là dove ad esempio si esclude un grado di giudizio? In che misura il diritto europeo, letto attraverso le pronunce della Corte di giustizia, può oggi rappresentare il faro alla luce del quale risolvere queste questioni?

Questi alcuni degli interrogativi affrontati nei contributi contenuti in queste pagine. Proprio perché prevalentemente scritti da giudici per i giudici, questi contributi muovono, anche strutturalmente, dalla posizione di questioni concrete, quelle che ogni giudice della protezione internazionale affronta nel suo lavoro quotidiano. Da qui muovendo, offrono possibili percorsi interpretativi mettendo a disposizione di chi legge il contributo delle corti di Strasburgo e

Lussemburgo al fine di creare un ideale dialogo tra giudice nazionale e giudice europeo, spesso sollecitato da tribunali italiani, anche di merito.

Proprio perché prevalentemente scritti da giudici per i giudici, questi contributi sono stati condivisi con i partecipanti di una Tavola Rotonda organizzata nel mese di aprile 2021 dalle Formazioni Decentrate della Corte di cassazione, del Tribunale di Milano e di quello di Napoli, al precipuo fine di verificare che le questioni selezionate siano quelle più rilevanti per il giudice della protezione internazionale e di integrare e arricchire i percorsi interpretativi proposti per meglio rispondere alle esigenze di formazione e crescita del giudice europeo di questi tempi. A questi giudici e ai moltissimi che in questi anni hanno contribuito alle tante iniziative di formazione va il nostro più sincero ringraziamento.

Trento, 31 ottobre 2021

Paola Iamiceli

Coordinatore scientifico del progetto FRICoRe

1. Il principio di non respingimento.

(Patrizia Papa)¹

SOMMARIO. Premessa: il divieto di respingimento, il principio di proporzionalità e il diritto a un rimedio effettivo. 1.1 le fonti sovranazionali del principio di non respingimento - 1.2 l'art. 10 cost. - 1.3 l'attuazione dell'art.10 cost. 1.4 l'art.19 TUI: la sua struttura prima della l.n.173 del 2020 - 1.5 il divieto di respingimento assoluto: "in nessun caso" - 1.6 il divieto relativo o non assoluto di respingimento: "salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1" - 1.7 la nuova formulazione dell'art. 19 TUI dopo la l.n.173/2020. - 1.8 il comma 1.1 riformulato e il richiamo al comma vi dell'art.5 TUI- 1.9 la violazione dell'art.8 CEDU - 1.10 le categorie vulnerabili e le espulsioni con modalità compatibili. 1.11 la protezione umanitaria. 1.12 l'art. 15 della l.n.173/2020: il regime transitorio.

QUESTIONI

- *Premessa*
Qual è il collegamento del principio di non respingimento con gli artt. 47 e 52 della Carta di Nizza?
(dalla natura dichiarativa del diritto di protezione alla valutazione della domanda)
Qual è la relazione tra divieto di respingimento e protezione umanitaria?
- *1.1*
Chi è il soggetto che non può essere respinto?
Che cosa significa che un soggetto non può essere respinto?
Qual è, allora, il significato del II comma dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra?
Secondo il CEAS, il divieto di respingimento può essere derogato in presenza di interessi primari dello Stato (ad esempio sicurezza-ordine pubblico)?
- *1.2*
Qual è la norma fondamentale nel nostro ordinamento che disciplina il divieto di respingimento?
Qual è il suo rapporto con le fonti sovranazionali?
- *1.3*
Quali sono state le norme di attuazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 10 Cost?
- *1.4*
Qual era la struttura dell'art. 19 TUI prima della l.173/2020?
- *1.5*
Dopo il recepimento del CEAS nell'ordinamento nazionale, che cosa significa "in nessun caso"?
In quali ipotesi opera autonomamente il divieto assoluto di respingimento dell'art. 19 comma 1 TUI?
- *1.6*
Quali sono le differenze tra il primo e il secondo comma dell'art. 19 TUI?
È sempre bilanciabile il diritto alla salute?

¹ Consigliere presso la Corte d'Appello di Bari.

È rilevante la sofferenza personale?

Vi può essere una connessione tra vita privata e familiare e diritto alla salute?

- 1.7

Come ha inciso il d.l. n.130/2020 sull'art.19 TUI?

- 1.8

Nel comma 1.1. dell'art. 19 TUI sono disciplinate fattispecie diverse?

Quali sono le loro differenze?

- 1.9

Che cosa significa vita privata e come deve essere valutata nel bilanciamento?

Qual è l'ipotesi di un bilanciamento del diritto alla vita privata e familiare con le ragioni di protezione della salute pubblica?

Qual è l'autorità amministrativa competente a operare il bilanciamento?

- 1.10

C'è una relazione tra il divieto di respingimento e la protezione umanitaria?

Le categorie vulnerabili del terzo comma sono effettivamente espellibili?

Cosa significa "vulnerabilità"?

È condizione da collegarsi con il paese di origine?

- 1.11

La nuova formulazione dell'art. 5 comma 6 implica un ritorno al passato?

- 1.12

Come opera la norma transitoria prevista all'art. 15 della l.n.173/2020 sulla protezione complementare?

Premessa: il divieto di respingimento, il principio di proporzionalità e il diritto a un rimedio effettivo

Questo capitolo si propone di individuare, allo scopo di scongiurarle, le più ricorrenti ipotesi di rischio di violazione del divieto di respingimento e di offrire alcune riflessioni sui rapporti tra il divieto e la protezione umanitaria, in riferimento alle modifiche subite dalla originaria clausola aperta del comma 6 dell'art. 5 TUI con la riforma del cosiddetto "decreto sicurezza" prima e, poi, con le modifiche di cui alla legge 18 dicembre 2020, n. 173, di conversione del decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130.

È utile puntualizzare, in partenza, che nel diritto comunitario - che qui rileva - la nozione di soggetto protetto in modo assoluto dal respingimento è confluita con una profonda trasformazione dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 fino ad oggi.

In tal senso, nella riflessione che segue, necessariamente il termine "rifugiato" richiama e accosta a sé anche il termine "soggetto meritevole di protezione sussidiaria".

- “Una persona non diventa un rifugiato perché è stata riconosciuta come tale, ma è riconosciuta come tale proprio perché è un rifugiato”².

Questo apparente gioco di parole è il postulato fondamentale di tutta la disciplina della protezione internazionale e implica, in diritto, secondo il sistema delle fonti internazionali come interpretato dalle Corti sovranazionali e nazionali che:

- la determinazione dello status di rifugiato o, più in generale, di chi sia meritevole di protezione, ha una natura dichiarativa poiché una persona deve essere protetta quando soddisfi i criteri enunciati nelle definizioni delle fonti;
- il principio di non-refoulement si applica non soltanto ai rifugiati e, più in generale, ai soggetti meritevoli di protezione riconosciuti come tali, ma anche a coloro il cui status non è stato formalmente dichiarato.

Una precisazione terminologica è importante: il sintagma “divieto di respingimento” comprende in sé non soltanto il divieto di rifiutare l’ingresso alla frontiera di chi chieda accoglienza e non sia ancora entrato, ma anche il divieto di allontanare il soggetto già presente sul territorio nazionale.

Qual è il collegamento del principio di non respingimento con l’art. 52 della Carta di Nizza?

È necessario, per una adeguata comprensione del principio di non respingimento, ricordare che, secondo il primo e il terzo comma dell’art. 52 della Carta di Nizza:

1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

Secondo le “spiegazioni”³ di questo articolo, “il paragrafo 1 tratta del sistema delle limitazioni. La formula usata si ispira alla giurisprudenza della Corte di giustizia: “... secondo una giurisprudenza costante, restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni

²v. Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967 in

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513d1214>

³

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.progressivo=0&art.idArticolo=52&art.versione=1&art.codiceRedazionale=005G0070&art.dataPubblicazioneGazzetta=2005-04-21&art.idGruppo=179&art.idSottoArticolo1=10&art.idSottoArticolo=1&art.flagTipoArticolo=49

rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti" (sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97 punto 45 della motivazione).”.

Quindi, relativamente al successivo paragrafo 3, nelle “spiegazioni” è precisato che questa norma “intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”⁴.

Di seguito, sono enucleati i diritti che possono essere considerati corrispondenti a quelli della CEDU ai sensi del paragrafo 3: tra questi, sono proprio riportati, per quel che qui rileva, l'articolo 4 che corrisponde all'articolo 3 della CEDU e l'art. 19 nei suoi due paragrafi, il primo che corrisponde all'articolo 4 del protocollo n. 4 e il secondo che corrisponde all'articolo 3 della CEDU nell'interpretazione datagli dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

È poi riportato un elenco degli articoli della Carta che “hanno significato identico agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma la cui portata è più ampia: tra questi, ancora una volta al fine di una più compiuta trattazione, qui rileva l'articolo 47, paragrafi 2 e 3 che corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU; tuttavia, “la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione”⁵.

Qual è il collegamento del principio di non respingimento con l'art. 47?

Queste brevi considerazioni sull'art.52 ci consentono già di ulteriormente rimarcare che il sintagma “divieto di respingimento” individua un divieto che contiene in sé un nucleo “assoluto” (“in nessun caso” del primo comma dell'art.33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati di seguito analizzato), non comparabile con alcun interesse dello Stato:

- per il paragrafo 1 dell'art. 19 della Carta di Nizza, questo nucleo assoluto si sostanzia nel diritto di ciascun soggetto che arrivi in uno Stato membro ad un esame individuale della domanda di protezione, secondo i principi del rimedio effettivo di cui all'art. 47 della Carta;

⁴ ibidem

⁵ ibidem

- per il paragrafo 2 dello stesso art. 19, questo nucleo assoluto coincide con il “rischio serio”, per il richiedente, “di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

Il diritto al rimedio effettivo come garantito dall'[art. 47 della Carta di Nizza](#) assicura dunque ai richiedenti asilo e protezione, prima del respingimento (in ogni sua forma), il correlato diritto a rimanere sul territorio dello Stato in pendenza dell'esame della domanda di protezione e **fonda il divieto di respingimenti collettivi, di ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale o “rendition” e non ammissione alla frontiera.**

Il diritto al rimedio effettivo assicura altresì che la domanda del richiedente protezione, prima del respingimento, **sia esaminata in almeno un grado** da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, con la garanzia della difesa legale a carico dello Stato, se necessario.

Nell'analisi che segue, le ipotesi che costituiscono il “nucleo assoluto” nel sistema CEAS sono individuate come ipotesi di divieto “assoluto”, mentre sono indicate come ipotesi di divieto “relativo” le “eccezioni”, cioè le ipotesi in cui lo Stato può operare un bilanciamento nei limiti normativamente determinati.

Qual è la relazione tra divieto di respingimento e protezione umanitaria?

- La disciplina internazionale e comunitaria NON si occupa di protezione umanitaria.

Inevitabilmente, però, la disciplina della protezione umanitaria interna allo Stato è connessa al divieto di respingimento se e quando rilevino obblighi di accoglienza per lo Stato derivanti dalla Costituzione o da altri trattati e dagli obblighi delle Convenzioni a cui l'Italia ha aderito.

1.1 Le fonti sovranazionali del principio di non respingimento

La ricostruzione del sistema delle fonti internazionali consente di “attualizzare” la nozione e la portata del principio di non respingimento oltre l'ambito della protezione dalla persecuzione come delineato dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

Quali sono le fonti sovranazionali del principio di non respingimento?

1.1.1. 1.1.1. L'art.33 della Convenzione di Ginevra: il primo comma

La [Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951](#), entrata in vigore il 22 aprile 1954 ed estesa oltre il limite del “tempo” anteriore al 1951 dal Protocollo di New York del 1967⁶ ha sancito all'art. 33 primo comma il divieto di respingimento di ogni persona che soddisfi i criteri enunciati nella definizione di rifugiato contenuta nel precedente art. 1A (i cosiddetti criteri di “inclusione”).

⁶ <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19670017/200205060000/0.142.301.pdf> New York, 31 gennaio 1967. Entrata in vigore internazionale: 4 ottobre 1967. Stati Parti al 2020: 147.

Per la prima volta nella Convenzione le definizioni del termine “rifugiato” e del correlato divieto di respingimento acquistarono, in quanto condivise tra gli Stati firmatari, una incontestabile portata universale incentrata sulla “persecuzione individuale” subita o temuta e non più limitata alla “appartenenza ad una determinata categoria di persone” (in genere, gruppi etnici o nazionali), come negli strumenti internazionali elaborati tra le due guerre mondiali e nell’immediato secondo dopoguerra.

In seguito e altrove, **queste definizioni risultarono comunque non esaustive** quando, anche in un contesto diverso da quello europeo, furono estese oltre i motivi di persecuzione per “razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale, opinioni politiche” e inclusero le situazioni di “aggressione esterna, occupazione, dominio straniero, gravi turbamenti dell’ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza” ([Convenzione del 1969 dell’Organizzazione dell’Unità Africana](#) che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, art. 1 Comma II) oppure, il pericolo di “violazione massiccia dei diritti dell’uomo” ([Dichiarazione di Cartagena del 1984 sui rifugiati in America Latina](#), concl. III punto 3).

Questa precisazione è necessaria perché introduce alla progressiva espansione del divieto di respingimento, quanto a portata e ad attuazione, nel sistema europeo di asilo⁷ di cui pure la “pietra miliare” è la Convenzione di Ginevra.

Non può trascurarsi che il 4 novembre del 1950, in Europa, a Roma, il Consiglio aveva già firmato la [Convenzione per tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali](#) in cui esplicitamente erano e sono enucleati, quali diritti inderogabili anche “*in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*” (art.15 II comma), il diritto alla *vita* (art.2), il diritto a non essere sottoposti “*a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*” (art.3), il diritto a non essere tenuto *in condizioni di schiavitù o di servitù* (art. 4 § 1), i diritti conseguenti al principio “*nulla poena sine lege*” (art.7).

Deve ricordarsi, altresì, che tutti i quarantasette paesi che formano il Consiglio d'Europa hanno ratificato la convenzione e che tra loro ventotto sono membri dell'Unione europea (UE).

Carta di Nizza e Convenzione europea dei diritti dell’Uomo sono, poi, strettamente intrecciate e correlate da un sistema di fonti che non può essere ignorato.

1.1.2 Il sistema delle fonti europee del principio di non respingimento: l’art. 19 della Carta di Nizza, l’art.78 TFUE, le direttive “Qualifiche” e “Procedure”.

Art. 19

Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione

1. Le espulsioni collettive sono vietate.

⁷ Per una sintetica storia del Sistema europeo d’asilo, con indicazione delle principali fonti, v. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/151/politica-di-asilo>

2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

La ricostruzione esposta al paragrafo che precede già consente di affermare che la nozione del divieto di respingimento è confluita **nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** certamente arricchita rispetto alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati, seppure nella Convenzione trova la sua origine.

È particolarmente importante, però, considerare qui che:

- nella prima Dichiarazione relativa alla Carta di Nizza ([n.1 sub a\) Dichiarazioni relative a disposizioni dei trattati](#)), è esplicitamente previsto che “*La Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.*” ;
- nelle [Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali \(2007/C 303/02\)](#)⁸, è chiarito che il paragrafo 2 dell'art. 19 “*incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 3 della CEDU (cfr. sentenza del 17 dicembre 1996, Ahmed/Austria, Racc. 1996-VI, pag. 2206, e sentenza del 7 luglio 1989, Soering)*”, con ciò rapportando il divieto di respingimento alla violazione di tale norma e, cioè, al *rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti*.⁹;
- [i par. 2 e 3 dell'art. 6 TUE](#) sanciscono che “*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*” e che “*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.*”;
- [l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta](#), infine, conferma che i diritti contemplati dalla Carta sono uguali, per significato e portata, a quelli garantiti dalla CEDU quando sono a questi corrispondenti, anche se può essere concessa loro una tutela più estesa.¹⁰ Ciò significa che la giurisprudenza della Corte EDU è rilevante ai fini dell'interpretazione dei diritti della Carta, laddove tali diritti siano corrispondenti.

Queste brevi considerazioni consentono di comprendere il significato dell'**art. 78 TFUE** laddove è esplicitamente previsto che l'Unione debba sviluppare una politica comune in materia di “*asilo*,

⁸ Le “Spiegazioni” sono state elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono ora state aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest'ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione; benché non abbiano di per sé status di legge, sono prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta.

⁹ Per completezza, l'art. F del Trattato di Maastricht del 1992 già recitava al par. 2: “*L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.*”.

¹⁰ [Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, GU 2007 C-303/17](#)

di protezione sussidiaria e di protezione temporanea” volta a “*garantire il rispetto del principio di non respingimento*” e, al par. 2, che sono considerati allo stesso modo rilevanti alla lett. a) lo “*status uniforme in materia di asilo*” e, alla lettera b), lo status “*uniforme in materia di protezione sussidiaria*”.

Chi è, allora, il soggetto che non può essere respinto?

Si può affermare che in base al diritto dell’Unione **il principio di non respingimento** opera **non soltanto** in favore dei **soggetti “rifugiati”** secondo la Convenzione di Ginevra **ma anche nei confronti dei soggetti a rischio serio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti**.

La puntualizzazione è importante - per quel che diremo - e deve orientare anche la lettura del considerando n.3 della direttiva cosiddetta “Qualifiche” ([Dir. 2011/95/UE](#)) e della direttiva cosiddetta “Procedure” ([Dir. 2013/32/UE](#)), secondo cui l’istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo non può prescindere dall’affermazione del principio di non refoulement¹¹.

▪ Come vedremo, la riforma operata [con la legge 18 dicembre 2020 n. 173](#) ha inteso rendere esplicita questa interpretazione già consolidata, prevedendo un’aggiunta al comma 1.1. dell’art.19 [Testo unico dell’immigrazione](#) (decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, G.U. 18/08/1998 n. 191) (v. § 1.7).

Che cosa significa che un soggetto non può essere respinto?

Così ricostruito il sistema delle fonti, può senz’altro affermarsi che **il divieto di respingimento nelle ipotesi dell’art. 19 II comma della Carta di Nizza è sancito come assoluto**: nel testo italiano “Nessuno”, nel testo inglese “No one”, nel testo francese “Nul”.

Il paragrafo 1 dell’articolo 19 della Carta ha significato e portata identici a quelli dell’articolo 4 del protocollo n. 4 della CEDU che vieta le espulsioni collettive ed è stato introdotto proprio allo scopo di garantire che **ogni** provvedimento espulsivo venga adottato all’esito di una valutazione individuale e specifica e che non si possa decidere con un’unica misura l’espulsione di tutte le persone aventi la nazionalità di un determinato Stato (cfr. anche articolo 13 del Patto relativo ai diritti civili e politici).

Si rammenta che, per l’art.6 del Trattato sull’Unione europea, la Carta di Nizza ha “*lo stesso valore giuridico dei trattati*”.

1.1.3 Lo status e i diritti di un soggetto non espellibile.

Il principio di non-refoulement non implica, come tale, il diritto di un individuo di ottenere l’asilo in un determinato Stato.

¹¹ “Il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha convenuto di lavorare all’istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sull’applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967 («convenzione di Ginevra»), affermando in questo modo il principio di «non refoulement» (non respingimento) e garantendo che nessuno sia nuovamente esposto alla persecuzione”.

Questo principio, però, **implica certamente** che gli Stati che *non siano obbligati a* garantire asilo a persone che cercano protezione internazionale sul loro territorio comunque *debbono* garantire che queste persone non siano trasferite, direttamente o indirettamente, in un luogo nel quale la loro vita o libertà sarebbe in pericolo a causa della loro razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale od opinioni politiche o in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

In tal senso, già il divieto del comma primo dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati era ed è assoluto; questa interpretazione è necessitata dalla espressione letterale utilizzata nell'articolo per escludere il respingimento: “in nessun modo”¹².

Il divieto di respingimento opera quindi non soltanto verso il paese d'origine o, nel caso di una persona apolide, verso il paese di precedente residenza abituale, ma anche verso qualsiasi altro luogo in cui una persona abbia motivo di temere minacce per la propria vita o libertà, in riferimento a una o più delle fattispecie elencate nella Convenzione di Ginevra sui rifugiati o dal quale rischi di essere inviata verso un simile pericolo.

L'art. 33 – come gli artt. 1 (definizione del termine “rifugiato”), 3 (non discriminazione), 4 (religione), 16 (libero accesso ai tribunali) – è una delle disposizioni fondamentali della Convenzione escluse dalla “riserva”; l'obbligo sancito è, pertanto, vincolante per tutti gli organi di uno Stato parte, così come per ogni altra persona o ente che agisce per conto di tale Stato.

Il divieto di *refoulement* non è soggetto a restrizioni territoriali; si applica ovunque lo Stato di approdo eserciti la sua giurisdizione.

Così delineato, il divieto di *refoulement* non consente eccezioni.

Qual è, allora, il significato del II comma [dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati](#)?

1.1.4 Il secondo comma dell'art.33 prevede che il beneficio del divieto di *refoulement* non possa essere invocato da un rifugiato “*per il quale vi siano gravi motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova, oppure da un rifugiato il quale, essendo stato oggetto di una condanna già passata in giudicato per un crimine o un delitto particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la comunità di detto Stato*”.

La formulazione di questo comma non può trarre in errore sull'assolutezza del principio di non *refoulement* come sancito nel I comma dello stesso articolo, come ribadito nelle fonti internazionali suindicate e come disegnato in queste ultime quanto al suo ambito.

In tal senso, l'elaborazione giurisprudenziale delle Corti europee ha progressivamente costruito le dimensioni attuali del divieto di respingimento.

▪ Sul punto, l'elaborazione della [Corte EDU](#) è illuminante.

¹² nelle originali versioni, «in any manner whatsoever» in inglese e, in francese, «de quelque manière que ce soit».

Già nel caso [SOERING v. THE UNITED KINGDOM GC - 07 July 1989 - ric. 14038/88](#) (un'ipotesi di estradizione verso gli USA), la Corte EDU aveva affermato, al punto 88 che “un fuggitivo – per quanto atroce sia il presunto crimine da lui commesso” non può essere rinvio in un altro stato in cui ci sono gravi motivi per ritenere che egli possa essere minacciato da **un pericolo di tortura**”.

Quindi, nel [CASE OF CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM GC - 15 November 1996 - ric 22414/93](#), al punto 80, la Corte ha esplicitamente precisato che “il divieto previsto dall'articolo 3 contro i maltrattamenti è ugualmente assoluto nei casi di espulsione. Pertanto, ogniquale siano stati acquisiti elementi di fatto utili per ritenere che un individuo debba affrontare un rischio reale di essere sottoposto a un trattamento contrario all'articolo 3 se trasferito in un altro Stato, ...le attività dell'individuo in questione, per quanto riprovevoli o pericolose, non possono avere alcuna incidenza. **La protezione offerta dall'articolo 3 è quindi più ampia di quella prevista dagli articoli 32 e 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 sullo status dei rifugiati.**”

Il principio è ribadito con inequivocabile fermezza nel [CASO SAADI c. ITALIA – GC -28 febbraio 2008 ric 37201/06](#), ai punti 127, 137 e 138: “**l'articolo 3**, che proibisce in termini assoluti la tortura o le pene o trattamenti inumani e degradanti, **sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Non prevede limitazioni**, e in ciò differisce dalla maggioranza degli articoli della Convenzione e dei Protocolli n. 1 e 4 e **non subisce alcuna deroga** così come prevista dall'articolo 15, anche in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”; “**non si può mettere sul piatto della bilancia il rischio di maltrattamenti e i motivi invocati per l'espulsione,**” pur considerando le “considerevoli difficoltà per proteggere la propria popolazione dalla violenza terroristica”, perché “il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti assoluto, **quali che siano i comportamenti delle persone coinvolte, il tipo di reato di cui è ritenuto responsabile il ricorrente è influente ai fini della valutazione di cui all'articolo 3.**”

Secondo il CEAS, il divieto di respingimento può essere derogato in presenza di interessi primari dello Stato (ad esempio sicurezza-ordine pubblico)?

▪ Ricostruita la giurisprudenza della Corte EDU è necessario considerare l'evoluzione a riguardo della giurisprudenza della **CGUE**.

Adita per la ricostruzione dogmatica del diniego e della revoca della protezione nelle previsioni dell'art. [14 della direttiva “qualifiche”](#) (v. § 1.4.1) la **Corte di giustizia ha esplicitamente affermato il carattere assoluto del divieto di respingimento nel rispetto dell'art. 19 della Carta di Nizza** ed ha quindi chiarito il significato e l'operatività dell'[art. 21 della Direttiva “qualifiche”](#) e, in correlazione, del secondo comma dell'art.33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

Nella recente decisione della [Grande Chambre 14 maggio 2019, nelle cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, M contro Ministerstvo vnitra \(C-391/16\) e X \(C-77/17\), X \(C-78/17\) contro Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides](#), infatti, la Corte ha dapprima rilevato, al punto

93 che “le ipotesi, previste nell’articolo 14, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2011/95, nelle quali gli Stati membri possono procedere alla revoca o al rifiuto del riconoscimento dello status di rifugiato corrispondono a quelle nelle quali gli Stati membri possono procedere al respingimento di un rifugiato, in forza dell’articolo 21, paragrafo 2, di detta direttiva e dell’articolo 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra.”

Ai successivi punti da 94 a 99, tuttavia, la Corte ha precisato e statuito che “in primo luogo, mentre l’articolo 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra priva, in ipotesi del genere, il rifugiato del beneficio del principio del non respingimento verso un paese in cui la sua vita o la sua libertà sia minacciata, **l’articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 dev’essere interpretato e applicato**, come conferma il considerando 16 di quest’ultima, **in osservanza dei diritti garantiti dalla Carta, segnatamente dall’articolo 4 e dall’articolo 19, paragrafo 2, di quest’ultima, che vietano in termini perentori la tortura nonché le pene e i trattamenti inumani o degradanti, a prescindere dal comportamento dell’interessato, così come l’allontanamento verso uno Stato in cui esista un rischio serio di essere sottoposto a trattamenti del genere**. Pertanto, per l’articolo 14, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2011/95, **gli Stati membri possono** nelle ipotesi disciplinate, **revocare lo «status di rifugiato»**, ai sensi dell’articolo 2, lettera e), di detta direttiva o negare il riconoscimento di tale status, **ma non respingerlo** e ciò perché **il diritto dell’Unione assicura una protezione internazionale dei rifugiati interessati più ampia di quella garantita da detta convenzione**.”

Invero, sin dalla sentenza della Grande Chambre del 9 novembre 2010, [Bundesrepublik Deutschland c/ B \(causa C-57/09\)](#), e [D \(causa C-101/09\)](#), la Corte, invocata dal Bundesverwaltungsgericht (la Corte federale tedesca) per l’interpretazione dell’art. 12 direttiva “qualifiche”, aveva precisato, al punto 101, che “nell’economia della direttiva, il pericolo attuale che un rifugiato può eventualmente rappresentare per lo Stato membro di cui trattasi è preso in considerazione non nell’ambito dell’art. 12, n. 2, bensì in quello, da un lato, dell’art. 14, n. 4, lett. a), in base al quale uno Stato membro può revocare lo status riconosciuto ad un rifugiato in particolare quando vi sono fondati motivi per ritenerlo una minaccia per la sicurezza e, dall’altro, in quello dell’art. 21, n. 2, il quale prevede che uno Stato membro di accoglienza possa, come autorizzato anche dall’art. 33, n. 2, della Convenzione di Ginevra, respingere un rifugiato quando vi siano fondati motivi per considerare che egli costituisca una minaccia per la sicurezza o la comunità di tale Stato membro”.

Al successivo punto 110, tuttavia, **la Corte aveva comunque già puntualizzato** che “*l’esclusione di una persona dallo status di rifugiato ai sensi dell’art. 12, n. 2, della direttiva non comporta una presa di posizione relativamente alla distinta questione se detta persona possa essere espulsa verso il suo paese d’origine*”.

▪ Infine, **nella giurisprudenza italiana di legittimità** è stata soprattutto **la Corte penale** a delineare e portata e confini del divieto di respingimento, seppure decidendo in una fattispecie di estradizione, cioè in un’ipotesi in cui si controverte del trasferimento forzoso (in linea di principio obbligatorio), da parte di uno Stato ad altro Stato, di un individuo perché sia sottoposto a procedimento penale o all’esecuzione di una pena già inflittagli.

Con [sentenza n. 20514 del 28/04/2010, la sez. VI della Cassazione penale](#) ha esplicitamente affermato che “allorché la Corte europea ha stabilito che l'esecuzione di provvedimenti di espulsione o comunque di trasferimento forzoso verso un determinato Paese (nella specie, la Tunisia) integri la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, in considerazione del rischio di attuazione di pene o trattamenti inumani o degradanti, è compito di ogni organo giurisdizionale nazionale, competente a deliberare decisioni che comportano trasferimenti di persone verso quel Paese, individuare ed adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un'appropriata misura di sicurezza, diversa dall'espulsione, e ciò fino a quando non sopravvengano fatti innovativi idonei a mutare la suddetta situazione di allarme”.

La possibilità di respingimento, in ipotesi di rischio ex 3 CEDU, è stata quindi esclusa in più successive pronunce in cui è stato ribadito l'obbligo del giudice nazionale di trovare misure di sicurezza alternative all'espulsione (così [Cass. penale sez. I n. 49242 del 26.10.2017](#) che ha puntualizzato la portata e l'applicazione dell'art. 20 d.lgs. 251/07 in riferimento all'art. 19 della Carta di Nizza – v. § 1.5.1)

▪ **Da queste premesse deve ritenersi che, attualmente, nell'interpretazione delle Corti sovranazionali e della nostra Corte di legittimità, il principio di non respingimento assoluto è, certamente, una norma di chiusura dell'ordinamento dotata di un nucleo incompressibile che resiste anche a interessi statali primari (sicurezza-ordine pubblico).**

1.2 l'art. 10 della Costituzione.

Qual è la norma fondamentale nel nostro ordinamento che disciplina il divieto di respingimento?

Qual è il suo rapporto con le fonti sovranazionali?

I Costituenti intendevano “segnare precise discontinuità nei confronti del passato, recente e meno recente, per preparare un futuro diverso e migliore”¹³. Eppure, non è nei lavori della Commissione dei 75 prima e dell'Assemblea poi che può essere rinvenuto il “nucleo incompressibile” del divieto di respingimento come fin qui delineato nell'interpretazione dei trattati elaborata dalle Corti sovranazionali.

Giorgio La Pira e Lelio Basso proposero, formulando il terzo comma dell'articolo, il “diritto di asilo” per “lo straniero cui vengono negati nel proprio paese i diritti e le libertà sancite dalla presente costituzione” (ACI prima sottocommissione - 2 ottobre 46 pag. 176) e, al primo comma, era stato già previsto che l'ordinamento sarebbe stato “conforme alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”.

Nel dibattito dell'assemblea plenaria, tuttavia, pur nel favore condiviso ad una nozione di asilo più ampia possibile, ci si interrogò su una questione di fondo: se e fino a che punto la democrazia potesse difendersi dai suoi nemici, garantendo il diritto di asilo?

¹³ P. COSTA, *Art.10*, Carocci ed. – collana *Sfere extra*, 2018 febbraio, pag. 117.

Umberto Terracini, esponente comunista e presidente dell'assemblea, si era domandato se l'impegno significasse dover accogliere in Italia anche chi avesse combattuto in altri paesi contro la libertà e contro la democrazia (ACI - Commissione per la costituzione 24 gennaio 47 – pag. 169 70)¹⁴. Il dubbio venne spiegato con il timore di dover accogliere, in ipotesi di caduta della dittatura franchista, migliaia di individui compromessi con un regime radicalmente incompatibile con i principi della Repubblica Italiana.

Giovanni Uberti, democratico cristiano, e Giuseppe Grassi dell'Unione democratica nazionale d'ispirazione liberale, rappresentarono la difficoltà di stabilire caso per caso se il regime nel paese di origine fosse liberale o autoritario e fu quindi recuperato e sancito - come suggerito da La Pira - il nesso fra asilo e “valore sacro degli uomini”.

Ne derivò l'approvazione della formulazione ampia del nostro attuale articolo 10 e la concessione dell'asilo a tutti gli uomini di qualsiasi credo politico perseguitati nel loro paese e l'emendamento aggiuntivo del quarto comma, su proposta di Tomaso Perassi, repubblicano, per cui non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici¹⁵.

Fino al 2001, cioè fino alla “quasi inconsapevole” riforma del I comma dell'art. 117 Cost., l'unica apertura della Carta costituzionale a fonti esterne idonee a vincolare il legislatore era negli artt. 10 e 11: il richiamo ai trattati internazionali, contenuto nell'articolo 10, commi 1 e 2 e il consenso alle limitazioni di sovranità “necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”, sancito dal successivo art. 11.

Oggi, dopo la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali di Roma e la Carta di Nizza, la nuova formulazione del I comma dell'art. 117 Cost. conduce a leggere il presupposto dell'impedimento, nel paese di origine, dell’“effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”, come enucleato nell'art.10, quale base di una protezione complementare più ampia delle due protezioni maggiori del CEAS.

In tal senso, il diritto di asilo nella previsione costituzionale e il correlato divieto di respingimento prescindono dal requisito del pericolo di una persecuzione individuale, dal rischio di essere giustiziati o sottoposti a trattamenti inumani e degradanti e dal pericolo derivante da violenza generalizzata e diffusa per garantire protezione a ogni diritto umano qualificabile come “fondamentale”.

1.3 L'attuazione dell'art. 10 della Costituzione.

Quali sono state le norme di attuazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 10 Cost?

¹⁴ la coeva costituzione francese, richiamata da Terracini, poneva un limite dichiarando di concedere il diritto di asilo a chi nel suo paese fosse perseguitato a causa della sua azione a favore della libertà.

¹⁵ Perassi ricordò che questo divieto, già solennemente affermato nel codice penale Zanardelli del 1889 di chiara ispirazione liberale, non era stato recepito dalla legislazione fascista e doveva esplicitamente essere riproposto; la proposta fu accolta senza opposizioni, così come era stata recepita la disposizione relativa alla condizione giuridica dello straniero.

L'attuazione dei principi costituzionali in materia di diritto d'asilo è stata lenta e faticosa, sia perché sino agli anni sessanta in Italia il fenomeno migratorio in entrata aveva numeri irrilevanti, un po' per la "forza d'inerzia della tradizione, la vischiosità degli apparati, la vicinanza al passato regime di non pochi esponenti delle classi dirigenti"¹⁶.

Fino agli anni 80-90, le norme di riferimento erano ancora soltanto quelle del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, rimasto con impianto immutato, nonostante qualche parziale modifica.

Negli anni 70, tuttavia, l'immigrazione in massa dei lavoratori extracomunitari rese necessaria la loro regolarizzazione: fu, perciò, previsto un primo intervento normativo con l'articolo 16 della legge 943 del 1986 sulla regolarizzazione del lavoro.

Soltanto nel 1989 e, poi, nel 1990, fu promulgata la legge c.d. Martelli¹⁷ che mostra una prima consapevolezza della portata del fenomeno migratorio e della necessità di trovare una disciplina:

- [l'articolo 1 comma 1](#) cominciò con eliminare la riserva geografica della convenzione di Ginevra 51 ratificata in Italia nel 54, prevedendo che fossero rilevanti, ai fini della concessione dello status di rifugiato, anche le persecuzioni avvenute non nel continente europeo;
- [l'articolo 7 comma 6](#), nel disciplinare l'espulsione dello straniero, prevede che lo Stato non vi procedesse quando, a "richiesta e per giustificati motivi", l'autorità di pubblica sicurezza ritenesse di accordare allo straniero una diversa destinazione, *"qualora potessero essere in pericolo la sua vita o la sua libertà personale per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali"*.

Era la prima, esplicita affermazione, nel nostro ordinamento, del divieto di respingimento.

Ulteriore passaggio storico fu la [legge 30 settembre 1993 n. 388¹⁸: con l'art.14](#) fu aggiunto, all'art. [4 della legge c.d. Martelli¹⁹](#), in ipotesi di rifiuto o revoca del permesso di soggiorno con conseguente "immediato accompagnamento alla frontiera"²⁰, il comma 12-*bis* e fu così esplicitamente affermata la necessità di comparare le ragioni di rifiuto o revoca con i "seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello stato italiano".

L'aggiunta sarà testualmente riprodotta nella cosiddetta clausola aperta del comma 6 dell'articolo 5 del successivo [Testo unico dell'immigrazione](#) (decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, G.U. 18/08/1998 n. 191) che abrogò la legge Martelli, ridisegnando la disciplina (il TUI è rimasto praticamente immutato nel suo impianto fondamentale, pur dopo l'attuazione delle direttive, fino al [decreto legge 4 ottobre 2018 n.113](#)).

¹⁶ Così P. COSTA, op. cit., pag.74.

¹⁷ Decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416 (in Gazz. Uff., 30 dicembre, n. 303), convertito, con modificazioni, con legge 28 febbraio 1990, n. 39 (in Gazz. Uff., 28 febbraio 1990, n. 49). - Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato.

¹⁸ In ratifica ed esecuzione dei cosiddetti accordi di Shengen.

¹⁹ legge 28 febbraio 1990, n. 39

²⁰ "dopo l'esaurimento delle istanze giudiziarie eventualmente esperite contro il provvedimento stesso" – art. 4 comma 12 ter.

Nel marzo 1998, la legge Martelli conflui nella [legge 6 marzo 1998, n. 40](#) (c.d. Turco – Napolitano): l'art. 17 fu scritto quando ancora non vi erano neppure stati gli accordi di Tampere (ottobre 99), né erano state adottate le direttive.

La rubrica era esplicita: “divieto di espulsione e respingimento”. Il testo, approvato nella identica formulazione della prima bozza, consisteva in due commi: al primo comma il divieto assoluto in ipotesi di persecuzione, al secondo comma l'individuazione di quattro categorie non espellibili – a prescindere dal pericolo di persecuzione – se non per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, stabiliti dal ministro dell'Interno ai sensi del primo comma del precedente articolo 11.

Nel Testo unico che seguì nel successivo luglio, l'art. 17 divenne **l'art. 19**, con la stessa rubrica e lo stesso impianto.

Dopo l'attuazione delle direttive e il susseguirsi di riforme in materia di protezione internazionale e di asilo, quel testo era rimasto ancora immutato nei due commi fondamentali con l'aggiunta soltanto di ulteriori ipotesi di salvaguardia e attuazione del principio di non respingimento; oggi, con l'ultimo intervento di modifica attuato [con la legge 18 dicembre 2020 n. 173](#), l'art. 19 TUI è profondamente mutato nella sua struttura. In ogni caso è questa la norma di attuazione dell'art. 10 Cost. fondamentale del nostro ordinamento.

1.4 L'art.19 TUI: la sua struttura prima della l.n.173 del 2020.

Qual era la struttura dell'art. 19 TUI prima della l.n.173/2020?

Sino all'entrata in vigore del [decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130](#) come convertito dalla l. n. 173 del 2020, l'art.19 TUI²¹ aveva mantenuto una sua struttura ordinata che, nonostante alcune incertezze interpretative, ne consentiva comunque una applicazione agevole:

- **il comma 1** prevedeva, in attuazione della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, il divieto di respingimento e di espulsione cosiddetto assoluto (“in nessun caso”) dello straniero che potesse “essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali”, ovvero potesse rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non fosse protetto dalla persecuzione;
- **il comma 1.1** – aggiunto nel luglio 2017 dalla l. 14 luglio 2017, n. 110 (“Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano”) – affermava di seguito la stessa assolutezza del divieto di respingimento, espulsione e, altresì, di estradizione nelle ipotesi di rischio di sottoposizione a tortura; aggiungeva quindi che “nella valutazione di tali motivi” dovesse tenersi “conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani;
- **il comma 1.1. bis** - aggiunto nell'aprile 2017 dalla legge 7 aprile 2017, n. 47 (“Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.”) – sanciva

²¹ seppure modificato nel 2000 dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 37, nel 2009 dall'articolo 1, comma 22, lettera p) della l. n. 94, nel 2011 dall'articolo 3, comma 1, lettera g), numero 1) del d.l. 23 giugno 2011, n. 89 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 129/2011, nel 2017 dall'articolo 3, comma 1, lettera a), della l. 7 aprile 2017 n. 47 e, poi, dall'articolo 1, comma 1, lettera g), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito dalla l.132/2018.

esplicitamente la stessa assolutezza di divieto di respingimento, alla frontiera, dei minori stranieri non accompagnati;

- **il comma 2** prevedeva il cosiddetto divieto “relativo” di respingimento e, cioè, 5 ipotesi (la quarta aggiunta dal [decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113](#), convertito dalla [legge 1 dicembre 2018 n. 132](#)) di stranieri non espellibili – a prescindere dalla sussistenza o non di fattori di inclusione di protezione internazionale – a meno che non ricorressero i “casi previsti dall'articolo 13, comma 1” dello stesso TUI e, cioè, i “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato”, per disposizione del solo Ministro dell'interno, salva la disposizione del prefetto nelle ipotesi gravi di cui al secondo comma dello stesso art.13; in queste ipotesi, in altri termini, il divieto di respingimento e di espulsione per l'appartenenza ad una delle 5 categorie individuate era (ed è) bilanciato con esigenze di protezione dello Stato e della sua comunità;
- **infine, il comma 2 bis** - aggiunto nel 2011 dal decreto legge 23 giugno 2011, n. 89 convertito, con modificazioni, con legge 2 agosto 2011, n. 129, con conseguente modifica della rubrica²² - prevedeva che “il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali” fossero “effettuati con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate”.

Nei due paragrafi che seguono saranno esaminate le ipotesi di divieto assoluto e di divieto relativo di respingimento; il respingimento con modalità compatibili sarà trattato, invece, di seguito all'analisi del testo riformato dell'art. 19 TUI.

1.5 Il divieto di respingimento assoluto: “In nessun caso”

Dopo il recepimento del CEAS nell'ordinamento nazionale, che cosa significa “in nessun caso”?

In quali ipotesi opera autonomamente il divieto assoluto di respingimento dell'art. 19 comma 1 TUI?

Il divieto del primo comma è attuazione della Convenzione di Ginevra sui Rifugiati come interamente recepita nel CEAS.

Il rischio di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, religione, opinioni politiche o appartenenza a gruppi sociali e il rischio di tortura e di violazioni sistematiche gravi dei diritti umani costituiscono infatti i fattori di inclusione delle due protezioni maggiori come

²² con l'aggiunta, a “Divieti di espulsione e di respingimento” della locuzione “Disposizioni in materia di categorie vulnerabili”.

individuati dalla Direttiva Qualifiche e dal [decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251](#) che l'ha recepita nel nostro ordinamento: lo status di rifugiato²³ e la protezione sussidiaria²⁴.

I rischi enucleati dal 19 TUI comma 1 e comma 1.1. prima parte, allora, sono già fattori di inclusione delle protezioni maggiori: ma, se una persona ha la protezione maggiore, “in nessun caso” può essere espulsa perché con la protezione maggiore diviene regolare sul territorio dello Stato.

Evidentemente, allora, oggi che nel nostro ordinamento sono previste e regolamentate le due protezioni maggiori, questa norma che vieta espulsione e respingimento in modo assoluto (“in nessun caso”), deve avere un suo nucleo autonomo di applicabilità.

Ebbene, questo nucleo autonomo ricorre nelle seguenti ipotesi applicative:

- **nell'accesso alla domanda di protezione** (respingimenti collettivi, ogni forma di trasferimento forzato, deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale o “rendition” e non ammissione alla frontiera);
- **nel meccanismo di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione;**
- **nell'effetto sospensivo dell'impugnazione;**
- **nell'esclusione, nel diniego e nella revoca delle protezioni maggiori.**

Delle ipotesi applicative dell'art. 19 commi 1 e 1.1. sarà di seguito esaminata l'esclusione, il diniego e la revoca delle protezioni maggiori: in tali ipotesi, infatti, è più immediatamente evidente la suindicata funzione di “chiusura” del principio di non refoulement.

L'analisi delle ipotesi di determinazione del paese competente all'esame della domanda e del diritto a rimanere nello Stato durante l'esame della domanda è stata compiuta nel secondo capitolo “Le procedure di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale” e nel quarto “Il rimedio effettivo nelle procedure di esame della domanda di protezione internazionale”.

1.5.1 L'esclusione, il diniego e la revoca.

- Quando si valuta la sussistenza di una causa di esclusione, di diniego o di revoca?
- È necessario un esame strutturato di una domanda di protezione?

²³ Gli articoli 7 e 8 del d.lgs. 251/07 (in recepimento degli art. 9 e 10 della D.Q.) individuano, infatti, quali ipotesi che implicano lo status di rifugiato, alla lett. a) la violazione dei diritti irrinunciabili ai sensi dell'art. 15 secondo comma della CEDU cioè il diritto alla vita (2), il diritto a non essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani e degradanti (3), il diritto a non essere ridotto in schiavitù (4 comma I), i diritti implicati dal nullum crimen sine lege (art.7) e, alla lett. b), le violazioni sistematiche di diritti umani fondamentali che si riverberano nella violazione dei diritti di cui alla lettera a) suindicati; queste violazioni devono avvenire per i motivi di persecuzione di cui all'articolo 8 e, cioè, “razza”, “religione”, “nazionalità”, “appartenenza ad un particolare gruppo sociale”, “opinione politica”, gli stessi dell'articolo 19 TUI.

²⁴ L'art. 15 d.lgs. 251/07 (in recepimento dell'art. 14 direttiva “qualifiche”) individua quale rischio di danno grave fondante la protezione sussidiaria il rischio di “condanna a morte o di essere giustiziati”, di “tortura o altra forma di pena trattamento inumano o degradante”, “la minaccia grave e individuale alla vita e alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno internazionale”.

La trattazione delle cause di esclusione, di diniego e revoca²⁵ richiederebbe uno spazio maggiore di quello consentito da un solo paragrafo, in questa sede²⁶.

²⁵La disciplina delle cause di esclusione, diniego e revoca è contenuta negli **art. 12 e 17 della DQ, gli art. 10 e 16 del d.lgs. 251/07**. I motivi di **esclusione** dalla concessione dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria sono parzialmente coincidenti nella disciplina della Direttiva qualifiche (artt. 10 e 17) e derivano dalle disposizioni dell'art. 1F della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

L'art. 17, tuttavia, al paragrafo 1, lettera b) non considera alcuni dei requisiti previsti nel precedente art. 10 per i reati gravi e introduce motivi di esclusione aggiuntivi: alla lettera d) del paragrafo I, infatti, individua quale causa di esclusione l'essere il richiedente un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato ospite.

In particolare, secondo [l'art. 12 della Direttiva 95/2011](#), «un cittadino di un Paese terzo o un apolide è escluso dallo status di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere che:

a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini;

b) abbia commesso al di fuori del Paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello status di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune;

c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite».

Nell'art. 10 del nostro d.lgs. n. 251/2007 di recepimento della Direttiva “qualifiche”, alla lettera b), è stato previsto che la valutazione della gravità di tale reato possa essere effettuata «anche tenendo conto» dei limiti della pena edittale secondo la legge italiana (non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni).

Quanto alla protezione sussidiaria, secondo [l'art. 17 della Direttiva qualifiche](#), «un cittadino di un Paese terzo o un apolide è escluso dalla qualifica di persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria ove sussistano fondati motivi per ritenere che:

a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini;

b) abbia commesso un reato grave; c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite;

d) rappresenti un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato in cui si trova».

Nell'art. 16 del nostro d.lgs. 251/07, il reato grave è rilevante per l'applicazione della causa di esclusione soltanto se commesso «al di fuori del territorio nazionale, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente». Ancora una volta, come nell'art. 10 citato, la gravità deve essere valutata «anche tenendo conto» dello stesso limite edittale suindicato.

Alla lettera d), poi, è previsto, quale causa di esclusione, il fatto che il richiedente costituisca «un pericolo per la sicurezza dello Stato»; è stata, infine, aggiunta la individuazione di alcune fattispecie di reato rilevanti per la valutazione del «pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica» (nel senso che, per valutare in senso escludente tale ipotesi di pericolosità è necessaria pure la preventiva condanna del richiedente con sentenza definitiva per i reati previsti).

Negli artt. 14 e 19 della direttiva “qualifiche” e le lett. b) e c) dell'art. 12 e la lett. a) dell'art. 13 d.lgs n. 251/07 sono disciplinate le due ipotesi di «**diniego dello status di rifugiato**» previste alle lettere b) e c) dell'art. 12 e di **revoca** prevista alla lett. a) del successivo art.13 (che richiama le cause di diniego), ugualmente fondate sulla pericolosità del richiedente protezione. Secondo le lettere di tale articolo, infatti, «sulla base di una valutazione individuale, lo status di rifugiato non è riconosciuto quando:

b) sussistono fondati motivi per ritenere che lo straniero costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato;

c) lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per alcuni reati di particolare gravità.

L'art. 12 ha recepito il comma quinto dell'art. 14 della direttiva “qualifiche” n. 95/2011, per cui «gli Stati membri possono decidere di non riconoscere lo status a un rifugiato, quando la decisione non è ancora stata presa», «nelle situazioni previste al paragrafo 4» dello stesso articolo 14, cioè quando:

a) vi sono fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova;

b) la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro.

Il nostro Stato, pertanto, ha recepito la facoltà di ulteriormente completare il sistema delle cause di esclusione dello status di rifugiato con la considerazione del pericolo per la sicurezza interna o, in caso di responsabilità per la commissione di reati di particolare gravità, per la comunità; ne è derivata una identità di disciplina dell'esclusione in entrambe le protezioni maggiori. (In tal senso possiamo sostenere che esclusione, diniego e revoca costituiscono un'unica fattispecie).

²⁶ Sull'applicazione e l'interpretazione delle norme che disciplinano gli istituti di esclusione, diniego e revoca, sono utili le guide EASO.

Ai fini di questa analisi, tuttavia, è importante unicamente considerare come proprio l'applicazione delle cause di esclusione (in particolare quelle per non meritevolezza), di diniego e di revoca della protezione consentano immediatamente di percepire - e, quindi, di enucleare - l'autonomia del principio di non respingimento rispetto al sistema della protezione.

A tal fine, è utile riportare che nella premessa della Raccomandazione R 6 sull'esclusione dallo status di rifugiato nel contesto dell'art. 1.F della Convenzione sui rifugiati - del 28 luglio 1951, adottata il 23 marzo 2005, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in applicazione dell'art. 15.b dello Statuto, esplicitamente:

- sottolineava da un canto «l'importanza di preservare l'integrità del sistema di asilo» e, dall'altro, di escludere dalla protezione quelle persone che hanno perpetrato atti di una gravità tale da non meritarsela,
- rammentava «la natura assoluta dei diritti protetti in virtù dell'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani»,
- rappresentava che «l'esclusione dallo status di rifugiato è questione diversa da quella dell'allontanamento degli stranieri, nel senso che l'esclusione non porta automaticamente all'allontanamento dal Paese di asilo»²⁷.

Ebbene, in questa premessa è già tutta la contrapposizione, immanente gli istituti in esame, tra la salvaguardia del “sistema” di protezione da un lato e il “diritto di protezione dell'individuo” dall'altro.

Questa contrapposizione ha causato e causa ancora molte incertezze interpretative nella nostra giurisprudenza di merito e, talvolta, anche di legittimità, soprattutto civile: nelle – poche – pronunce in materia di esclusione, non meritevolezza della protezione maggiore e divieto di respingimento sono frequentemente sovrapposte con conseguente difficoltà di ricostruzione coerente del sistema²⁸.

https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/publications/EASO_Exclusion_second_edition_JA_EN.pdf
https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/publications/EASO_Exclusion_second_edition_CJ_PDF.pdf
<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO-Practical-Guide-Exclusion-IT.PDF>

In particolare, vi sono contenuti l'“albero della decisione” che riepiloga l'applicazione strutturata degli istituti e la puntualizzazione della nozione di “reato grave di diritto comune” quale causa escludente rilevante e delle modalità di accertamento dell'effettiva commissione del reato nel paese di origine.

²⁷ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805daca6.

²⁸ Di recente, ad esempio, in Cassazione civile, sez. I 17/01/2020 n. 1033 è stato fissato il seguente principio di diritto per il giudice del rinvio: “in tema di protezione internazionale, ai fini della affermazione della sussistenza della causa ostativa (D.Lgs. n. 251 del 2007, ex art. 10, comma 2, lett. b e art. 16, comma 1, lett. b.) alla protezione sussidiaria (o umanitaria) rappresentata dalla commissione da parte del richiedente di un delitto comune (nella specie: omicidio di un parente) il giudice del merito deve fra l'altro tenere conto anche del tipo di trattamento sanzionatorio previsto nel Paese di origine per il reato commesso dal richiedente - anche previo utilizzo dei poteri di accertamento ufficiosi di cui al D.Lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, art. 8, comma 3 - in quanto il rischio di sottoposizione alla pena di morte nel Paese di provenienza o anche il rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti nelle carceri del proprio Paese, può avere rilevanza per l'eventuale riconoscimento sia della protezione sussidiaria (in base al combinato disposto del D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 2, lett. g, con l'art. 14, lett. a e b dello stesso D.Lgs.) sia, in subordine, per la protezione umanitaria, in base all'art. 3 CEDU e al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6”.

La formulazione del principio, evidentemente, potrebbe trarre in errore, perché sovrappone riconoscimento ed esclusione della protezione sussidiaria e della protezione complementare interna; quel che qui rilevava, invece, era:

- la commissione da parte del richiedente di un delitto comune (nella specie: omicidio di un parente) è causa di esclusione della protezione sussidiaria,

Consideriamo dunque che:

- per riconoscere il diritto alle protezioni maggiori, è necessario «iniziare» dal riconoscere nel racconto – ritenuto credibile - che il richiedente, nello Stato da cui proviene, non può ricevere protezione dalla «persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali», ovvero dal rischio «di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione» ovvero «di essere giustiziato» o «sottoposto a tortura o a trattamenti disumani o degradanti»;
- è così immediatamente evidente che alcuni dei fatti costitutivi del diritto alle protezioni maggiori coincidono con le ipotesi in cui è declinato il divieto assoluto di respingimento dell'art. 19 commi 1 e 1.1 del TUI;
- **ciò significa che il diritto alla protezione maggiore presuppone anche l'accertamento del distinto diritto assoluto a non essere respinti;**
- come affermato dalla CGUE al punto 87 della [sentenza 9. 11. 2010, cause riunite C-57/09 E C-101/09, Bundesrepublik Deutschland c. B \(causa C-57/09\), D \(causa C-101/09\)](#), già citata al precedente paragrafo 4.1.4, , in riferimento all'art. 12, n. 2, lett. b) e c) della direttiva: «risulta dal testo di tali disposizioni che l'autorità competente dello Stato membro considerato non può applicarle prima di aver proceduto, per ciascun caso individuale, ad una valutazione dei fatti precisi di cui essa ha conoscenza, al fine di determinare se sussistano fondati motivi per ritenere che gli atti commessi dalla persona interessata, che *per il resto soddisfa i criteri* per ottenere lo status di rifugiato, rientrino in uno di quei due casi di esclusione»;
- in questa precisazione «per il resto soddisfa i criteri» (nella versione originale, in tedesco, «erfüllt») è delineato il vincolo per il decisore di esaminare il fatto impeditivo dopo aver riconosciuto il suo contrario, cioè i fatti di inclusione²⁹;
- tale vincolo è chiaro ed evidente nel sintagma proposizionale utilizzato nella versione originale inglese degli artt. 12 e 14 della direttiva, laddove è individuato chi debba essere «excluded from being»: l'uso del verbo essere al gerundio già evidenzia ed implica che l'esclusione incide su ciò che già si è («a refugee o eligible for subsidiary protection»).

Ciò implica, in altri termini, che per “escludere” dalla protezione occorre prima “aver incluso” nella stessa protezione il richiedente.

Questa ricostruzione sistematica consente di determinare **l'ordine di trattazione delle questioni** nella decisione di protezione, in quanto:

- tra i fatti costitutivi includenti, lo stesso legislatore ha posto le ipotesi di divieto assoluto di respingimento, cui corrisponde, in correlazione, l'autonomo diritto del richiedente a rimanere sul territorio dello Stato; nel proporre la sua domanda di protezione, il richiedente chiede quindi che sia accertato anche il suo diritto – assoluto – a non essere respinto;

-
- il tipo di trattamento sanzionatorio previsto nel Paese di origine per il reato commesso dal richiedente potrebbe tuttavia costituire un fattore di inclusione della protezione maggiore,
 - pertanto, come tale, questo fattore di inclusione potrebbe precludere in modo assoluto il respingimento,
 - in conseguenza, diverrebbe necessaria la protezione complementare (umanitaria, prima del decreto sicurezza e, oggi, protezione speciale. ex art. 32 d.lgs. 25/08 comma III).

²⁹ Così in EASO Professional Development Series for members of courts and tribunals, IARLJ-Europa su incarico dell'EASO, 2018 https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO-Evidence-and-Credibility-Assessment-JA_IT.pdf

- siccome autonomo, il diritto assoluto a non essere respinti non è “impedito” dalle cause di esclusione, diniego e revoca che incidono unicamente sul diritto alle protezioni maggiori;
- il principio dispositivo che permea di sé il processo civile implica che il decisore debba necessariamente accertare prima tutti i fatti costitutivi del diritto preteso, ritenuti rilevanti dal legislatore e portati dal richiedente;
- la sussistenza della causa di esclusione o di diniego o di revoca non può perciò essere trattata per prima, quale “ragione liquida”, perché il legislatore, riconoscendo quale presupposto costitutivo anche il diritto assoluto a non essere respinti, ha “tipizzato” l’interesse del richiedente all’ordine di trattazione delle questioni di merito.

La valutazione delle cause di esclusione – e così pure di diniego e revoca – deve, pertanto, necessariamente essere posposta rispetto all’accertamento del rischio e della fondatezza del timore di persecuzione o di violazione dei diritti protetti dall’art. 3 CEDU.

Diversamente operando, si potrebbe violare il divieto assoluto di respingimento, perché il fatto storico impediente sarebbe valorizzato prima e a prescindere del preventivo completo accertamento di tutti i fatti costitutivi della fattispecie impedita.

Merita poi porre attenzione al fatto che, molto frequentemente, se non nella maggioranza dei casi, le cause di esclusione – cioè i fatti impeditivi – sono prima ancora e in modo speculare allegate (“raccontate”) dallo stesso richiedente quali fatti storici costitutivi: nella narrazione della vicenda personale, infatti, la commissione di un reato nel Paese di provenienza è l’allegazione, per il decisore, del timore fondato di persecuzione o di danno grave conseguente ad un processo ingiusto, ad una pena disumana, alla pratica della tortura nelle carceri; il pericolo di persecuzione o di danno conseguente alla commissione del reato può provenire anche da gruppi avversari che lo Stato non controlla, addirittura da membri della stessa famiglia da cui non c’è protezione della forza pubblica³⁰.

In tale caso, è ancor più evidente la necessità di accertare i fatti costitutivi inclusivi prima di quelli impeditivi, valutando lo stesso fatto storico (la commissione del reato grave e, quindi, il connesso rischio di persecuzione, pena di morte o “ex 3 CEDU”) prima per l’inclusione, quale presupposto del timore allegato, poi per l’esclusione dalla protezione maggiore.

È perciò che può senz’altro escludersi che la commissione di un reato nel paese di origine, come raccontata dal richiedente protezione, seppure ritenuta verosimile, possa costituire, come invece ritenuto talvolta dalla giurisprudenza di merito, una mera questione di “diritto penale interno”, non rilevante quale fattore di inclusione: al contrario, un racconto attendibile che contenga l’ammissione della avvenuta commissione di un reato nel paese di origine implica necessariamente l’obbligo per il decisore di raccogliere informazioni sulla sanzione prevista nel paese di origine e

³⁰ Sez. I, ordinanza n. 6879 dell’11 marzo 2020 (Rv. 657476 - 01), Sez. I, ordinanza n. 1343 del 22 gennaio 2020 (Rv. 656759 - 01). Contra – ma è precedente isolato – sulla irrilevanza della persecuzione ad opera dei familiari perché “vicende private”, Cassazione civile, sez. VI 01 aprile 2019 n. 9043 (in cui, invero, si offre una lettura assai limitata dell’art. 5 II comma lett. c) d.lgs 251/07).

sulle condizioni delle carceri perché involgenti il fattore di inclusione del rischio di un trattamento disumano e degradante.

Allo stesso modo, anche le due cause di **diniego per motivi di sicurezza o di pericolo** devono necessariamente essere valutate *dopo* i fattori includenti le protezioni maggiori – e, perciò, necessariamente, anche *dopo* il diritto a non essere respinti³¹.

A conclusione di questa breve ricostruzione degli istituti, deve ribadirsi che l'applicazione di una causa di esclusione, diniego o revoca implica sempre, per i motivi suesposti, la correlata operatività del divieto assoluto di respingimento: **in tali ipotesi, in applicazione del comma I dell'art. 19 TUI, il bilanciamento con gli interessi dello Stato e della collettività, seppure consente di non riconoscere nessuna forma di protezione “maggiore”, non consente in nessun caso l'allontanamento dello straniero a rischio di persecuzione o di trattamento disumano e degradante e non potrà mai escludere il suo diritto a permanere sul nostro territorio con una protezione minore.**

1.6 Il divieto relativo o non assoluto di respingimento: “salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1”

- Quali sono le differenze tra il primo e il secondo comma dell'art. 19 TUI?

³¹ Una ricostruzione delle nozioni di sicurezza dello Stato e motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza nel nostro ordinamento, rilevante per l'applicazione delle cause di esclusione, diniego e revoca di entrambe le protezioni maggiori, può essere letta di seguito, al § 4.6.1.

Quanto alla nozione di reato di particolare gravità, l'ipotesi [sub b\) dell'art.12](#) richiede, per divenire rilevante, un'ulteriore condizione del richiedente: l'essere stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per un “reato di particolare gravità”: è evidente che il legislatore della direttiva – e in tal senso lo Stato ha dovuto adeguarsi (v. d.lgs. 18/14 che ha recepito il recast della direttiva qualifica n.83/2004, coordinando i testi delle norme su esclusione e diniego) ha compiuto a priori un bilanciamento tra il diritto alle protezioni maggiori e l'essere il richiedente un pericolo per la comunità e ha ritenuto prevalente il primo, a meno che non ricorra l'aggravamento dell'intervenuta condanna.

Sul punto, è allora necessario rimarcare che, dall'entrata in vigore del d.lgs. 21/02/2014 n. 18 fino all'emanazione del decreto sicurezza, quale “reato di particolare gravità” erano state individuate le ipotesi previste e disciplinate dall'articolo 407, secondo comma, lettera a), cpp.

Oggi, con il decreto sicurezza, sono stati aggiunti i reati previsti “dagli articoli 336,583, 583-bis, 583-quater, 624 nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 625, primo comma, numero 3), e 624-bis, primo comma, del codice penale”; inoltre, sono stati indicati come rilevanti anche nelle fattispecie non aggravate “i reati di cui all'articolo 407, secondo comma, lettera a), numeri 2), 6) e 7-bis) cpp”.

Ebbene, evidentemente, con la modifica apportata dal decreto sicurezza, sono state aumentate le ipotesi di rilevanza del pericolo per ordine pubblico e sicurezza pubblica anche in riferimento a reati non connotati da “particolare gravità” secondo la nozione comunitaria e internazionale quali la “violenza o minaccia a un pubblico ufficiale”, il “furto in abitazione”, il “furto aggravato se il colpevole porta in dosso armi o narcotici, senza farne uso” (in particolare questi ultimi due reati sono contro il patrimonio e, come tali, non sono certamente connotati da particolare gravità). Interessante è, infine, l'inserimento delle “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” quale fattispecie rilevante, atteso che tale reato, se commesso nel paese di origine, sarebbe in sé escludente perché reato grave di diritto comune.

Sul punto, occorre ancora puntualizzare che nel valutare la gravità del reato per individuare la causa di esclusione o diniego occorre necessariamente fare riferimento a parametri di valutazione comuni tra gli Stati membri ([CGUE II s 13 settembre 2018 C-369/17](#)): in tal senso, i limiti edittali come individuati nelle norme di recepimento della DQ devono e possono costituire unicamente parametri di controllo ulteriore della sussistenza, per il nostro ordinamento, della gravità riscontrata, ma non possono al contrario individuare quale grave un reato che tale non è nella giurisprudenza comune agli Stati membri (questa è la risposta alla settima domanda). Si valuteranno, invece, per tale giudizio, il bene protetto e offeso, le modalità della condotta, il danno effettivamente procurato, la natura della pena, la considerazione nelle altre giurisdizioni.

Il comma 2 dell'art. 19 TUI non è stato modificato dalla l.n.173/2020: vi sono disciplinate cinque ipotesi in cui lo straniero è portatore di particolari diritti che precludono per sé stessi l'allontanamento; in altri termini, questi diritti rilevano quale causa di non respingimento a prescindere e al di fuori della sussistenza di fattori di inclusione delle due protezioni maggiori (status e protezione sussidiaria).

Attenzione, però: questi diritti non rilevano quali ipotesi di non respingimento assoluto, perché possono essere bilanciati con le esigenze di sicurezza dello Stato e con i motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza³².

Il comma 2 dell'art. 19 TUI, pertanto, **non è applicabile** allo straniero che sia anche a rischio di persecuzione o danno grave.

Che cosa significa “motivi di sicurezza dello Stato e motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”?

1.6.1 I motivi di sicurezza e di pericolo

Innanzitutto, possiamo delineare, sia pure in modo evidentemente semplificante per ragioni di sintesi, relativamente all'ipotesi [sub a\) dell'art. 12](#), quali siano **le differenze tra le nozioni di motivi di sicurezza dello Stato e motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza** che, evidentemente non coincidono.

Negli articoli delle direttive le due nozioni sono semplificate dall'utilizzo di **due semplici sintagmi**: rilevante è che il richiedente costituisca “un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova” ovvero “un pericolo per la comunità di tale Stato membro”.

[La Corte di Giustizia nella pronuncia 23 novembre 2010, C-145/09](#) (Land Baden-Württemberg c/ Panagiotis Tsakouridis) ha puntualizzato che la nozione di sicurezza dello Stato comprende tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna e che il pericolo potrebbe attingere

- il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali;
- la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari;
- in ogni caso, un interesse fondamentale della società o dello Stato membro.

Invero, la volontà di distinguere questi due concetti era già stata manifestata dal legislatore nell'art. 1 del [decreto legislativo 28 febbraio 2008 n. 32](#) («Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 6.2.2007, n. 30, recante attuazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati

³² a) gli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) gli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'art. 9; c) gli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) le donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono; d-bis) gli stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza.

membri») e, poi, nell'art. 1 del successivo [decreto legge 23 giugno 2011 n. 89](#), come convertito in [legge 2 agosto 2011 n. 129](#) («recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»): con entrambe le disposizioni è stato successivamente modificato l'art. 20 del precedente [decreto legislativo 6 febbraio 2007 n. 30](#) di attuazione della Direttiva 2004/38/CE (relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri)³³.

Ai fini che qui rilevano, potrebbero essere utilizzate le definizioni proposte dallo stesso legislatore proprio in queste disposizioni normative, in quanto dettate dalla stessa necessità di protezione interna, ugualmente incombente sulla disciplina delle cause di esclusione nel sistema della protezione.

Nel comma 2 [dell'art.20 del d.lgs. 30/2007](#), è stato previsto che i motivi di sicurezza dello Stato sussistono quando:

«la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, e successive modificazioni ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali».

Le categorie [ex art. 18 legge 22 maggio 1975 n. 52](#) sono costituite da coloro che:

- 1) operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale; (1)
- 2) abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;

³³ La riformulazione della norma è coerente con le precisazioni di CGUE., Grande Chambre, 23.11.2010, causa C-145/09 (Land Baden-Württemberg contro PanagiotisTsakouridis), in cui testualmente si legge, che la nozione di pubblica sicurezza «comprende tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna (v., in particolare, sentenze 26.10.1999, causa C-273/97, Sirdar, Racc. p. I-7403, punto 17; 11.1.2000, causa C-285/98, Kreil, Racc. p. I-69, punto 17; 13.7.2000, causa C-423/98, Albore, Racc. p. I-5965, punto 18, e 11.3.2003, causa C-186/01, Dory, Racc. p. I-2479, punto 32)» e che «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza (v., in particolare, sentenze 10.7.1984, causa 72/83, Campus Oil e a., Racc. p. 2727, punti 34 e 35; 17.10.1995, causa C-70/94, Werner, Racc. p. I-3189, punto 27; Albore, cit., punto 22, nonché 25.10.2001, causa C-398/98, Commissione/Grecia, Racc. p. I-7915, punto 29)»; «il comportamento della persona deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società o dello Stato membro in questione» e «da sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza; non sono prese in considerazione giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale».

3) compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della citata legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

4) fuori dei casi indicati nei numeri precedenti, siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato nel precedente n. 1) .

Le disposizioni di cui al precedente comma si applicano altresì agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori.

La nozione di **ordine e sicurezza pubblica** è invece delineata dal [comma terzo art.20 d.lgs. 30/07](#): «**i motivi imperativi di pubblica sicurezza** sussistono quando la persona da allontanare abbia tenuto **comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica**».

Per incolumità pubblica si intende la vita e l'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone che possono essere messe in pericolo o danneggiate nel caso dei reati specificatamente indicati agli artt. [422 – 452 c.p.](#).

1.6.2. Il bilanciamento e i diritti del comma 2. I soggetti individuati alle categorie di cui alle lett. da a) ad f) nel comma 2 dell'art. 19 TUI hanno dunque diritto a rimanere sul territorio dello Stato, ma questo loro diritto è suscettibile di bilanciamento con i motivi di sicurezza e di pericolo.

In particolare, sono bilanciati:

- nell'ipotesi del minore accompagnato da almeno un genitore, **i diritti assicurati dalla Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo, ratificata in Italia nel 1991 e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, stipulata a Strasburgo e ratificata in Italia nel 2003,**
- **il diritto a restare sul territorio dello Stato** conseguente ad una carta di soggiorno;
- **il diritto all'unità familiare** con cittadino italiano;
- **il diritto alla salute proprio e del figlio nascituro per le donne in gravidanza e il diritto ad accudire** figlio nato nei primi mesi di vita dei neo genitori;
- **il diritto alla salute** (dopo il d.l. n.113/2018, conv. con l. n.132/18).

È importante e necessario (anche per l'analisi che seguirà sul III comma dell'art.19 TUI) sottolineare che, quando ricorrano i suindicati diritti, l'inespellibilità incontra un limite nel solo provvedimento ministeriale di alta amministrazione da parte del Ministro, previa "notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri", all'esito della valutazione comparativa degli interessi in questione ai sensi dell'art.13 TUI I comma unicamente richiamato (così Cassazione civile, sez. I 28/11/2018 n. 30828, con richiamo a Cass. civ. sez. 6 - 1, n. 15950 del 2016, in “ossequio al dato letterale”).

Differenti, pertanto, sono le ipotesi del [secondo comma dell'art.13 TUI](#)³⁴ in cui il bilanciamento e la valutazione dell'espellibilità sono compiute "caso per caso"³⁵ dal prefetto: queste fattispecie concernono stranieri irregolari o attinti da misure di prevenzione personali.

Sinteticamente puntualizzato chi sia preposto ad operare il bilanciamento, la necessità di sintesi e lo scopo di questa analisi precludono l'approfondimento di ciascun diritto.

È sempre bilanciabile il diritto alla salute?

Deve tuttavia rimarcarsi che **l'introduzione del diritto alla salute tra i diritti del comma 2 dell'art. 19 TUI** come operata dal c.d. "decreto sicurezza" n.113/18 e come modificata dal d.l n.130/2020³⁶, conv. con modificazioni, dall l. n. 173/2020 merita una particolare ponderazione atteso che:

- nel 2001 la Corte Costituzionale ha deciso, con la sentenza n.251, interpretativa di rigetto, la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 2, TUI, sollevata dal Tribunale di Genova in relazione agli artt. 2 e 32 della Costituzione, nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero che, entrato clandestinamente nel territorio dello Stato, vi permanga al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico essenziale; ha affermato la Corte che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è sì "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti", ma contiene "un nucleo irriducibile come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto";
- conseguentemente, ha affermato l'obbligo di valutare "caso per caso" la possibilità di espulsione in ipotesi di rischio di violazione del diritto alla salute;
- l'interpretazione della Corte di legittimità che ne è seguita ha rimarcato che "una corretta lettura della norma di cui all'art. 35, co. 3, del T.U., configura indubbiamente una situazione che non incide sulla validità dell'espulsione, ... bensì impedisce, temporalmente, l'esecuzione della misura; la previsione del diritto a fruire delle prestazioni ambulatoriali ed ospedaliere indifferibili o essenziali, ancorché continuative, induce a ritenere che il legislatore abbia inteso estendere la garanzia che la Repubblica offre agli stranieri irregolari per la cura delle loro patologie ben al di là dell'area del "pronto soccorso" e della medicina d'urgenza, ricomprendendo ...quelle prestazioni essenziali per la vita dello straniero che i presidi sanitari pubblici debbono completare

³⁴ E, cioè, se lo straniero a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'art. 10; b) si È trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-bis, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno È stato revocato o annullato o rifiutato ovvero È scaduto da più di sessanta giorni e non ne È stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si È trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell' articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68; c) appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

³⁵ La locuzione è stata aggiunta dall'articolo 3, comma 1, lettera c), numero 1), lett. a), del D.L. 23 giugno 2011 n. 89, convertito, con modificazioni, dalla Legge 2 agosto 2011, n. 129 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari).

³⁶ la lettera d bis) è stata modificata con la sostituzione delle "condizioni di salute di particolare gravità" con le "gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie".

nell'arco di tempo necessario e sufficiente secondo scienza medica e possibilità concrete". (Cass. Civ. I sez, 22 settembre 2006, n. 20561 – est. Macioce, cui sono seguite le n. 1531/2008, 7615/2011, 14500/2013, quest'ultima resa a SU Cassazione civile, sez. VI 27/06/2016 n. 13252, est. De Chiara; nella pronuncia 22 settembre 2006, n. 20561, la Cassazione ha annullato, ex art.384 c.p.c., il decreto espulsivo, con ciò evidentemente ritenendo che l'esercizio del potere prefettizio di espulsione fosse proprio precluso dal bilanciamento).

Ciò in altri termini significa che il diritto alla salute, di là della sua esplicita collocazione nel secondo comma dell'art.19 TUI, per il "nucleo irriducibile che contiene in sé" potrebbe fondare un divieto assoluto di respingimento, sia pure temporaneo.

1.6.3. La nozione di diritto alla salute: la rilevanza della sofferenza personale e il collegamento con il diritto alla vita privata e familiare nella domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (Paesi Bassi) il 4 febbraio 2021 – X / Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Causa C-69/21)³⁷.

È rilevante la sofferenza personale?

Vi può essere una connessione tra vita privata e familiare e diritto alla salute?

In questo domanda di pronuncia pregiudiziale di recente proposizione sono contenuti alcuni spunti di riflessione sui confini della nozione di diritto di salute e sulle sue possibili connessioni con il diritto alla vita privata e familiare.

In particolare, il Rechtbank, non conoscendo giurisprudenza della CGUE contenente un'interpretazione dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta, in combinato disposto con gli articoli 1 e 4 della Carta di Nizza, ha chiesto di valutare

- se si configurino ostacoli di natura medica all'allontanamento qualora l'indisponibilità delle cure mediche nel paese di origine non determini un aggravamento della patologia ma provochi un forte aumento della sofferenza: potrebbe infatti costituire anche un notevole aumento dell'intensità della sofferenza derivante dalla cessazione del trattamento del dolore, senza che ciò sia un risultato di «a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health» (un declino grave, rapido e irreversibile delle sue condizioni di salute; sentenza Corte EDU del 13 dicembre 2016, Paposhvili contro Belgio, CE:ECHR:2016:1213JUD00417381, § 183); al punto 188 della sentenza Paposhvili la Corte EDU ha inoltre affermato che le conseguenze dell'allontanamento di una persona devono essere valutate raffrontando il suo stato di salute prima dell'allontanamento con l'evolversi di detto stato di salute dopo l'allontanamento stesso: ciò sembra indicare che tutte le conseguenze mediche del trasferimento devono essere prese in considerazione per

37

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=239322&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4001577>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=240700&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4001577>

valutare se si configuri un'emergenza medica a causa dell'allontanamento e che non si possa esaminare soltanto se le conseguenze mediche possano essere limitate assoggettando il viaggio a condizioni;

- se lo stato di salute di uno straniero e il ricevimento di una prestazione medica in uno Stato membro possa configurare una vita privata che deve essere tutelata ai sensi dell'articolo 7 della Carta di Nizza e dell'articolo 8 CEDU; nella sentenza del 6 maggio 2001, Bensaid contro Regno Unito, CE:ECHR:2001:0206JUD004459998, la Corte EDU ha dichiarato che non è escluso che una situazione che non supera la soglia dell'articolo 3 CEDU possa tuttavia qualificarsi come una violazione dell'articolo 8 CEDU se non si autorizza (più) il soggiorno; in tale contesto la Corte EDU ha dichiarato che la nozione di «vita privata» non conosce una definizione esaustiva e che anche la salute mentale deve essere considerata un elemento cruciale della vita privata ai sensi dell'articolo 8 CEDU; il Rechtbank desidera dunque un ulteriore chiarimento sulla questione di stabilire se, qualora lo straniero voglia ottenere un soggiorno sulla base dei suoi gravi problemi medici e delle cure mediche in precedenza ricevute nello Stato membro, le autorità debbano prendere in considerazione anche le circostanze mediche come un aspetto della vita privata per valutare se lo straniero abbia diritto al soggiorno in forza dell'articolo 8 CEDU e se esse debbano tenere conto di dette circostanze mediche come aspetto della vita privata in una procedura in cui lo straniero chiede il rinvio dell'accompagnamento alla frontiera; per lo straniero la risposta a questa questione pregiudiziale riveste importanza, nell'ordinamento dei Paesi bassi, giacché la proroga del permesso sulla base della vita privata offre un diritto di soggiorno giuridicamente più forte rispetto al rinvio dell'accompagnamento alla frontiera.

1.7 La nuova formulazione dell'art. 19 TUI dopo la l.173/2020.

Come ha inciso il d.l.n.130/2020 sull'art.19 TUI?

Prima dell'intervento della l. n.173/2020, nel comma 1 dell'art.19 TUI erano dunque agevolmente e chiaramente individuabili le ipotesi di **divieto assoluto di respingimento, cioè le fattispecie in cui i fattori di inclusione delle protezioni maggiori fossero già stati accertati o, in quanto allegati, dovessero essere accertati con un grado di giudizio avente le garanzie di un rimedio effettivo.**

La l.173/2020 ha, tuttavia, inciso profondamente sulla struttura dell'articolo: in conseguenza, è necessaria un'analisi sistematica al fine di mantenere una ricostruzione dogmatica del divieto di respingimento coerente con il sistema europeo di protezione e con la stessa normativa nazionale.

Articolo 19
Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili. 1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni

personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

1.2. Nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1., la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale.

1-bis. In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati.

2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti:

- a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;
 - b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9;
 - c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana;
 - d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.
- d-bis) degli stranieri che versano in gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. In tali ipotesi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di cui al periodo precedente debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (8) .

2-bis. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate.

In particolare **è rimasto immutato il comma 1**, se non per l'aggiunta dopo la parola: "sesso," delle seguenti: "di orientamento sessuale, di identità di genere".

Il comma 1.1, invece, è stato interamente riformulato **con una sovrapposizione di ipotesi di divieto assoluto di respingimento e di divieto cosiddetto “relativo”, in cui, come detto, è possibile un bilanciamento:**

- al divieto di respingimento, di espulsione e di estradizione verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere la sussistenza del rischio di tortura, è stata esplicitamente aggiunta l'ipotesi del rischio di sottoposizione a **“trattamenti inumani o degradanti”**³⁸;
- quindi, nello stesso periodo, con la congiunzione “o”, è stata aggiunta l'ipotesi della ricorrenza degli **“obblighi di cui all'articolo 5, comma 6”** dello stesso TUI;
- è rimasto immutato che “nella valutazione di tali motivi” si tenga “conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani”;
- è stato, di seguito, aggiunto il divieto di respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato **qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare**”; ai fini della valutazione del rischio di tale violazione è stato previsto si tenga conto “della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine;
- è stato, quindi, previsto che il divieto di “allontanamento” nella indicata ipotesi di **“violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare”** non operi quando “esso” **“sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”**; in altri termini, il divieto di respingimento e di espulsione per violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare deve essere “bilanciato” (vedremo di seguito con quali esigenze dello Stato).

È stato inserito un nuovo comma, il n.1.2, con cui sono stati individuati l'organo amministrativo competente e il tipo di permesso concedibile nelle “ipotesi di rigetto della

³⁸La certezza interpretativa dell'art. 19 TUI comma 1. e 1.1. in merito alla estensione del divieto assoluto di respingimento, oltre le ipotesi di sola persecuzione, a tutte le ipotesi di rischio di violazione del 3 CEDU *prima* della riformulazione della norma nel 2020 è stata già esposta ai paragrafi 1.1., 1.2 e 1.5.

domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1.” o “nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1”.

Al comma 2, la lettera d bis) è stata modificata con la sostituzione delle “condizioni di salute di particolare gravità con le “gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie”; il relativo permesso è stato previsto come convertibile in permesso di lavoro.

Da questa sintetica esposizione emerge la necessità di mantenere ferma e chiara, pur nella nuova formulazione della norma, la distinzione tra i diversi piani in cui può e deve operare il divieto di respingimento.

1.8 Il comma 1.1 riformulato e il richiamo al comma 6 dell’art.5 TUI.

- Nel comma 1.1. dell’art. 19 TUI sono disciplinate fattispecie diverse?
- Quali sono le loro differenze?

1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato *qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti* o *qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6*. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani.

Al primo periodo del comma 1.1, di seguito all’ipotesi del rischio ex art.3 CEDU (qui così sinteticamente individuato), il legislatore ha inteso aggiungere l’ipotesi – collegandola con la proposizione “o” – della ricorrenza “degli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6”.

Con la stessa riforma (art. 1 lett.a) d.l. 130/2020), invero, l’art. 5 è stato nuovamente modificato al comma 6 nel senso che dopo le parole «Stati contraenti» sono state aggiunte le parole “fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”.

Ad una prima lettura potrebbe allora ritenersi un ampliamento delle ipotesi di non respingimento assoluto operato dal richiamo nel 19 comma 1.1. alla clausola di rinvio (re)introdotta nel comma 6 dell’art. 5 TUI (di cui si dirà al § 1.13): come detto, infatti, le due ipotesi sono enucleate di seguito, nello stesso periodo, con la congiunzione “o” che, per sua natura, è disgiuntiva, nel senso che serve a coordinare due o più parti di una stessa frase i cui enunciati sono avvertiti come alternativi o che si escludono a vicenda.

In particolare, nella circolare 2 maggio 2001, n. 10888 “Guida alla redazione dei testi normativi” in GU Serie Generale n.101 del 03-05-2001 - Suppl. Ordinario n. 105, è precisato agli artt. 53 e 54 che “l’uso delle congiunzioni tiene conto dell’effetto che ne consegue sul piano precettivo: la congiunzione disgiuntiva “o” ha significati diversi a seconda che implichi previsioni alternative tra loro, l’una escludente altra, o invece previsioni non alternative tra loro, che possono ricorrere insieme o disgiuntamente. Nel primo caso si parla di formulazione disgiuntiva assoluta (“aut...aut”), nell’altro di formulazione disgiuntiva relativa (“vel...vel”).

Quando dal contesto della disposizione non risulta evidente l'una o l'altra opzione il dubbio va sciolto come segue:

- a) per specificare la disgiuntiva assoluta si ripete la disgiunzione "o" due volte;
- b) per esprimere la congiunzione disgiuntiva relativa, va comunque evitato l'impiego dell'espressione "e/o", e si utilizzano formule che con chiarezza esprimono il carattere additivo della elencazione, quali "ovvero" o "congiuntamente o disgiuntamente" e simili.”³⁹

Ebbene, nella fattispecie l'interpretazione non è agevole, posto che dal punto di vista letterale, come formulata, la norma potrebbe rivelare la volontà del legislatore di considerare ipotesi di divieto assoluto oltre che il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU anche la violazione “degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”, ipotizzando così una fattispecie ulteriore e alternativa.

Questa interpretazione, tuttavia, suscita numerosi interrogativi ad una ricostruzione sistematica.

- Perché per le ipotesi del secondo comma - rimaste immutate - tutte relative a diritti di certa rilevanza costituzionale⁴⁰ - il bilanciamento è espressamente previsto come possibile e necessario e, dunque, non opera il divieto di respingimento “in nessun caso”?

Da un lato, infatti, per quanto riportato sulla tecnica normativa, l'uso della disgiuntiva “o” consente di escludere fondatamente che nel comma 1.1., le ipotesi di richiamo agli “*obblighi di cui all'articolo 5, comma 6*” coincidano soltanto con le ipotesi di rischio di violazione dell'art. 3 CEDU prima richiamato⁴¹.

Dall'altro, sotto il profilo della coerenza sistematica, resta da chiedersi per quale ragione giuridica al comma 1.1. sia previsto che “non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona ... *qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6*”, ma ai sensi del successivo comma 2 i minori, le donne in gravidanza, i neogenitori, i malati, i soggiornanti regolari – portatori, come detto, di diritti certamente *vincolati da obblighi costituzionali o internazionali* - possano essere espulsi quando ricorrano esigenze di sicurezza dello Stato o motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

Certamente, il legislatore nazionale può dettare una disciplina più favorevole per lo straniero e scegliere di rendere assolute altre ipotesi di divieto di respingimento: il diverso tenore della previsione, però, nel successivo comma 2, di un limite all'inespellibilità per cinque categorie di soggetti portatori di diritti di sicuro rango costituzionale (corrispondenti peraltro a ipotesi indiscusse di vulnerabilità) fa ragionevolmente escludere questo intento.

³⁹ Così in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2001/05/03/001A4875/sg>

⁴⁰ Diritti del minore, delle donne in gravidanza, dei genitori, dei soggiornanti regolari, dei malati.

⁴¹ Peraltro, dal punto di vista sistematico, non può ignorarsi che, pur nella proclamata abrogazione della “protezione umanitaria ex art. 5 VI comma TUI”, lo stesso decreto sicurezza n.113/18, come convertito, aveva già specificamente regolamentato questa ipotesi, riconoscendo il diritto di restare sul nostro territorio allo straniero escluso dalle protezioni maggiori - perché non espellibile - e prevedendo per lui un permesso “speciale” (art. 32 d.lgs. 25/08).

La coerenza si ritrova ritenendo che soltanto il divieto di respingimento connesso alle ipotesi di persecuzione o di danno grave ex art., 3 CEDU sia sancito come assoluto, in conformità con il sistema CEAS.

Non così nelle altre ipotesi in cui comunque lo Stato offre asilo, ma riservandosi il potere di ritenere prevalente la sicurezza nazionale e della collettività: queste “devono” necessariamente essere, per le evidenziate ragioni di coerenza, le ipotesi diverse in cui *“ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6”*.

Il legislatore ordinario, allora, avrebbe dovuto mantenere ben distinte le ipotesi di divieto assoluto di respingimento dalle ipotesi di divieto relativo, secondo una ricostruzione organica del sistema delle fonti: il rischio di persecuzione e il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU non possono essere sovrapposte alle ipotesi di rischio di violazione di “obblighi costituzionali e internazionali”, neppure individuati, perché nelle prime il bilanciamento è totalmente escluso (in nessun caso).

È necessario, pertanto, che sia il decisore della protezione a ricostruire coerentemente il sistema.

- Era necessario il richiamo esplicito agli “obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”, nell'art. 19 comma 1.1. e nel correlato art.5 TUI, atteso che, in forza dell'art.10, II comma, Cost. e dell'art.117, I comma Cost. – questi obblighi dovevano regolare la condizione giuridica dello straniero e vincolano le leggi che la disciplinano?

Come vedremo al successivo paragrafo 1.11, la spiegazione di questa sovrapposizione nella riformulazione dell'art.19, comma 1.1 TUI ⁴² potrebbe essere l'intento del legislatore di unificare le ipotesi di non respingimento, di là dell'operatività differente del limite del bilanciamento con la sicurezza nazionale e della collettività, per ricondurre al sistema di asilo le fattispecie di protezione complementare per “obblighi costituzionali e internazionali”: il permesso umanitario per tali fattispecie, infatti, costituisce il necessario completamento del sistema di protezione internazionale.

Questo necessario completamento era stato cancellato dal decreto sicurezza.

Conferma ne è la reintroduzione, al comma 1.2 dell'art. 19 TUI, della attribuzione alla Commissione della competenza ad individuare questi casi di permesso speciale.

Con l'entrata in vigore del d.l. n.113/2018, invece, tutti permessi umanitari cosiddetti “tipizzati” – ad eccezione del permesso per protezione speciale ex art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/08, conseguente al diniego, esclusione o revoca delle protezioni maggiori - erano stati resi del tutto autonomi dalla domanda di asilo, non prevedevano un ruolo della Commissione nazionale e, pertanto, erano stati ricondotti al diritto dell'immigrazione.

1.9 La violazione dell'art.8 CEDU

Gli stessi interrogativi di ricostruzione sistematica susposti suscita la collocazione topografica della ipotesi di non respingimento per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

⁴² e nella previsione al comma 1.2. del relativo permesso

Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

Seppure inserita nella seconda parte del comma 1.1 (che, si ribadisce, è previsione di non respingimento assoluto, “in nessun caso”), il rischio di violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare è stato esplicitamente previsto come bilanciabile, nel senso che “l’allontanamento” è previsto come possibile se “necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute”.

Come tale, il diritto al rispetto della vita privata e familiare non è perciò, certamente, ipotesi di divieto assoluto di respingimento (“in nessun caso”) e, pertanto, non è ragionevole, dal punto di vista sistematico, che la sua regolamentazione sia stata inserita nel comma 1.1.

La previsione nell’art. 19 comma 1.1. dell’inespellibilità ex art. 8 CEDU, peraltro, ha in corrispondenza introdotto nel nostro ordinamento un’altra ipotesi di protezione speciale, come previsto nel successivo comma 1.2.

Che cosa significa vita privata e come deve essere valutata nel bilanciamento?

Secondo l’interpretazione della Corte EDU⁴³, **l’articolo 8, per sé solo, non impone** allo Stato l’obbligo generale di rispettare la scelta, effettuata da una coppia, del Paese in cui risiedere o di autorizzare il ricongiungimento familiare nel proprio territorio (Jeunesse c. Paesi Bassi [GC], § 107; Biao c. Danimarca [GC], § 117); la portata dell’obbligo dello Stato di accogliere nel proprio territorio i congiunti di persone residenti in esso varia a seconda delle particolari circostanze in cui si trovano le persone interessate e dell’interesse generale (Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, §§ 67-68; Gül c. Svizzera, § 38; Ahmut c. Paesi Bassi, § 63; Sen c. Paesi Bassi; Osman c. Danimarca, § 54; Berisha c. Svizzera, § 60).

⁴³ v. [Guida all’articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo \(ita\)](#), aggiornata al 31 agosto 2018. Nella Guida, a pag. 115, è contenuta una classificazione delle pronunce relative alla nozione di “vita privata” in tre grandi categorie (talvolta coincidenti): (i) integrità fisica, psicologica o morale, (ii) riservatezza e (iii) identità della persona; il paragrafo III (pag.46 e ss) è dedicato alla “vita familiare”; la casistica è evidentemente utile allo scopo di dare un contenuto al nuovo permesso di soggiorno per protezione speciale ex art. 8 CEDU.

L'allontanamento di uno straniero viola allora l'articolo 8 soltanto in circostanze del tutto eccezionali se la vita familiare sia iniziata per lui quando già gli era stato negato un permesso di soggiorno (Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi [n. 50435/99, Corte EDU 2006-II]).

Deve considerarsi:

- in quale misura sia effettivamente compromessa la vita familiare, la portata dei legami con lo Stato contraente, l'esistenza di ostacoli insormontabili che non permettono che la famiglia viva nel Paese di origine di uno o più dei suoi membri;
- la sussistenza di fattori relativi al controllo dell'immigrazione (per esempio, precedenti violazioni della legislazione in materia di immigrazione) o considerazioni di ordine pubblico che depongano a favore dell'esclusione (Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi, § 38; Ajayi e altri c. Regno Unito (dec.); Solomon c. Paesi Bassi (dec.));
- se la vita familiare sia stata creata in un momento in cui le persone interessate erano consapevoli del fatto che, dato lo status di una di loro in ordine all'immigrazione, la continuità di tale vita familiare nello Stato di accoglienza sarebbe stata precaria fin dall'inizio (Sarumi c. Regno Unito (dec.); Shebashov c. Lettonia (dec.)); in una simile situazione l'allontanamento del familiare non cittadino sarebbe incompatibile con l'articolo 8 soltanto in circostanze eccezionali (Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, § 68; Mitchell c. Regno Unito (dec.); Ajayi e altri c. Regno Unito (dec.); Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi; Biao c. Danimarca [GC], § 138);
- il processo di ricongiungimento familiare deve inoltre essere adeguatamente trasparente e deve essere svolto senza indebiti ritardi (Tanda-Muzinga c. Francia, § 82).

C'è differenza tra le nozioni di vita privata e di vita familiare?

Utilizzando le stesse parole della Corte EDU in [Paradiso e Campanelli c. Italia, Grande Chambre 24 gennaio 2017, \(Ricorso n. 25358/12\)](#) (159), il concetto di «vita privata» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che non si presta a una definizione esaustiva. Comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona (X e Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985, § 22, serie A n. 91) e, entro certi limiti, il diritto di instaurare e sviluppare rapporti con altri esseri umani (Niemiets c. Germania, 16 dicembre 1992, § 29, serie A n. 251-B). Può a volte comprendere aspetti dell'identità fisica e sociale di una persona (Mikulić c. Croazia, n. 53176/99, § 53, Corte EDU 2002-I). Il concetto di vita privata include anche il diritto alla realizzazione personale o il diritto all'autodeterminazione (Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, § 61, Corte EDU 2002 III), e il diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitore (Evans c. Regno Unito [GC], n. 6339/05, § 71, Corte EDU 2007-I, e A, B e C c. Irlanda [GC], n. 25579/05, § 212, Corte EDU 2010).

"Vita familiare" è ugualmente una nozione molto ampia ai sensi della Convenzione e va ben oltre il concetto di coppia tradizionale sposata con figli. Riguarda anche le coppie non sposate (purché dimostrino l'esistenza di un rapporto di lunga data), le coppie dello stesso sesso e le persone transessuali, i parenti prossimi, quali nonni e nipoti e fratelli e sorelle: occorre unicamente dimostrare l'esistenza di strette relazioni personali.

Nel caso *Narjis c. Italie*, I sez. 14 febbraio 2019 (ric.n. 57433/15), la Corte EDU ha precisato che:

- tutti gli immigrati stabiliti, indipendentemente dalla durata della loro residenza nel paese dal quale dovrebbero essere espulsi, non hanno necessariamente una "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8;
- tuttavia, poiché l'articolo 8 protegge anche il diritto di formare e mantenere legami con altri esseri umani e con il mondo esterno e poiché a volte comprende aspetti dell'identità sociale di un individuo, si deve accettare che tutti i legami sociali tra immigrati stabiliti e la comunità in di cui vivono fanno parte integrante della nozione di "vita privata" ai sensi dell'articolo 8;
- conseguentemente, indipendentemente dal fatto che esista o meno "vita familiare", l'espulsione di uno straniero stabilito può essere considerata una violazione del suo diritto al rispetto della sua vita privata.

Pertanto, è sulla base delle circostanze di fatto del caso in esame deve porsi attenzione alla "vita familiare" o alla "vita privata" (*Üner v. Pays -Bas* [GC], n. 46410/99, § 59, Corte EDU 2006-XII), con la valutazione particolare del grado di integrazione sociale degli interessati (*Dalia v. Francia*, 19 febbraio 1998, §§ 42-45, Reports of judgments and decision 1998-I).

Quanto al **bilanciamento**, sono già state analizzate le nozioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica (§ 1.5.1, nota 31).

In *Narjis c. Italie* cit. sono riportati i principi fondamentali, elaborati nella giurisprudenza della Corte (*Üner v. Pays -Bas* [GC] , n. 46410/99 §§ 54-55 e 57-58; *Maslov c. Austria* [GC] (no 1638/03, §§ 68-76, Corte EDU 2008; e *K.M. c. Suisse*, no 6009/10, § 47, 2 juin 2015), con cui deve essere operato il bilanciamento tra le ragioni di sicurezza dello Stato e della collettività e il diritto alla vita privata e familiare (soprattutto in ipotesi di straniero soggiornante sul territorio da un periodo “considerevole”:

- la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente;
- la durata del soggiorno dell'interessato nel paese dal quale deve essere espulso;
- il tempo trascorso dall'infrazione e il comportamento del ricorrente durante tale periodo;
- la nazionalità delle varie persone interessate;
- la situazione familiare del ricorrente e, in particolare, se del caso, la durata del suo matrimonio e altri fattori che testimoniano l'efficacia della vita familiare all'interno di una coppia;
- se il congiunto fosse a conoscenza del reato al momento dell'instaurazione del legame familiare;
- se sono nati fuori dal matrimonio figli e, in caso affermativo, la loro età;
- la gravità delle difficoltà che il congiunto rischia di incontrare nel paese in cui il richiedente deve essere espulso;
- gli interessi e il benessere dei bambini, in particolare la gravità delle difficoltà che i figli del richiedente potrebbero incontrare nel paese in cui egli deve essere espulso;

- la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con il Paese di destinazione.

Qual è l'ipotesi di un bilanciamento del diritto alla vita privata e familiare con le ragioni di protezione della salute pubblica?

Deve, pure, essere chiarito il significato e la portata della previsione di un bilanciamento del diritto alla vita privata e familiare con le ragioni di “protezione della salute” nel rispetto della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

Per tentare un'interpretazione della previsione di bilanciamento con le ragioni “di protezione della salute” potremmo iniziare dalla lettura del testo del II comma dell'art. 8 CEDU:

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto *a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.*

Nell'art. 8 CEDU, dunque, le ragioni di protezione della salute giustificano l'“ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto”: da questa prospettiva, tuttavia, **l'inespellibilità ex art. 8 CEDU come prevista nel nuovo comma 1.1. può essere bilanciata con motivi di protezione della salute?**

Per individuare le **ragioni di “protezione della salute”** potremmo utilizzare la definizione, contenuta al [comma 8 dell'art. 20 del d.lgs. 30/2007](#)⁴⁴, delle “malattie o le infermità che possono giustificare limitazioni alla libertà di circolazione nel territorio nazionale”: si tratta delle malattie “con potenziale epidemico individuate dall'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini italiani”.

Qual è, allora, la situazione disciplinata dall'art.19, nuovo comma 1.1., TUI in cui è previsto come possibile il respingimento per ragioni di protezione della salute della collettività?

Certamente non la possibile contagiosità del singolo venutasi a creare dopo l'ingresso in Italia, ché, come è stato rilevato al paragrafo 4.6, il diritto alla salute dello straniero in Italia contiene in sé un nucleo addirittura irriducibile o, comunque, al più bilanciabile con le ragioni di sicurezza dello Stato e della comunità ai sensi dell'art.13 comma I TUI: nessuna malattia “con potenziale epidemico individuate dall'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose” potrebbe in tal caso giustificare il respingimento, perché prevarrebbe certamente il diritto di salute del singolo.

⁴⁴ Già richiamato nel paragrafo 1.5.1, nota 31, per la ricostruzione delle nozioni di sicurezza dello Stato e ordine e sicurezza pubblica.

Unicamente rilevante, allora, potrebbe essere la malattia insorta fuori del territorio nazionale, prima dell'approdo⁴⁵.

In tal senso, tuttavia, le ragioni di salute pubblica potrebbero incidere nella sola ipotesi residuale di uno straniero in ingresso che non abbia diritto al ricongiungimento ex art. 29 e ss TUI, ma possa essere comunque portatore di un diritto a salvaguardare la sua vita privata e familiare ex art.8 CEDU⁴⁶.

Qual è l'autorità amministrativa competente a operare il bilanciamento?

Problematica resta pure, in quanto non disciplinata, l'individuazione dell'autorità deputata ad operare il bilanciamento.

Sul punto, nulla ci rivela, come detto, la collocazione dell'ipotesi nel comma 1.1.; potrebbe, perciò, ragionevolmente ritenersi possa essere investito del bilanciamento sia il Ministro dell'interno, ai sensi del comma I dell'art.13 TUI, sia il prefetto, “caso per caso”, come previsto nel comma 2 dello stesso articolo 13.

Da un canto, l'individuazione del Ministro quale autorità competente potrebbe essere giustificata dalla considerazione che il nucleo del diritto all'unità familiare di uno straniero con cittadino italiano è identico al nucleo del diritto alla vita privata e familiare di uno straniero come previsto nel nuovo comma 1.1. dell'art. 19 TUI.

D'altro canto, l'individuazione del prefetto, con valutazione “caso per caso”, quale autorità competente potrebbe essere giustificata dalla considerazione della identità tra la situazione dello straniero prevista nel nuovo comma 1.1. e la situazione di irregolarità delle ipotesi previste alle lett. a) e b) del comma 2 dell'art.13 TUI: anche in tali ipotesi, infatti, lo straniero ha maturato il suo diritto alla vita privata e familiare in condizione di irregolarità e, per il successivo comma 2 bis dell'art. 13 TUI, è previsto proprio che “nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29”, si tenga anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine” (le medesime condizioni di fatto enunciate nel nuovo 19 comma 1.1.).

1.10 Le categorie vulnerabili e le espulsioni con modalità compatibili. L'ultimo comma dell'art. 19 TUI, il comma 2-*bis*, è rimasto immutato: prevede che “il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze

⁴⁵ Per lo stesso art. 20 del d.lgs. 30/2007, le ragioni di protezione della salute non possono in alcun modo giustificare l'allontanamento se insorte successivamente all'ingresso nel territorio nazionale (del resto, ai sensi del comma 5 dello stesso articolo, è previsto che, nell'adottare un provvedimento di allontanamento, si tenga conto anche dello stato di salute dell'interessato).

⁴⁶ Si veda, ad esempio, sul punto, il caso del recente [rinvio pregiudiziale Landeshauptmann von Wien \(C-560/20\)](#) sull'interpretazione della direttiva 2003/86/CE e la copertura ex art.8 CEDU nei casi in cui non sussiste diritto al ricongiungimento per mancato recepimento del par. 2 art. 10 della Direttiva suddetta.

psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate”.

Il comma è stato inserito dall’art. 3, comma 1, lettera g), numero 2), del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 agosto 2011, n. 129 con cui è stata completata l’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e recepitata la direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari.

Cosa significa “vulnerabilità”?

Invero, è proprio [la direttiva “rimpatri”, all’art. 3](#) (definizioni) n.9, che individua come soggetti vulnerabili “i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in gravidanza, le famiglie monoparentali con figli minori e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale”, prescrivendo per loro, ai successivi artt. 7 par. 2, 9 par. 2, 14 par. 1 lett. d) le “modalità compatibili per il rimpatrio”.

La stessa direttiva, quindi, prevede all’art. 6 par. 4 che “in qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare *per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura* un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio. Qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare”.

Nella CEDU non sono individuate specifiche categorie di soggetti vulnerabili; nella Carta di Nizza, invece, al capo III sono espressamente sanciti i diritti di bambini (art. 24), anziani (art. 25), disabili (art. 26): questi articoli sono collocati nel capo dedicato all’uguaglianza, di seguito all’art. 21 sulla non discriminazione.

Proprio sul divieto di discriminazione sancito all’art.14 CEDU e in riferimento all’art. 2 («Diritto alla vita»), l’art. 3 («Divieto di trattamenti inumani e degradanti»), l’art. 4 («Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato»), l’art. 5 («Diritto alla libertà e alla sicurezza») e l’art. 6 («Diritto a un equo processo») e, soprattutto, all’art.8 (Diritto alla vita privata e familiare) la Corte EDU ha elaborato un’articolata giurisprudenza in cui è utilizzato il termine “vulnerabile” come caratterizzante i bambini, gli adolescenti, i profughi, i rifugiati, i richiedenti asilo, i disabili, gli anziani, i malati, i detenuti, le donne, le madri, i rom.

Nella nostra Costituzione, l’art. 3, dopo aver sancito che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”, afferma che “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

In nessuna fonte, dunque, la vulnerabilità è definita a priori come status ma è individuata come condizione di chi necessita di speciale protezione da parte dello Stato perché rischia un

pregiudizio alla sua dignità di vita in conseguenza di una discriminazione (ad esempi non esaustivi, per età, sesso, salute, appartenenza a un gruppo etnico, essere stati o essere vittime di violenza o privazione della libertà di determinazione): la discriminazione, pertanto, può essere a sua volta causata da una particolare caratteristica individuale o di gruppo, reale o attribuita, fisiologica o dovuta a cause indipendenti dalla volontà di alcuno e potrebbe anche derivare da una condotta illecita altrui (e, in tal caso, potrebbe fondare il diritto ad una delle protezioni internazionali).

In tal senso, la costruzione della nozione di vulnerabilità costituisce perennemente un “lavoro in corso” che si arricchisce caso per caso.

Nella giurisprudenza della Corte EDU la vulnerabilità è stata considerata al fine di valutare comunque il rispetto delle norme della Convenzione di Ginevra sui rifugiati nelle condizioni di trattenimento, di esame della domanda di asilo, di rinvio al paese competente a tale esame, di respingimento.

In alcuni casi, la pur riconosciuta vulnerabilità è stata considerata un fattore non impediente il respingimento, ma soltanto incidente sulle sue modalità di attuazione⁴⁷ per mancato raggiungimento di una soglia tale da identificare un pregiudizio a un diritto della Convenzione.

In tal senso, la vulnerabilità rileva per la Corte EDU sempre in quanto implica la violazione di altro diritto della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

La **Corte di Giustizia** ha precisato la diversa rilevanza della vulnerabilità quale presupposto di protezione internazionale o di protezione interna allo Stato membro.

Nella sentenza [Mohamed M'Bodj v État belge](#), Grande Sezione 18 dicembre 2014 (C-542/13), ai punti 27, da 35 a 37, 41, 44, 45 e 46, interpretando gli articoli della direttiva qualifiche in riferimento al diritto all'assistenza sanitaria del cittadino di paese terzo autorizzato a soggiornare nel territorio di uno Stato membro, ai sensi di una normativa nazionale, perché affetto da una

⁴⁷ v. Corte EDU affaire [S.J. c. Belgique, Grande Chambre 19 marzo 2015](#) (requête no 70055/10): la ricorrente, cittadina nigeriana, aveva lamentato la violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione, per non essere stato il suo respingimento sospeso nonostante ella fosse affetta da AIDS, in Nigeria non le fossero assicurate cure adeguate e avesse intanto avuto sul territorio belga tre figli, tutti minori all'epoca del respingimento, la Corte ha puntualizzato che:

- dopo il rigetto della sua domanda di asilo, non ha mai soggiornato regolarmente in Belgio; pertanto, la scelta di avere tre figli, nonostante la precarietà della sua situazione, non rappresenta un elemento a suo favore;
- secondo quanto già espresso nei precedenti giurisprudenziali, l'espulsione di una persona gravemente malata verso un Paese dove non potrà godere di cure mediche equivalenti a quelle del Paese da cui è stata allontanata non comporta di per sé una violazione dell'art 3; addirittura anche un peggioramento significativo del suo stato di salute e della sua aspettativa di vita in caso di espulsione non integra una violazione dell'art.3, essendo necessario che le ragioni umanitarie che depongono a sfavore dell'espulsione siano ancor più imperative;
- sul carattere imperativo delle ragioni umanitarie escludenti l'espulsione perché integrante una fattispecie in violazione dell'art. 3, la Corte ha richiamato la sentenza N. c. Regno Unito del 2008 che a sua volta cita la sentenza D. c. Regno Unito del 1997, in cui il rimpatrio a St. Kitts di uno straniero gravemente malato era stato considerato in violazione dell'art. 3 perché egli era persona “vicina alla morte” che, nel suo Paese, sarebbe stata completamente sola, senza familiari in grado di fornirgli il minimo supporto;
- conseguentemente, poiché invece la malattia della ricorrente era “sotto controllo” ed ella non si trovava in uno “stato critico” ma era anzi “in grado di viaggiare”, la Corte ha ritenuto che gli elementi alla base della controversia non permettessero di ritenere raggiunto il livello di gravità richiesto dall'art. 3 CEDU (par. 124); ciò sebbene i giudici stessi fossero ben consapevoli che l'accesso ai farmaci in Nigeria era aleatorio e la maggior parte dei malati di AIDS non beneficiavano di cure gratuite (par. 123).

malattia che comporti un rischio effettivo per la vita o l'integrità fisica o un rischio effettivo di trattamenti inumani o degradanti, in mancanza di terapia adeguata nel suo paese d'origine o nel paese terzo in cui risiedeva in precedenza, ha affermato che:

- il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, dello status di protezione nazionale a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie non rientra, come indica il considerando 9 della direttiva qualifiche (nel recast del 2011 il considerando 15), nell'ambito di applicazione di quest'ultima (sentenza B e D, EU:C:2010:661, punto 118);
- una normativa che preveda una protezione nazionale a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie non costituisce "disposizione può favorevole" in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati persone ammissibili alle protezioni maggiori;
- contrasterebbe con il sistema generale e con gli obiettivi della direttiva 2004/83 (all'epoca vigente) la concessione degli status da essa previsti a cittadini di paesi terzi che si trovino in situazioni prive di qualsiasi nesso con la logica della protezione internazionale;
- esorbitano, infatti, i motivi di concessione di questa protezione nazionale dalla persecuzione o dal danno grave ex art. 15, b), nel senso che il danno grave da esso definito non ricomprende una situazione in cui il trattamento inumano o degradante che un richiedente affetto da una grave malattia potrebbe subire in caso di ritorno nel suo paese d'origine non sia dovuto ad una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente a tale richiedente.

In tal senso, per la CGUE la vulnerabilità non intenzionalmente inflitta sembrerebbe rilevare unicamente per la protezione complementare nazionale e non avere alcun nesso con la logica della protezione internazionale.

La concessione degli status disciplinati dalle direttive a cittadini di paesi terzi che si trovino in tali situazioni contrasterebbe con il sistema generale CEAS finalizzato a limitare, attraverso il "ravvicinamento delle norme relative al riconoscimento e agli elementi essenziali dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria" "il movimento secondario dei richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri, nei casi in cui tali movimenti siano dovuti esclusivamente alla diversità dei quadri giuridici" (considerando 13 direttiva "qualifiche").

C'è una relazione tra il divieto di respingimento e la protezione umanitaria?

Le categorie vulnerabili del terzo comma sono effettivamente espellibili?

La rilevanza della vulnerabilità al fine della protezione interna complementare comunque incide sul divieto di respingimento.

Nella sentenza [Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve v. Moussa Abdida](#), Grande Sezione, 18 dicembre 2014 (C 562/13), la Corte di giustizia, qualificando come «decisione di rimpatrio» ai sensi dell'articolo 3, punto 4, della direttiva 2008/115 la questione di

fatto sottoposta al suo scrutinio⁴⁸, pur ribadendo il diverso ambito di rilevanza della vulnerabilità per motivi di salute rispetto alla protezione internazionale e a quella nazionale, ha espressamente affermato che:

- le ragioni umanitarie che depongono contro l'allontanamento possono essere imperative (v., segnatamente, Corte EDU, sentenza N. c. Regno Unito del 27 maggio 2008, § 42) perché integranti una violazione dell'art. 3 CEDU;
- “dall'economia generale della direttiva 2008/115, di cui occorre tenere conto per interpretare le sue disposizioni (v., in tal senso, sentenza Abdullahi, C 394/12, EU:C:2013:813, punto 51)” emerge che “gli Stati membri sono tenuti a offrire a un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia, che ha proposto un ricorso contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporlo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute, le garanzie nell'attesa del rimpatrio approntate dall'articolo 14 della suddetta direttiva”.

È evidente la differente prospettiva dell'analisi della Corte EDU e della Corte di giustizia: per la Corte EDU la vulnerabilità può essere di tale gravità da costituire presupposto di un trattamento inumano e degradante e, perciò, di una violazione dell'art. 3 CEDU, qualora lo Stato non se ne assuma la protezione.

Per la Corte di giustizia, è l'assenza di intenzionalità da parte dello Stato ad escludere la rilevanza di tale violazione dell'art. 3 CEDU per ravvisare un'ipotesi di protezione sussidiaria.

Allo stesso modo, però, nelle ipotesi esaminate, entrambe le Corti hanno escluso il respingimento per sussistenza di una grave compromissione del diritto alla salute.

Anche la **nostra Corte di legittimità** ha ricondotto le ipotesi di vulnerabilità nell'alveo dell'asilo costituzionale e, cioè, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/18, nelle misure di carattere umanitario ex art. 5 VI comma, ritenute a “carattere atipico e residuale da accertarsi caso per caso”.

Ha ritenuto, infatti, che la natura atipica e residuale di tali misure di protezione si riscontrasse proprio “nelle situazioni c.d. vulnerabili che possono avere l'eziologia più varia, non devono necessariamente discendere come un "minus" dai requisiti delle misure tipiche del rifugio e della protezione sussidiaria” e “costituiscono un catalogo aperto non necessariamente fondato sul fumus persecutionis o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica secondo la declinazione del D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 14” (Cass. civ. [sez. 6 - 1, Sentenza n. 26566 del 2013](#)).

Proprio questa caratteristica del permesso per motivi umanitari consentiva di attuare l'ampiezza del diritto d'asilo costituzionale così come definito dall'art. 10 Cost., assicurando protezione alle situazioni “vulnerabili” non rientranti nelle misure tipiche o perché aventi il carattere della temporaneità o per impedimento al riconoscimento della protezione sussidiaria, o, infine, perché intrinsecamente diverse nel contenuto rispetto alla protezione internazionale ma caratterizzate da

⁴⁸ Di là delle indicazioni dell'organo remittente, la Corte deve fornire tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per definire la controversia di cui è investito, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento nel formulare le proprie questioni. A tal proposito, la Corte è tenuta a trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi di tale diritto che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia.

un'esigenza qualificabile come umanitaria (problemi sanitari, madri di minori etc.) (Cass. civ. [sez. 6 - 1, Ordinanza n. 15466 del 2014](#)).

Con la [sentenza n. 4455 del 23/02/2018](#), la I sez. della Corte di Cassazione ha precisato che la condizione di "vulnerabilità" può "avere ad oggetto anche la mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per un'esistenza dignitosa", "può essere la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute, non potendo tale primario diritto della persona trovare esclusivamente tutela nel D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 36" oppure "può essere conseguente ad una situazione politico-economica molto grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente, od anche discendere da una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili)".

Ha precisato, pure e tuttavia, la Corte che "queste ultime tipologie di vulnerabilità richiedono l'accertamento rigoroso delle condizioni di partenza di privazione dei diritti umani nel paese d'origine perché la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità".

Ne è derivato il principio di necessaria comparazione, "caso per caso, della vita privata e familiare del richiedente in Italia, comparata alla situazione personale che egli ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio. I seri motivi di carattere umanitario possono positivamente riscontrarsi nel caso in cui, all'esito di tale giudizio comparativo, risulti un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)".

La vulnerabilità è condizione da collegarsi con il paese di origine?

Con ordinanza interlocutoria n. 28316/20 dell'11/12/2020, la sez. VI-1 della Corte di cassazione ha ripensato questo orientamento – e, perciò, ha investito il Primo Presidente per l'eventuale rimessione alle SU, chiedendosi se "a fronte di una situazione di 'stabile insediamento', da accertarsi secondo precisi parametri connessi alla durata, stabilità e consistenza qualitativa della condizione di permanenza in Italia", l'allontanamento possa configurarsi "come evento idoneo a provocare la lesione dei diritti umani fondamentali che connotano il 'radicamento' dello straniero nel paese di accoglienza e dei quali il richiedente risulterebbe privato nel paese di origine": in tal caso, "la vulnerabilità può scaturire dallo 'sradicamento' del cittadino straniero che, col tempo, abbia trovato nel paese ospitante una stabile condizione di vita, da intendersi riferita non solo all'inserimento lavorativo, che è indice indubbiamente significativo, ma anche ad altri ambiti relazionali rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 8; conseguentemente, dovrebbe in tali casi risultare "attenuato" il rilievo delle condizioni del paese di origine non eziologicamente ricollegabili alla "stabile condizione di vita conseguita nel nostro paese."

Nella nostra giurisprudenza di legittimità e di merito, insomma, la “vulnerabilità” è divenuta presupposto di inespellibilità e di permesso di soggiorno per i cosiddetti motivi umanitari ex art. 5 VI comma TUI (nella formulazione introdotta dal d.l. 130/2020 (e precedente il decreto sicurezza)).

1.11 La protezione umanitaria, prima della sua “tipizzazione” ad opera del d.l. n. 113/2018 come convertito dalla l.n.132/2018, aveva il suo fondamento normativo nel VI comma dell’art. 5 TUI, dove era previsto, a contrario, “il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno” non potessero essere adottati quando ricorressero “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”⁴⁹. In correlazione, l’art. 32 del d.lgs. 25/08 (attuativo della direttiva “procedure”) ne prevedeva il permesso: “nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l’eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 6”.

Nel Dossier studi del Senato e della Camera relativo al d.l. n.113/2018, si legge che la modifica della disciplina in materia di protezione per motivi umanitari è stata adottata in “risposta ad un andamento per così dire 'inflattivo' nel rilascio dei permessi di soggiorno per motivi umanitari (a seguito di deliberazioni delle Commissioni territoriali o pronunzie dell'autorità giudiziaria avverso le loro decisioni di rigetto)”.

Questo “andamento inflattivo” era dovuto, secondo la Relazione illustrativa, “principalmente ad una definizione legislativa dell’istituto dai contorni incerti, che lascia ampi margini ad una interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario per il quale l’istituto è stato introdotto nell’ordinamento”; in conseguenza, è stato ritenuto necessario, “analogamente a quanto accade in altri Paesi europei”, individuare “specifici casi di protezione complementare” (così sempre nella Relazione).

È stata, perciò, abrogata nel comma 6 dell’art. 5 la clausola “aperta” ed è stata chirurgicamente cancellata, da ogni disposizione, legislativa o regolamentare, l’espressione “permesso di soggiorno per motivi umanitari”.

Sono state quindi previste – o conservate – soltanto alcune ipotesi nominate di titoli di soggiorno per vulnerabilità:

- per protezione sociale, art. 18 TUI,
- per violenza domestica, art. 18-bis TUI,
- per cure mediche, art. 19 c. 2 lett. d-bis TUI
- per calamità naturale, art. 20 bis TUI,
- per protezione contro il particolare sfruttamento lavorativo, art. 22, comma 12-quater TUI,
- in favore dei minori, art. 28, lett. a-b D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 att. TUI e art. 31 TUI.

⁴⁹ La formulazione ampia della clausola era stata mutuata dalla modifica del comma 12 dell’art. 4 della legge Martelli (1990) introdotta con la legge n. 188/93 attuativa degli accordi di Shengen (autore l’on. Salvatore Senese), delle direttive qualifiche e procedure e del loro recepimento. È interessante rimarcare che l’inserimento della clausola nella l. Martelli è avvenuta quando ancora il permesso di soggiorno era questione espressamente riservata al giudice amministrativo.

All'art. 32, comma 3 del d.lgs. 25/08 è stato poi previsto un permesso per "protezione speciale" "nei casi in cui la Commissione non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286" (cioè, nella formulazione vigente prima dell'ottobre 2020, i casi di divieto "assoluto" di respingimento").

Questa "tipizzazione" non è adeguata alla protezione dei diritti fondamentali: è evidente, infatti, per le considerazioni già svolte, che la "vulnerabilità" non si presta, come detto, ad essere catalogata a priori, prima e fuori del caso concreto e ciò avrebbe implicato necessariamente il rischio di negare protezione a situazioni che, pur non fondando la concessione delle protezioni maggiori, comunque impedissero il respingimento.

I limiti della "tipizzazione" sono infatti emersi immediatamente in sede di primo rinnovo dei permessi umanitari già concessi in forza dell'abrogata clausola dell'art.5, comma 6, TUI: le Commissioni nazionali hanno infatti utilizzato il permesso ex art. 32 comma 3 per non respingere e rinnovare i permessi umanitari ex comma 6 abrogato nelle situazioni lasciate scoperte dalla nuova normativa, tutte caratterizzate da una vulnerabilità non temporanea e non riconducibile alle ipotesi previste, quali, ad esempio, le cattive condizioni di salute cronicizzate (per esempio, cecità, impossibilità a deambulare, sofferenza psichica) o lo sradicamento totale dal paese di origine per essere arrivati in Italia in giovanissima età e per non aver più alcun familiare nel paese di origine.

Intanto, già nel novembre 2019, risolvendo un contrasto in seno alla I sezione della Corte civile, le Sezioni unite, con [sentenza n. 29459](#), premesso che:

- la situazione giuridica soggettiva dello straniero nei confronti del quale sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost. e art. 3 della convenzione Europea dei diritti dell'uomo;
- il diritto unionale, d'altronde, sia pure con riferimento allo status di rifugiato, stabilisce (considerando 21 della direttiva n. 2011/95) che il relativo riconoscimento è atto ricognitivo e che la conseguente qualità non dipende dal riconoscimento (CGUE, Grande Sezione, 14 maggio 2019, cause C-391/16, C-77/17 e C-78/18, punto 92);
- tutte le protezioni, compresa quella umanitaria, sono espressione del diritto di asilo costituzionale.
- la scelta italiana di garantire una terza forma di tutela complementare alle due protezioni maggiori riconosciute dal diritto unionale trova legittimazione -anche- nel sistema Europeo, nella direttiva n. 2008/115/CE;
- l'identificazione dei presupposti delle protezioni maggiori esclude il rischio di improprie sovrapposizioni;
- gli interessi protetti dal permesso per ragioni umanitarie non possono restare ingabbiati in regole rigide e parametri severi, che ne limitino le possibilità di adeguamento, mobile

ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali; sicché, l'apertura e la residualità della tutela non consentono tipizzazioni (tra le varie, Cass. 15 maggio 2019, nn. 13079 e 13096);

- le basi normative non sono, allora, affatto fragili, ma a compasso largo: l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione;

hanno sancito l'applicabilità del comma 6 dell'art. 5 TUI nella formulazione precedente il d.l. 113/208 alle domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge perché il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali".

Il decreto legge n.130/2020, come convertito con l.n.173/2020 ha nuovamente riformulato il comma 6 dell'art. 5 TUI, prevedendo ancora una volta, a contrario, che “il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno” non possano essere adottati quando ricorra la necessità del “rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”.

Rispetto alla clausola del testo originario non è stata, dunque, reintrodotta la salvezza dei “seri motivi di carattere umanitario”.

Vi era una differenza tra la locuzione abrogata del comma 6 dell'art. 5 TUI “seri motivi, in particolare di carattere umanitario” e la seconda locuzione “o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”?

La nuova formulazione dell'art. 5 comma 6 implica un ritorno al passato?

Non possiamo trascurare l'abrogazione della locuzione “seri motivi di carattere umanitario”: si trattava, infatti, di una vera e propria clausola generale che, come tale, aveva piena autonomia rispetto al rinvio agli “obblighi costituzionali o internazionali dello Stato” oggi unicamente riprodotti; le due locuzioni erano infatti collegate da una disgiuntiva “o” che le rendeva distinte nell'operazione di valutazione da parte del giudice.

Come tale, la clausola generale è prevista dal legislatore “per adeguare la norma ad un dato contesto storico-sociale o a speciali situazioni, non esattamente ed efficacemente determinabili ‘a priori’, ma da specificare in via interpretativa da parte del giudice del merito, con un giudizio censurabile in sede di legittimità, in quanto fondato comunque su norme giuridiche” (così SU n. 2572/2012 sulle “gravi ed eccezionali ragioni” dell'art.92 c.p.c.). Il rinvio è, infatti, a un criterio meta-giuridico che comunque però integra tipi astratti e generali che il giudice è tenuto a rinvenire nei fatti: con l'inserimento dei fatti il giudice completa la fattispecie non determinata dalla norma. La differenza della clausola generale rispetto alla clausola di rinvio ad altre fonti normative è proprio nella indeterminatezza dell'individuazione del presupposto di applicabilità in fatto.

In altri termini, nella fattispecie costruita in riferimento a una clausola generale – perciò detta “aperta” - è operato “un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel

quale la decisione è destinata a produrre effetti”⁵⁰: costruendo tale norma il legislatore “sospende il suo giudizio” e lo “rimette ad una competenza diversa”⁵¹.

Per questo, la funzione della clausola generale è, per il giudice, quella di correggere i risultati a cui si perverrebbe applicando una norma specifica o di colmare i vuoti di regolamentazione per decidere un caso non disciplinato dalla legge o perché sfuggito al legislatore oppure perché fattispecie «nuova»⁵² (si pensi all’evoluzione del concetto di “vulnerabilità” di cui si è detto): le clausole generali costituiscono, insomma, “norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale.”⁵³

La riproposizione nel comma 6 del solo rinvio agli obblighi costituzionali e internazionali non può, pertanto, significare un pieno ritorno al passato perché chiama il giudice interprete non più *anche* alla determinazione della fattispecie in concreto attraverso il riferimento ad un “parametro extralegale”, ma all’individuazione interna all’ordinamento giuridico della fonte dell’obbligo sia pure e certamente non soltanto costituzionale, ma sovranazionale e internazionale, su cui si fonda il diritto ad un permesso per motivi umanitari da riconoscere.

L’indicazione dell’“obbligo” quale rinvio e non direttamente di un Trattato o delle Carte o della Convenzione può indicare la possibilità del decisore di riferirsi anche ai cosiddetti “principi normativi” ricavabili dall’ordinamento, anche non nazionale.

In questi limiti - invero tutt’altro che stretti - può oggi essere letto il “catalogo aperto” come affermato dalla Corte di legittimità.

Conseguentemente, quel che al giudice della protezione è chiesta è l’individuazione della fonte normativa che genera l’obbligo di accoglienza per lo Stato e sostiene la situazione ritenuta meritevole di protezione, perché l’elasticità della norma, nonostante l’ampiezza e la dinamicità del rinvio di legge, comunque è stata compressa.

È ancora necessaria la comparazione della situazione personale in Italia con quella vissuta nel Paese di origine prima della partenza e da affrontare in conseguenza del rimpatrio?

Ci si è domandati se il richiamo nel comma 1.1 dei motivi di cui al comma 6 dell’art. 5 consenta di ritenere non più necessaria, come invece affermato da Cass. sez. I n. 4455 del 23/02/2018, la

⁵⁰ S. RODOTÀ, “*Il tempo delle clausole generali*”, Riv. crit. dir. priv., 1987, 709 ss..

⁵¹ Ibidem. Tirando le fila, “nell’interpretare e nell’applicare le clausole generali, il meccanismo della sussunzione opererebbe, per così dire, alla rovescia: mentre per le norme che non contengono clausole generali “... è il fatto concreto che va ‘sussunto’ nella ‘norma’ (già data)”, in presenza di clausole generali “... è il giudizio di fatto (espresso sulla base di parametri extralegali: ‘principi dell’etica o del costume’, ‘canoni estetici’, ‘regole economiche e così via’) a riempire il contenuto e a ‘concretizzarle’ è la clausola generale”. Il ragionamento del giudice basato su standard è modellato secondo uno schema diverso dalla cosiddetta sussunzione sillogistica. Quest’ultima è così strutturata: premessa maggiore costituita dalla norma, premessa minore costituita dal fatto, conclusione di tipo deduttivo. In presenza di uno standard l’ordine muta e si ha “... prima il fatto che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione” (così in V. VELLUZZI - Istituto di Filosofia e sociologia del diritto Università di Milano, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 1 http://www2.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, In Iure Praesentia, 1989, pp. 426-461; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, P. COMANDUCCI E R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 311-344).

⁵² S. PATTI, “*Principi, clausole generali e norme specifiche nell’applicazione giurisprudenziale*” in *Giustizia civile.com* <http://giustiziacivile.com/giustizia-civile-riv-trim/principi-clausole-general-e-norme-specifiche-nellapplicazione>

⁵³ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. critica dir. priv., 1986, pp. 5-19;

comparazione della situazione personale in Italia con quella vissuta nel Paese di origine prima della partenza e da affrontare in conseguenza del rimpatrio.

In tal senso potrebbe deporre la mancata indicazione, a differenza che per le ipotesi di rilevanza del diritto alla vita privata e familiare, della necessità di tener “*conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell’interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell’esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d’origine*”.

Come abbiamo visto, tuttavia, la nozione di vita privata e familiare è sufficientemente ampia e potrebbe coprire tutte quelle situazioni (con i limiti suindicati come elaborati dalla giurisprudenza sovranazionale) in cui sia ravvisabile il cosiddetto “inserimento sociale”. In tal senso si porrebbe difficilmente in pratica la questione della comparazione.

1.12 L’art. 15 della l.n.173/2020: il regime transitorio.

Come opera la norma transitoria prevista all’art. 15 della l.n.173/2020 sulla protezione complementare?

Su queste premesse è necessario leggere l’art. 15 del d.l. n. 130/2020 come convertito dalla l.n. 173/2020.

L’art.1 del d.l. 113/18 aveva interamente sostituito il comma 6 ll’art. 5 TUI e abrogato chirurgicamente la locuzione “motivi umanitari” dal TUI, dal suo dpr attuativo e dal d.lgs. n. 25/2008, senza dettare una disciplina transitoria.

Statuendo sulla controversa questione della sua applicabilità anche alle domande di protezione pendenti e non ancora definite, le SU della Corte, con la sentenza 29459/19 di cui già si è detto, hanno stabilito che:

- la novella conteneva due sole disposizioni transitorie, riguardanti la prima (art. 1, comma 8) i permessi di soggiorno per motivi umanitari già rilasciati fino alla loro naturale scadenza e la seconda (art. 1, comma 9) l’ipotesi di procedimenti in corso in cui le Commissioni territoriali avessero già ritenuto la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario;
- non era, invece, espressamente regolata la sorte del caso che si è verificato nell’odierno giudizio, in cui il permesso è stato denegato dalla Commissione territoriale e riconosciuto dal giudice antecedentemente all’entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018.
- “ineludibile” era quindi il ricorso alle regole che scandiscono la successione delle leggi nel tempo;
- il principio d’irretroattività della legge, stabilito dall’art. 11 preleggi, non può soffrire di deroga al cospetto del mutamento, dovuta a diritto sopravvenuto, del fatto generatore del diritto azionato o delle conseguenze giuridiche, attuali o future, di esso;
- il diritto del cittadino straniero di ottenere un titolo di soggiorno fondato su “seri motivi umanitari” desumibili dal quadro degli obblighi costituzionali e internazionali assunti dallo Stato era, infatti, già sorto antecedentemente all’entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018, per effetto del verificarsi delle condizioni di vulnerabilità e la proposizione della domanda ne aveva cristallizzato il paradigma legale che non può essere modificato per effetto della successione delle leggi nel tempo; e ciò in aderenza al principio generale di ragionevolezza,

che impedisce d'introdurre ingiustificate disparità di trattamento, nonché a esigenze di tutela del legittimo affidamento, connaturato allo Stato di diritto.

L'irretroattività del d.l. n. 113/2018 è stata perciò esplicitamente fondata, dalle SU - e dalle decisioni successive - sull'assenza di disciplina transitoria, in applicazione dei principi di diritto intertemporale (l'irretroattività della legge come sancita dall'art. 11 delle preleggi).

Per questa operazione ermeneutica, al decisore è stato consentito di esaminare la domanda applicando, per le domande anteriori al 5/10/2018, anche la formulazione del comma 6 precedente il d.l. n. 113/2018

Nel d.l. n.130/2020, invece, il legislatore ha previsto, al comma I dell'art. 15, che “le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettere a), e) ed f) si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto avanti alle commissioni territoriali, al questore e alle sezioni specializzate dei tribunali, con esclusione dell'ipotesi prevista dall'articolo 384, secondo comma, del codice di procedura civile.”: è stata cioè prevista l'immediata applicabilità, retroattiva, anche alle domande introdotte prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto⁵⁴.

In tal senso il principio della Cassazione secondo cui nella protezione è il tempo della domanda a cristallizzare il paradigma legale applicabile nella fattispecie sembrerebbe derogato dal legislatore⁵⁵ che ha stabilito l'immediata applicazione dell'art. 5, comma 6 riformulato.

Dalla previsione dell'immediata applicazione, dovrebbe invero discendere che tutte le domande anteriori all'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020 e le situazioni di fatto che le fondano, pendenti avanti alle commissioni territoriali, al questore e alle sezioni specializzate dei tribunali, con esclusione dei giudizi di rinvio, debbano essere esaminate sulla base dell'art.5, comma 6 e del comma 1, 1.1, 1.2 e 2 dell'art.19 TUI come riformulati dall'art. 1 lett. a), e) ed f) del d.l. n. 130/2020.

Questa è l'interpretazione classificata “piana” nella Relazione del massimario n.94 del 20/11/2020 sul d.l. n. 130/2020.

Nella stessa Relazione, quindi, sono ricostruite più ipotesi - individuate come “disarmonie applicative” –che deriverebbero dal ritenere o non che la nuova formulazione del comma 6 “abbia riallineato la disciplina della protezione umanitaria alle previsioni ante ‘decreto sicurezza’”.

Così, ad esempio, ha ritenuto il Tribunale di Napoli, secondo cui vi è “continuità normativa tra la protezione umanitaria di cui all'art. 5, comma 6,TUI. nel testo vigente *ratione temporis*, e la protezione speciale, di cui all'art. 19 comma 1.2, come introdotto dal d.l. n. 130/20, conv. con L. 173/20. I fatti ai quali il legislatore ha attribuito rilevanza giuridica con le nuove disposizioni sono

⁵⁴ Non risulta, invece, l'immediata applicabilità né ai giudizi ancora pendenti innanzi alle Corti d'appello investite delle procedure trattate con il rito anteriore alla riforma del 2017, né ai giudizi dinnanzi alla Corte di Cassazione.

⁵⁵ Corte Cost., sent. n. 118 del 1957: il principio d'irretroattività in materia civile “non è mai assunto, nel nostro ordinamento, alla dignità di norma costituzionale”; in materia civile, infatti, l'osservanza del principio è rimessa “alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro, salvo estrema necessità, dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preteriti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile”.

sostanzialmente sovrapponibili a quelli che fondavano la protezione cosiddetta “umanitaria”, per come conformata dalla più diffusa giurisprudenza di legittimità e di merito prima della novella di cui all’articolo 1, comma 1, lettera b), numero 2), del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1 dicembre 2018, n. 132, e definita dalla Corte di Cassazione come espressione del diritto di asilo sancito in Costituzione (tra le tante, Cass. civ., sez. I, 13 ottobre 2020, n. 22057). Essi, invero, sono ricognitivi del diritto dello straniero, che versi in condizioni di un concreto bisogno di aiuto, di ricevere protezione dallo Stato ospitante in virtù del dovere di solidarietà sociale assicurato dall’art. 2 Cost., affinché egli non subisca, in caso di rimpatrio nel paese di origine, il rischio di una grave deprivazione dei diritti fondamentali, che gli spettano non in quanto partecipe di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umano, non potendo la sua condizione giuridica di straniero giustificare trattamenti diversificati e peggiorativi (Corte Cost. 10 aprile 2001, n. 105; 8 luglio 2010, n. 249)⁵⁶.

Nella Relazione del massimario, tuttavia, si legge anche che “se invece si ritiene che il novum abbia instaurato un regime intermedio, in cui cioè alcune delle situazioni di vulnerabilità protette prima del “decreto sicurezza” continuano a restare scoperte, l’art. 15, comma 1, produrrebbe l’effetto di estendere questa nuova disciplina a un gran numero di procedimenti, anche originati da domande anteriori al 5 ottobre 2018. Qui si potrebbe rilevare un’altra disarmonia applicativa, poiché la protezione umanitaria allargata per domande ante “decreto sicurezza” presentate, in ipotesi, lo stesso giorno potrebbe essere accordata solo in favore di coloro il cui procedimento, alla data del 22 ottobre 2020, si trovava davanti alla Cassazione o davanti al giudice del rinvio. Con il risultato tra l’altro che la Corte di cassazione applicherebbe la nuova disciplina solo ai procedimenti nati da domande nuove, mentre, per le domande anteriori, sarebbe chiamata ad applicare o il regime più favorevole ante “decreto sicurezza” o il regime deteriore del periodo intermedio”.

Per tali considerazioni, nella Relazione è proposta “un’interpretazione costituzionalmente orientata secondo cui l’art. 15, comma 1, sia norma sì retroattiva, ma di portata limitata, dovendo essere fatto salvo l’affidamento sul regime più favorevole riposto da chi ha presentato la domanda in epoca anteriore al 5 ottobre 2018.”

Nelle sezioni dei tribunali di Ancona, Bologna, Firenze, Genova, Milano si ritiene che le domande di asilo spiegate prima del 5/10/2018, cioè dell’entrata in vigore del d.l. n.113/2018, debbano essere scrutinate ai sensi del previgente art. 5 comma 6 d.lgs. 286/98 (con conseguente rilascio del permesso di soggiorno per «casi speciali»), in riferimento all’endiadi “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. La motivazione dell’applicazione si fonda, nelle diverse pronunce, su comuni presupposti. Innanzitutto sono valorizzati i punti di motivazione delle sentenze gemelle delle SU sulla irretroattività del d.l. n.113/2018:

- secondo le sentenze n. 29459 e n. 29460 del 2019 delle SU, “la nuova norma (cioè il comma 6 dell’art. 5 TUI formulato dal d.l. n. 113/2018), divenuta vigente, è senz’altro

⁵⁶ È particolarmente interessante, nella motivazione, il richiamo al dovere di solidarietà sociale come imposto dall’art. 2 della Cost..

immediatamente applicabile” ma non retroattiva “per il principio generale di irretroattività, che non gode di copertura costituzionale nella materia in questione, ma che è pur sempre stabilito, salvo deroghe, dall’art. 11 delle preleggi”;

- l’istituto della protezione umanitaria, come originariamente prevista dall’art. 5 comma 6 d.lgs. 286/98, deve continuare ad avere applicazione per le domande anteriori all’entrata in vigore del d.l. n. 113/18 in assenza di un’espressa previsione di retroattività della norma che l’ha abrogata, alla luce dei diritti fondamentali che esso tutela e fermo restando che una previsione di retroattività dovrebbe essere sottoposta al vaglio di costituzionalità, in quanto dovrebbe trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza”.

Quanto alla operatività della norma transitoria è considerato che:

- “il D.L. 130/2020 ha –si– modificato l’art. 19 comma 1.1 cit. prevedendo nuove ipotesi di protezione speciale, ma non ha modificato il D.L. 113/18 nella parte in cui era assente una normativa transitoria e non era prevista la retroattività della modifica dell’art. 5 comma 6 cit.” (così Tribunale di Genova);
- “il nuovo art. 19 comma 1.1 si concentra espressamente sulla tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall’art. 8 CEDU, ma lascia sfornite di tutela innumerevoli situazioni nelle quali il previgente art. 5 comma 6 d.lgs. 286/98 impone il riconoscimento della protezione umanitaria” (così Tribunale di Genova);
- tra le norme di immediata applicabilità “non vi è la norma abrogativa della protezione umanitaria (con il contenuto del previgente art. 5 co. 6 del d.lgs. n. 286 del 1998) la cui espunzione resta effetto del solo d.l. n. 113/2018 e della sua legge di conversione; va infatti posto in particolare rilievo che l’art. 1 lett. a) del d.l. n. 130/2020 non sostituisce integralmente il previgente art. 5 co. 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 ma unicamente vi reintroduce il dovere di rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali espunto dal d.l. n. 113/2018” (così Tribunale di Firenze);
- “la disciplina transitoria fissa, dunque, il principio dell’immediata applicazione delle nuove norme ma non stabilisce che esse si applichino retroattivamente né pone deroghe all’art. 11 delle preleggi e non incide pertanto “sui fatti verificatisi sotto la vigenza dell’articolo 5 comma 6 del T.U.I., nella formulazione vigente fino all’abrogazione da parte del d.l. n. 113/2018, e che hanno fatto insorgere il diritto alla protezione umanitaria quando si è verificata la situazione di vulnerabilità (Cass. SU punto 5.3.1.); ciò perché la “situazione giuridica dello straniero nei confronti del quale sussistano i presupposti per la protezione umanitaria ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 della Costituzione e 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Cass. SU punto 5.4)” ed è espressione del diritto di asilo costituzionale ex art. 10 comma 3 Cost. di cui la protezione umanitaria è attuazione (Cass. SU punto 6.1 e Corte cost. 24 luglio 2019 n. 194) (così Tribunale di Milano);
- l’applicazione retroattiva delle nuove norme non sarebbe così giustificata “sul piano della ragionevolezza” in considerazione dei “valori costituzionalmente tutelati” di eguaglianza e di affidamento e che “sarebbero potenzialmente lesi dall’efficacia a ritroso della norma” (Cass. SU punto 6.5 e Corte cost. 22 febbraio 2017 n. 73), nei limiti in cui la diversa

valutazione giuridica dei fatti già accaduti determinasse l'effetto di escludere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari (Cass. SU 6.5) (così Tribunale di Milano);

- “l'art. 15 ... pur non avendo abrogato la possibilità di riconoscere la protezione per ragioni umanitarie nei casi in cui la domanda sia stata presentata prima del 5.10.2018” prevede che “qualora non ve ne siano i presupposti, andrà in ogni caso valutato se sussistano gli estremi per il riconoscimento del nuovo permesso di soggiorno per protezione speciale, avuto riguardo al radicamento sul territorio nazionale e alla vita privata e familiare ivi costruita dal richiedente asilo” (così Tribunale di Ancona);
- per la domanda di protezione internazionale presentata in data anteriore al 5/10/18 “va fatto salvo l'affidamento del richiedente sul regime normativo più favorevole esistente al momento della proposizione poiché la norma transitoria posta dall'art. 15 d.l. n. 130/20 conv. con l. n.173/20 ha portata limitata in presenza di diritti fondamentali. Le leggi attuative delle riserve costituzionali in materia di diritti fondamentali presentano infatti dei limiti all'intervento modificativo del legislatore, poiché la garanzia dei diritti fondamentali assicurata dall'art.2 Cost include l'affidamento nella stabilità della situazione normativa esistente e funzionale al loro godimento: i cittadini cioè devono riporre affidamento su un trattamento conforme alla normativa vigente all'atto dell'insorgenza del diritto, essendo irragionevole il diverso trattamento di identici diritti insorti allo stesso tempo solo perché decisi in tempi diversi (vedi relazione massimario cassazione 20/11/2020)” (così il Tribunale di Bologna).

Queste articolate motivazioni, tuttavia, suscitano alcuni interrogativi.

Le norme sul regime intertemporale e la successione delle leggi nel tempo trovano applicazione quando il legislatore non abbia adottato uno specifico regime transitorio.

In tal senso, le sentenze gemelle delle SU hanno sì affermato l'inapplicabilità retroattiva del comma 6 dell'art. 5 TUI come riformulato dal d.l. n.113/18, in forza del principio di irretroattività ex art.11 preleggi, dei diritti quesiti e dei fatti compiuti nel vigore della norma precedente vigente ma sul presupposto di fatto e di diritto, affermato senza equivoci, dell'assenza di una disciplina transitoria in deroga: con le due sentenze, invero, la Corte di legittimità ha potuto stabilire la norma applicabile in riferimento al regime più favorevole e al tempo della domanda perché ha potuto e dovuto utilizzare i principi regolatori della successione delle leggi proprio per l'assenza di una norma transitoria nel d.l. n.113/2018.

Ciò non significa che il comma 6 non sia stato interamente riscritto dal d.l. n. 113/2018: prima del d.l. n. 130/2020, le SU hanno consentito l'utilizzabilità della precedente formulazione ai casi già pendenti soltanto in forza del principio di irretroattività della nuova norma, non perché la vecchia norma sia “sopravvissuta” alla riforma.

Oggi, il legislatore è nuovamente intervenuto sul comma 6 dell'art. 5 inserendo la clausola di salvezza degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano; quindi, con una specifica norma transitoria ha disposto che la norma così riformulata sia immediatamente applicabile alle procedure in corso non ancora definite senza distinguere le domande per data di proposizione.

Utilizzando per sinteticità un brocardo, dovremmo insomma ritenere che “abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata”.

I ristretti limiti di questa sede non consentono l’approfondimento dovuto alle nozioni di “tutela del legittimo affidamento, connaturato allo Stato di diritto”, affermato dalle SU della Corte per stabilire il regime intertemporale del d.l. n.113/2018 come principio immanente negli ordinamenti moderni (sul punto, è significativa la continua elaborazione proposta nella giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE).

In effetti, sempre più frequentemente, a causa delle rapide trasformazioni sociali ed economiche e, in ogni caso, dell’instabilità politica, il legislatore interviene a modificare le norme di singoli settori o aree di interesse, imponendo, talvolta, sostanziali cambiamenti di prospettiva.

Dopo la pronuncia delle SU sulla retroattività del d.l. 113/18, tuttavia, è stata emanata una nuova legge con relativa disciplina transitoria e l’art. 14 delle preleggi sancisce che le norme transitorie, in quanto eccezionali rispetto alla irretroattività, sono di stretta interpretazione e “non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”.

E’, pertanto, ragionevole dubitare che possa essere il giudice ordinario a stabilire se tale norma transitoria sia o non conforme e “scegliere”, in conseguenza, in quale formulazione applicare il comma 6 dell’art. 5 TUI: il giudice, qualora ravvisi un fatto compiuto e la violazione di un diritto quesito o del legittimo affidamento o la disparità di trattamento della nuova norma in vigore rispetto alla disciplina previgente può unicamente investire la Corte costituzionale del giudizio di conformità.

La questione della irragionevolezza di questo art. 15 in riferimento ai *valori costituzionalmente tutelati di eguaglianza e di affidamento che sarebbero potenzialmente lesi dall’efficacia a ritroso della norma nei limiti in cui la diversa valutazione giuridica dei fatti già accaduti determinasse l’effetto di escludere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari* dovrebbe allora essere rimessa all’esclusivo scrutinio del Giudice delle leggi.

La sentenza delle SU n. 24413/2021 sul giudizio di comparazione nella protezione umanitaria; l’applicabilità del comma 6 dell’art. 5 TUI nella originaria formulazione ante dl 113/2018.

Nelle more della pubblicazione di questo lavoro, le SU della Corte di Cassazione si sono pronunciate sulla questione rimessa con l’ordinanza interlocutoria n. 28316/20 dell’11/12/2020 dalla sez. VI-1 (v. § 1.10.)

Nei limiti di un’analisi breve qui concessa, potrebbero essere utili alcune considerazioni suggerite dalla sentenza.

1. L’operatività dell’art. 15 dl 130/2020. Come meglio analizzato nel § 1.12, nelle sezioni di alcuni Tribunali si è ritenuto, dopo l’entrata in vigore del d.l.130/2020, di continuare a scrutinare le domande di asilo spiegate prima del 5/10/2018, cioè prima dell’entrata in vigore del decreto 113/2018, ai sensi del previgente art. 5 comma 6 d.lgs. 286/98 (con rilascio del permesso di soggiorno per «casi speciali»), in riferimento all’endiadi “seri motivi, in particolare di carattere

umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”: ciò nonostante esplicitamente, al comma 1 dell’art. 15 del d.l. n.130/2020, il legislatore abbia invece previsto la retroattività delle “disposizioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettere a), e) ed f)” che “si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto avanti alle commissioni territoriali, al questore e alle sezioni specializzate dei tribunali”, ad eccezione dei soli giudizi in sede di rinvio.

Ebbene, **nella pronuncia delle SU, ai punti 11 e 12**, è stato precisato che, per la formulazione letterale dell’art. 15, alla domanda di protezione umanitaria in esame non era applicabile la nuova disciplina, in quanto il procedimento pendeva davanti alla Corte di Cassazione già alla data del 22.10.20, cioè alla entrata in vigore del dl 130/2020.

È stato perciò ritenuto applicabile il comma 6 dell’art. 5 del T.U. nel testo anteriore ad entrambe le recenti riforme, poiché il procedimento già pendeva anche al 5.10.2018, cioè alla data dell’entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 e ciò perché così sancito dalla sentenza n. 29459/19 delle SU.

In altri termini, in questa pronuncia è stata esclusa l'utilizzabilità dell’endiadi del comma VI dell’art. 5 TUI come prevista prima delle due successive riforme del 2018 e del 2020 nei procedimenti ancora pendenti dinnanzi a commissioni territoriali, al questore e alle sezioni specializzate dei tribunali anche quando la domanda sia stata introdotta prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) del d.l. n. 113/2018; l’endiadi è ancora utilizzabile soltanto nei giudizi in sede di rinvio.

2. Il divieto di respingimento delle categorie vulnerabili; l’interpretazione dell’art. 3 della Direttiva qualifiche. Secondo il **punto 14**, “è altresì opportuno considerare anche, ai fini dell'inquadramento normativo della fattispecie, la *disciplina del divieto di espulsione e di respingimento di categorie vulnerabili*”: questa disciplina è stata individuata dalle S.U. nell’art. 19 comma 1 e comma 1.1. del T.U. I., nel testo anteriore alle modifiche recate dal d.l. n. 113/18 e negli artt. 11, comma 1, lett. "c" ter, del D.P.R. 31.8.1999 n. 394 e 28, lett. "d", del suddetto D.P.R. n. 394/1999, nel testo anteriore alle modifiche recate dal d.l. n.113/18.

Ebbene, l'accostamento di queste norme potrebbe generare nel lettore più dubbi interpretativi sulla ricostruzione sistematica del divieto di respingimento delle cosiddette categorie vulnerabili, perché:

- il dl. N.113/18 aveva soltanto modificato il comma 2 dell’art.19 TUI, introducendo esplicitamente la protezione del diritto alla salute;
- i commi 1 e 1.1. del testo dell’art. 19 TUI precedente la riforma 2020 individuavano e disciplinavano, nell’interpretazione prevalente, unicamente (v. § 1.5 e 1.10) le cosiddette ipotesi di divieto di respingimento assoluto, coincidenti, come tali, con i fattori di inclusione delle due protezioni maggiori (il rischio di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, religione, opinioni politiche o appartenenza a gruppi sociali e il rischio di tortura e di violazioni sistematiche gravi dei diritti umani);
- le cosiddette categorie vulnerabili erano (sono) invece previste al comma 2 bis come “espellibili con modalità compatibili”, seppure il loro respingimento poteva (può) essere scongiurato nel

rispetto degli obblighi internazionali o costituzionali o, prima del d.l. n.123/2020, anche soltanto per motivi umanitari.

Potrebbe suscitare interrogativi anche il richiamo, al **punto 15** della sentenza, all'art. 3 della Direttiva 2011/95/UE che “consente l'introduzione o il mantenimento in vigore di disposizioni più favorevoli in ordine ai presupposti sostanziali della protezione internazionale, purché non incompatibili con la direttiva medesima”.

Questo richiamo è stato infatti inserito dopo la precisazione che la protezione umanitaria “non è regolata dal diritto dell'Unione europea, che si limita a contemplarla e rinvia alla legislazione degli Stati membri, i quali la possono discrezionalmente riconoscere”; di seguito, le S.U. affermano tuttavia che “anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sottolineato come gli Stati membri possano concedere forme di protezione umanitaria e caritatevole diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dalla normativa europea, purché non modifichino i presupposti e l'ambito di applicazione della disciplina derivata dell'Unione con sentenza successiva alla pronuncia indicata dalle SU (CGUE 9.11.2010, Germania c. B. e D., C-57/09, C-101/09, punti 116 e 117)”.

Non può trascurarsi, allora, che la Grande Sezione della CGUE (Mohamed M'Bodj v État belge, 18 dicembre 2014 - C-542/13, punti 27, da 35 a 37, 41, 44, 45 e 46) ha escluso che una normativa che preveda una protezione nazionale a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie sia inquadrabile quale “disposizione più favorevole”; in tal senso, al punto 46 è richiamato quale precedente specifico proprio CGUE 9.11.2010, Germania c. B. e D., C-57/09, C-101/09 citata dalle S.U., ma al punto 118 (v. § 1.10).

Su questa interpretazione dell'art. 3 della direttiva, peraltro, non sembra indicare una diversa via neppure la pronuncia CGUE Grande Sezione, 9 novembre 2021, LW contro Bundesrepublik Deutschland: è vero, infatti, che in dispositivo, è affermato che *l'articolo 3 e l'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva qualifichino devono essere interpretati nel senso che non ostano a che uno Stato membro, in base a disposizioni nazionali più favorevoli, riconosca ad un minore, a titolo derivato, allo scopo di mantenere l'unità del nucleo familiare, lo status di rifugiato riconosciuto a uno dei suoi genitori anche qualora detto minore avrebbe potuto godere di protezione nel Paese di cittadinanza proprio e della madre.*

È vero altresì, tuttavia, che al punto 40 della motivazione, la CGUE esplicitamente ribadisce che “per quanto riguarda la precisazione contenuta in detto articolo 3, secondo cui una disposizione più favorevole deve essere compatibile con la direttiva 2011/95, la Corte ha dichiarato che essa significa che tale disposizione non deve compromettere l'economia generale o gli obiettivi di detta direttiva. Sono, in particolare, vietate, norme dirette a riconoscere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria a cittadini di paesi terzi o apolidi che si trovino in situazioni prive di qualsiasi nesso con la logica della protezione internazionale (sentenza del 4 ottobre 2018, Ahmedbekova, C-652/16, EU:C:2018:801, punto 71 e giurisprudenza ivi citata)”.

In particolare, deve considerarsi che oggetto di rinvio pregiudiziale era stata una disposizione nazionale (tedesca) più favorevole che assicura, per tutelare l'unità del nucleo familiare del rifugiato e per proteggere il figlio minore, l'estensione della protezione anche a un soggetto che secondo la direttiva ne sarebbe escluso perché cittadino di altro Stato terzo nel cui territorio non rischierebbe di subire persecuzioni. Nel caso esaminato, pertanto, la CGUE ha soltanto ammesso

come disposizione più favorevole la norma nazionale di salvaguardia dell'unità familiare in quanto pienamente compatibile con la riserva contenuta nell'art. 23 della direttiva qualifiche.

In tal senso, dunque, ancora una volta, la CGUE ha ribadito che l'art. 3 opera unicamente in riferimento alle norme di recepimento della Direttiva qualifiche, perché le protezioni del sistema CEAS devono rimanere omogenee allo scopo di "limitare il movimento secondario dei richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri, nei casi in cui tali movimenti siano dovuti esclusivamente alla diversità dei quadri giuridici" (considerando 13): la protezione umanitaria è, invece, unicamente interna allo Stato membro e le norme che la disciplinano non sono in recepimento della Direttiva; pertanto, la sua regolamentazione esorbita dall'ambito di operatività dell'art.3.

3. Il d.l. n. 130/2020 ha realizzato un effetto "ponte" con la disciplina della tutela complementare umanitaria antecedente al decreto legge n. 113/2018? Invero, l'interrogativo che - secondo le stesse SU - può leggersi tra le righe dell'ordinanza di rimessione non sembra avere trovato una risposta univoca in questa pronuncia e ciò potrebbe non giovare all'uniforme sviluppo della giurisprudenza di merito: al **punto 33** è esplicitamente escluso che si possano "trascurare le differenze strutturali tra le discipline della protezione complementare che, con sequenza non lineare, si sono succedute nel tempo"; in conseguenza di questa premessa, ai successivi **punti da 34 a 37**, è ribadita come attuale la necessità della comparazione.

Eppure, al successivo **punto 38**, è sottolineato che sin dalla sentenza della I sezione n. 4455/2018 (in fattispecie regolata, perciò, dal comma 6 dell'art. 5 nella sua originaria formulazione), il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU "nella medesima prospettiva successivamente recepita dal decreto legge n. 130/2020", è stato sempre considerato quale "prerequisito di una vita dignitosa", quale diritto "inscindibilmente connesso alla dignità della persona, riconosciuto nell'articolo 3 Cost., ed al diritto di svolgere la propria personalità nelle formazioni sociali, riconosciuto nell'articolo 2 Cost."

4. La protezione del diritto alla vita privata e familiare è sempre stata immanente al sistema della protezione interna. Come si afferma, quindi, al **punto 41**, "la protezione offerta dall'articolo 8 CEDU concerne, dunque, l'intera rete di relazioni che il richiedente si è costruito in Italia; relazioni familiari, ma anche affettive e sociali (si pensi alle esperienze di carattere associativo che il richiedente abbia coltivato) e, naturalmente, relazioni lavorative e, più genericamente, economiche (si pensi ai rapporti di locazione immobiliare), le quali pure concorrono a comporre la "vita privata" di una persona, rendendola irripetibile, nella molteplicità dei suoi aspetti, «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»". "E' proprio sul disposto degli articoli 2 e 3 della Costituzione, là dove quest'ultima tutela la persona «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» e predica la «pari dignità sociale» di ogni persona (anche straniera, come chiarito dalla Corte costituzionale fin dagli anni '60, cfr., fra le tante, C. Cost. n. 120/1967), che trova il proprio fondamento più profondo l'istituto della protezione umanitaria" (**punto 43**).

Al successivo **punto 47**, è poi da rimarcare lo sforzo ricostruttivo delle situazioni che individuano "lo stabile insediamento": il livello *elevato* d'integrazione effettiva nel nostro Paese è "desumibile da indici socialmente rilevanti quali la titolarità di un rapporto di lavoro (pur se a tempo

determinato, costituendo tale forma di rapporto di lavoro quella più diffusa, in questo momento storico, di accesso al mercato del lavoro), la titolarità di un rapporto locatizio, la presenza di figli che frequentino asili o scuole, la partecipazione ad attività associative radicate nel territorio di insediamento”.

5. In ipotesi di stabile insediamento, lo sradicamento potrebbe costituire violazione dell’art. 8; la situazione del paese di origine rileva in senso inversamente proporzionale al grado di integrazione. Al punto 48, la Corte ha risolto infine la questione di massima di particolare importanza sollevata dalla Sezione remittente enunciando il seguente principio di diritto: “In base alla normativa del T.U. Imm. anteriore alle modifiche introdotte dal d.l. 113 del 2018, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, occorre operare una valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta in Italia. Tale valutazione comparativa dovrà essere svolta attribuendo alla condizione soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese di origine un peso tanto minore quanto maggiore risulti il grado di integrazione che il richiedente dimostri di aver raggiunto nel tessuto sociale italiano”.

Resta, pertanto, questione aperta (v. § 1.11.) se, dopo l’entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, la nuova formulazione del comma 1.1 dell’art. 19 TUI consenta di ritenere non più necessaria la comparazione della situazione personale in Italia con quella vissuta nel Paese di origine prima della partenza e da affrontare in conseguenza del rimpatrio.

2. La procedura di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale. Il regolamento n.604 del 2013.

(Maria Cristina Contini e Davide Strazzari)¹

SOMMARIO: 1. La duplice natura del regolamento Dublino III: da strumento di regolazione dei rapporti tra stati alla tutela dei diritti del singolo – 2. Le regole di competenza, gli obblighi informativi, la loro violazione e rimedio effettivo – 3. Il divieto di respingimento, il rischio di refoulement diretto e indiretto e il ruolo, in questo contesto, della clausola discrezionale nel regolamento Dublino III – 4. Il rimedio effettivo nel contesto delle impugnazioni contro le decisioni di trasferimento.

QUESTIONI

Qual è il bene giuridico tutelato nelle procedure di determinazione della competenza basate sul regolamento n.604/2013?

Quali aspetti sono stati, fino ad oggi, affrontati dalla Corte di Giustizia?

Il regolamento Dublino è uno strumento destinato a regolare in via assolutamente prevalente la distribuzione tra Stati membri del compito di esaminare le domande di protezione internazionale o tutela anche in via diretta specifici diritti del cittadino di Paese terzo ad esso soggetto?

Quali sono state, nel sistema italiano, le conseguenze del passaggio dal regolamento Dublino II al regolamento Dublino III?

Quale rilevanza ha la possibile duplice natura del regolamento?

Il regolamento Dublino ha un futuro?

Quali sono i criteri dettati dal regolamento per la determinazione dello Stato membro competente?

Quale è lo scopo della procedura informativa prevista dagli articoli 4 e 5 e chi deve attuarla?

Cos'è una decisione di trasferimento e cosa sono le procedure di presa e ripresa in carico?

L'autorità di cui all'articolo 35 del regolamento deve sempre espletare la procedura informativa di cui agli articoli 4 e 5? Oppure gli obblighi informativi variano a seconda che sia avviata una procedura di presa in carico o di ripresa in carico?

¹ Magistrato addetto all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, già giudice della sezione specializzata del Tribunale di Milano in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea; Professore associato di diritto pubblico comparato, Università di Trento.

Qual è la posizione della giurisprudenza di merito e di legittimità sugli obblighi informativi e sulle conseguenze della loro violazione? Dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, alle sezioni specializzate dei tribunali ordinari nel dialogo con la Corte di Cassazione. Dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, alle sezioni specializzate dei tribunali ordinari nel dialogo con la Corte di Cassazione.

Ci sono questioni in tema di obblighi informativi sulle quali sarebbe opportuno un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia da parte del giudice italiano?

In quali circostanze allo Stato membro è vietata l'adozione o l'esecuzione di una decisione di trasferimento?

Nella verifica dell'esistenza di tale divieto è rilevante solo l'esistenza di carenze sistemiche nello Stato membro di destinazione, o rilevano anche altre questioni?

Quale è la posizione espressa in tema di divieto di respingimento nell'ambito del regolamento Dublino III dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia?

In che misura tali rischi configurano un rischio di violazione degli articoli 3 CEDU e 4 e 19 della Carta di Nizza? Nell'accertare le carenze sistemiche ex art. 3, paragrafo 2, è rilevante una certa soglia del rischio e come si può accertare?

Ci sono altri rischi, diversi dalle carenze sistemiche, che vietano il trasferimento ex articolo 3, paragrafo 2 del regolamento?

Quali oneri di allegazione e prova gravano sul ricorrente? tali oneri si differenziano nel caso in cui vengano fatte valere carenze sistemiche o rischi connessi alla situazione individuale del richiedente?

Quali poteri officiosi possono essere esercitati dal giudice?

Quale è la posizione della giurisprudenza italiana in relazione a violazioni individuali dell'art. 3 CEDU in occasione del trasferimento?

Il divieto di trasferimento di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento costituisce anche garanzia contro il rischio di espulsione dallo Stato membro di destinazione verso un Paese terzo, ossia comprende anche il rischio del c.d. refoulement indiretto?

Quale è la posizione della giurisprudenza italiana, di legittimità e di merito, sulla rilevanza del rischio di refoulement indiretto nelle procedure Dublino e sul rimedio della attivazione della clausola discrezionale ex art. 17 del regolamento Dublino III?

Ci sono spazi per richiedere un intervento pregiudiziale della Corte di Giustizia in ordine alla possibilità di valutare, nell'ambito del regolamento Dublino III il rischio di refoulement indiretto e al di fuori del caso in cui tale rischio sia connesso a oggettive carenze sistemiche del sistema asilo dello Stato membro di destinazione?

Cosa prevede e cosa non prevede il regolamento in ordine ai poteri esercitabili dal giudice in caso di accertata violazione delle regole che disciplinano la corretta adozione di una decisione di trasferimento?

Cosa si intende per rimedio effettivo, in questo contesto?

La violazione di una regola procedimentale come quella che fissa i doveri informativi in che modo si riverbera sulla validità dell'ordine di trasferimento?

Tali violazioni possono trovare un rimedio nell'ambito del procedimento di impugnazione?

Il giudice ordinario, in questo contesto, può o deve annullare l'ordine di trasferimento?

Quale è la posizione della giurisprudenza di merito e di legittimità dopo l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario?

1. La duplice natura del regolamento Dublino III – da strumento di regolazione dei rapporti tra stati alla tutela dei diritti del singolo.

Qual è il bene giuridico tutelato nelle procedure di determinazione della competenza basate sul regolamento n.604/2013?

Il regolamento n.604 del Parlamento europeo e del consiglio (c.d. Dublino III), come recita il titolo del testo normativo, “stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione)”

L’attuale versione costituisce rifusione del regolamento n.343/2003 (c.d. Dublino II), che individuava i vincoli tra Stati membri in relazione all’esame delle domande di protezione internazionale, con una regolazione che possiamo definire essenzialmente “orizzontale”, ossia focalizzata in modo principale sui rapporti tra gli Stati, in continuità con la natura pattizia, e non di strumento di diritto dell’Unione, dell’originaria “Convenzione di Dublino”.

La sua applicazione ha subito messo in evidenza che le regole di distribuzione tra gli Stati membri dell’obbligo di esaminare una domanda di protezione internazionale possono avere un rilevante impatto sui diritti della persona coinvolta, ponendo così il problema della legittimazione del destinatario del provvedimento di trasferimento a contestarlo in sede giudiziale.

Il Dublino II, a causa appunto della sua struttura di regolazione orizzontale, non era particolarmente attento alla disciplina della posizione del destinatario del provvedimento, per il quale le regole di partecipazione al procedimento amministrativo per la determinazione dello Stato competente, erano assai stringate, limitate a obblighi minimi di informazione a carico degli Stati e non era espressamente prevista la possibilità di esperire ricorso giurisdizionale contro le decisioni di trasferimento da uno Stato membro a un altro Stato membro individuato come competente.

La Corte di Giustizia, con la sentenza C-394/12, caso *Abdullahi*, ha tuttavia affermato, interpretando il Dublino II, il principio secondo cui il regolamento si applica a tutti i destinatari, tra cui il cittadino straniero attinto da una decisione di trasferimento. Da ciò deriva la legittimazione in capo a quest’ultimo ad agire in giudizio per contestare quantomeno il criterio di individuazione dello Stato membro competente oppure per far valere, congiuntamente o

alternativamente, l'esistenza, nel Paese di destinazione, di carenze sistemiche che ostano al trasferimento.

Questa pronuncia evidenzia come, già nel Dublino II, il diritto di azione spetta al destinatario della decisione di trasferimento in vista della tutela di un diritto fondamentale quale quello di non essere esposti al rischio di trattamenti inumani o degradanti o di perdere la vita.

Il passaggio dal Dublino II al Dublino III, unitamente alla piena efficacia della Carta dei Diritti fondamentali data dal Trattato di Lisbona del 2009 (di seguito Carta di Nizza), ha comportato l'irrobustimento del profilo dei diritti del singolo nelle procedure di determinazione dello Stato membro competente.

La nuova versione del regolamento prende atto, anche in conseguenza dell'intenso dialogo tra la Corte EDU (*M.S.S. v. Greece and Belgium*, 21 gennaio 2011) e CGUE (*N.S and others*, C-411/10) del fatto che l'applicazione delle regole "Dublino" possono avere un rilevante impatto sui diritti fondamentali quali, in primo luogo, la possibile violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (aspetto preso in considerazione dal considerando 19 e dall'articolo 3, paragrafo 2, del Dublino III), il diritto alla libertà personale, al rispetto della vita familiare e alla tutela dei soggetti particolarmente vulnerabili.

Sono stati pertanto rafforzati i diritti di partecipazione procedimentale, con l'espressa previsione, a carico degli Stati, di specifici obblighi informativi (articoli 4 e 5 del Dublino III), e, in favore del cittadino straniero, di diritti di azione, consistenti nel diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo contro una decisione di trasferimento nell'ambito del quale possa essere esaminata anche la situazione di fatto e di diritto dello Stato verso il quale lo straniero deve essere trasferito (vi è un evidente riferimento, da parte dell'articolo 27 del regolamento, all'articolo 47 della Carta di Nizza).

Quali aspetti sono stati, fino ad oggi, affrontati dalla Corte di Giustizia?
--

La Corte di giustizia, a partire dalla citata sentenza resa nella causa C-394/12 (*Abdullahi*) sul regolamento Dublino II, ha affermato che le decisioni di trasferimento possono essere contestate non solo dagli Stati membri interessati alla procedura, ma anche dal destinatario al quale, tuttavia, nell'ottica del regolamento Dublino II non è riconosciuto un diritto illimitato di impugnazione.

Il regolamento Dublino II non stabiliva esplicitamente, come oggi prevede il regolamento Dublino III, garanzie partecipative in favore del ricorrente, per cui il giudice del rinvio si era chiesto se il destinatario di una decisione con cui veniva dichiarata la competenza da parte di uno Stato membro fosse legittimato ad impugnarla.

In quella occasione la Corte ha chiarito che il regolamento Dublino costituisce uno degli strumenti di cui si compone il sistema comune di asilo ed è fondato, salvo specifiche eccezionali circostanze, sul principio del *mutual trust* tra Stati membri.

Il destinatario di un provvedimento basato su tale regolamento è pertanto legittimato a impugnarla, entro precisi limiti, ossia "soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della

procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che detto richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4 della Carta”.

Nella sentenza resa nella causa C-670/16 (*Mengesteab*) la Corte, interpretando l'articolo 27 del regolamento Dublino III, ha precisato che l'ambito del ricorso contro una decisione di trasferimento deve essere individuato alla luce del considerando 19, sicché esso deve poter avere ad oggetto, da un lato, le modalità con cui l'autorità ha fatto applicazione del regolamento e, dall'altro, la situazione giuridica e fattuale dello Stato membro in cui si deve eseguire il trasferimento (punto 43).

Nella decisione appena citata viene ricostruita l'evoluzione del regolamento Dublino II al Dublino III che, per quanto specificamente concerne la procedura di determinazione della competenza, prevede oggi il diretto coinvolgimento del richiedente asilo, mediante l'attivazione della procedura informativa che obbligatoriamente, in base agli articoli 4 e 5, deve essere espletata dallo Stato membro e che è strutturata in modo tale da offrire concretamente al richiedente l'opportunità di presentare informazioni che consentono di applicare correttamente i criteri di competenza dettati dal regolamento stesso (punto 45 della sentenza).

La Corte ha inoltre chiarito che l'articolo 27 non può essere interpretato restrittivamente, in quanto ciò comprometterebbe la realizzazione degli obiettivi del regolamento che consistono, in estrema sintesi, nella fissazione delle regole di ripartizione di competenza tra Stati membri per l'esame delle domande di protezione internazionale la cui applicazione, tuttavia, deve avvenire tenendo conto del possibile impatto sui diritti fondamentali del singolo, il cui rilievo è tale da imporre, in determinate circostanze la deroga a tali principi e, se del caso, l'attivazione della clausola “discrezionale”.

Pertanto, secondo la Corte, un rimedio effettivo conforme al regolamento Dublino III deve prevedere, se necessario anche attraverso disposizioni della legislazione nazionale, che il giudice dell'impugnazione sia nella condizione di esaminare le allegazioni del ricorrente (punto 55 della sentenza C-670/16).

Questa affermazione, che potrebbe sembrare addirittura banale, nel sistema del regolamento Dublino II ha invece un rilievo fondamentale, in quanto forse per la prima volta ha posto in evidenza che la decisione di trasferimento non coinvolge esclusivamente interessi degli Stati coinvolti nella procedura, ma investe anche il destinatario della decisione che, pertanto, non può non essere messo in condizione di interloquire e, quando necessario, deve avere il diritto di sottoporre in ermini effettivi le sue argomentazioni al giudice.

La decisione sul caso C-670/16 (*Mengesteab*), muove dal punto di arrivo cui era giunta, nel regime del regolamento Dublino II, la decisione sul caso C-394/12 (*Abdullahi*) che viene sviluppata alla luce della nuova versione del regolamento il cui testo consente oggi di affermare che il destinatario di una decisione di trasferimento è legittimato a impugnarla e non limitatamente alle carenze sistemiche dello Stato membro di destinazione impeditive dell'esecuzione.

Nell'occasione la Corte ribadisce tuttavia la necessaria inerenza dei motivi di ricorso alla procedura adottata.

Dunque, nel contesto del regolamento Dublino III, il diritto a un rimedio effettivo non equivale a un diritto illimitato di sottoporre al giudice qualsivoglia doglianza connessa alla decisione di trasferimento, ma costituisce il mezzo per ottenere un riesame pieno di tutti gli aspetti procedurali e sostanziali che lo Stato membro era tenuto a osservare in base alla procedura in concreto adottata (nel caso oggetto della causa principale si trattava di una procedura di presa in carico) non potendosi affermare, sulla base della stessa finalità del regolamento, che lo Stato membro debba prendere in considerazione aspetti ad essa estranei.

Questo passaggio è ripreso e meglio spiegato nella decisione resa nella causa C-63/15 (*Ghezelbash*) nella quale la Corte, preso atto del fatto che il regolamento non prevede esplicitamente che il contenuto del ricorso ex art. 27 debba essere correlato in via specifica o esclusiva con i criteri di competenza dettati dall'articolo 3 ed eventualmente con i limiti all'applicazione di tali criteri, contenuti nel paragrafo 2, chiarisce che tale stretta correlazione si ricava dallo scopo essenziale del regolamento che è di consentire l'espletamento e conclusione, nel modo più efficiente e rapido possibile, della procedura di determinazione dello Stato competente in base ai criteri del capo III, che possono essere derogati solo in caso di impossibilità di trasferimento previste dall'articolo 3, paragrafo 2, oppure quando ricorrono le condizioni previste dal capo IV.

Muovendo da questi principi la Corte, con specifico riferimento agli obblighi informativi, chiarisce che la garanzia del colloquio personale di cui all'articolo 5 non può intendersi soddisfatta con il mero adempimento di una formalità fine a se stessa, dovendo invece essere un reale strumento di acquisizione, da parte dello Stato membro, delle informazioni necessarie per determinare lo Stato competente che, una volta acquisite, devono essere effettivamente prese in considerazione dall'amministrazione per la corretta adozione del provvedimento in punto di competenza (nel caso oggetto della causa principale era accaduto che l'autorità amministrativa avesse svolto il colloquio individuale consentendo anche la produzione di alcuni documenti in quanto potenzialmente rilevanti ai fini della individuazione dello Stato membro competente, ma poi aveva adottato la decisione di trasferimento omettendo di prenderli in considerazione e così dichiarando l'incompetenza dello Stato che aveva avviato la procedura).

Dunque con la decisione resa nel caso C-63/15 (*Ghezelbash*) la Corte mette bene in evidenza cosa si intende per effettività delle procedure e dei loro rimedi, con riferimento all'operato dell'amministrazione ma anche con riferimento alla eventuale fase di controllo giurisdizionale, e richiama tutti gli operatori coinvolti nell'applicazione del regolamento a considerare che ogni adempimento da esso previsto non è fine a se stesso, ma deve avere una ragione e una ricaduta concreta, a partire dalla fase di raccolta degli elementi necessari per determinare (nelle procedure di presa in carico) lo Stato competente, fino alla eventuale fase di competenza dell'organo giurisdizionale.

Il regolamento Dublino è uno strumento destinato a regolare in via assolutamente prevalente la distribuzione tra Stati membri del compito di esaminare le domande di protezione internazionale o tutela anche in via diretta specifici diritti del cittadino di Paese terzo ad esso soggetto?

Circa l'estensione del diritto di controllo esercitabile mediante ricorso ex art.27, del modo con cui lo Stato membro ha applicato il regolamento, la Corte precisa ulteriormente che non rientra nel concetto di il rimedio effettivo la possibilità di presentare impugnazioni basate su questioni non attinenti a elementi diversi da quelli che lo Stato membro era tenuto a vagliare in vista della decisione di trasferimento, o impugnazioni che hanno lo scopo di sollecitare una dichiarazione di competenza basata sulla mera convenienza del richiedente, intendendosi per tali quelle svincolate dall'applicazione dei criteri rilevanti nel caso concreto e dall'impatto reale della loro applicazione sui diritti fondamentali dell'interessato.

Il rimedio effettivo nel contesto del regolamento Dublino III, deve essere allora inteso come finalizzato a garantire che il ricorrente possa disporre di uno strumento pragmatico, concreto e sufficientemente ampio da consentirgli di contestare ogni aspetto rilevante della decisione di trasferimento, con l'unico limite dato dalla pertinenza delle contestazioni alla procedura adottata e alla concreta situazione dell'interessato.

La descritta evoluzione deriva dalla constatazione che una regolamentazione orizzontale del sistema di determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione, che implica l'esercizio di poteri coattivi di trasferimento da un territorio all'altro dell'Unione, non è sufficiente a dare effettiva tutela a tutte le posizioni giuridiche coinvolte e rilevanti ai fini dell'applicazione della Carta di Nizza.

È stata così affermata la possibilità di contestare e superare una delle presunzioni e fondamentali che sta alla base della ricordata regolazione orizzontale, così come del sistema comune di asilo, ossia il principio del c.d. "*mutual trust*", che postula la sostanziale parità di efficienza dei sistemi "asilo" attuati da ciascuno Stato membro in applicazione del sistema comune di asilo.

Quali sono state, nel sistema italiano, le conseguenze del passaggio dal regolamento Dublino II al regolamento Dublino III?

Quale rilevanza ha la possibile duplice natura del regolamento?

Il passaggio da una regolazione principalmente orizzontale a una regolazione che tiene conto, oltre che dell'interesse degli Stati membri e dell'Unione alla corretta applicazione dei criteri di competenza, della posizione soggettiva del cittadino straniero attinto dalla procedura Dublino trova conferma, nel sistema nazionale, nell'intervento del legislatore del 2017 che, in sede di conversione del d.l. n. 13/2017, con legge n.46, articolo 3, comma 1, lettera e-bis), ha definitivamente attribuito al giudice ordinario la giurisdizione su questi procedimenti, fino a quel momento attribuiti, in via interpretativa, al giudice amministrativo.

Si tratta, a ben vedere, di una presa d'atto del punto di arrivo al quale la giurisprudenza era pervenuta prima ancora dell'entrata in vigore del d.l. n.13/2017 in considerazione del descritto mutamento di prospettiva connesso alla rifusione del Dublino II nel Dublino III.

Il T.a.r. Roma (Lazio) Sez. II, 2 aprile 2014, decidendo su un provvedimento di trasferimento emesso sulla base del Dublino II, ha affermato che la procedura di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale è da questa assolutamente distinta ed autonoma.

La fase di individuazione dello Stato membro competente implica, secondo il T.a.r., necessariamente l'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione in ordine all'applicazione della gerarchia dei criteri di competenza fissati dal regolamento, sicché la posizione del destinatario dell'ordine di trasferimento non può che essere qualificata di interesse legittimo, per cui per la sua tutela non è invocabile la giurisdizione del giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato, Sezione III, con sentenza n.5738/2015, decidendo su un caso soggetto al regolamento Dublino III, ha definitivamente abbandonato tale orientamento, qualificando come diritto soggettivo la posizione del destinatario di una decisione di trasferimento.

A tal fine ha affermato che la procedura di asilo è unitaria e di essa fa parte anche la fase, preliminare ed eventuale, di determinazione dello Stato membro competente.

Da tale impostazione ha fatto discendere, come corollario, anche l'unitarietà della posizione giuridica del soggetto che in tale procedura è coinvolto, affatto affievolita nella fase di applicazione delle regole di competenza previste dal regolamento, in quanto già in questo momento gli Stati sono chiamati a valutare se l'ordine di trasferimento nel territorio di un altro Stato membro sia idoneo a esporre lo straniero al rischio di subire atti contrari a quanto previsto dall'articolo 4 della Carta di Nizza.

Questo orientamento ha trovato piena conferma nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile che, con sentenza n.8044 del 30 marzo 2018, resa su una decisione di trasferimento emessa e impugnata prima dell'entrata in vigore della riforma del 2017, ha fatto propri gli argomenti del Consiglio di Stato, ribadendo l'unitarietà della procedura di asilo, comprensiva dell'eventuale fase di individuazione dello Stato membro competente, la natura di diritto soggettivo ad esso sottesa facente capo al destinatario della decisione di trasferimento e, quindi, la giurisdizione del giudice ordinario in caso impugnazione di tale provvedimento.

Non si può quindi oggi negare che il regolamento Dublino III abbia una duplice natura, essendo finalizzato, da un lato, alla individuazione e corretta applicazione delle regole in base alle quali gli Stati membri sono obbligati ad esaminare una domanda di protezione internazionale e a farsi carico dei connessi oneri di gestione della posizione del cittadino straniero e, dall'altro, di salvaguardare, in questa fase, i diritti fondamentali del cittadino straniero interessato a una procedura di determinazione, e così evitare che la corretta applicazione dei criteri di determinazione della competenza leda tali diritti.

Ciononostante, rimangono le peculiarità del sistema Dublino rispetto a quello della protezione internazionale, che derivano proprio dal fatto che la decisione di trasferimento non equivale a una decisione, previo esame di merito, su una domanda di protezione internazionale.

Si tratta, invece, di una decisione finalizzata a individuare lo Stato competente all'esame della domanda, alla luce dei plurimi criteri indicati dal regolamento, oppure a consentire allo Stato membro, già designato come competente, a completare la procedura di cui è responsabile, anche eventualmente occupandosi della fase di rimpatrio, nel caso in cui la domanda di protezione sia stata già esaminata e non sia stata riconosciuta nessuna forma di protezione.

Proprio questa dimensione, necessariamente transnazionale, che postula un rapporto bilaterale tra amministrazioni e organi giurisdizionali degli Stati membri, chiama in causa il già ricordato principio di fiducia reciproca e al contempo non consente di affermare con nettezza che, in questo tipo di procedimenti, l'autorità amministrativa non esercita anche poteri autoritativi nei confronti del destinatario della decisione basata in applicazione del regolamento.

La Corte di giustizia ha precisato che il principio di *mutual trust* “riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne” e “impone a ciascuno di detti stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo “.

La natura per così dire ibrida del Regolamento Dublino - che deriva dalla necessità di considerare, sia pure con minore immediatezza rispetto alle procedure di protezione internazionale, la dimensione di potenziale violazione sostanziale dei diritti del richiedente e dalla contemporanea esigenza di bilanciare gli interessi del destinatario della decisione con altri interessi generali dell'UE (la celerità e l'efficienza complessiva del sistema Dublino, il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca) determina a livello giurisprudenziale, europeo e nazionale, inevitabili oscillazioni interpretative.

Si pensi da questo punto di vista alla questione, in Italia molto controversa, dei cosiddetti gli obblighi informativi e della individuazione del rimedio adottabile in caso di omissione degli stessi da parte dell'amministrazione, che sarà oggetto di specifica analisi.

Accanto ad approcci giurisprudenziali orientati a valorizzare gli aspetti formali della procedura, che enfatizzano le garanzie procedurali dell'individuo e ritengono nulla qualsiasi decisione di trasferimento adottata senza il loro pieno rispetto, ve ne sono altri in cui prevale una tendenza più sostanzialistica, secondo i quali l'annullamento del provvedimento di trasferimento è possibile solo se si può dimostrare in giudizio che, qualora il richiedente fosse stato adeguatamente informato, avrebbe potuto dare indicazioni tali per cui la decisione di trasferimento non sarebbe stata adottata, o avrebbe avuto un contenuto diverso.

Un altro aspetto di grande rilievo per gli operatori - in particolare per i giudici - è la natura regolamentare del Dublino III.

A differenza del sistema della protezione internazionale, disciplinato da direttive, ossia atti che per loro natura presuppongono un'attività di recepimento da parte degli Stati membri, il sistema Dublino si fonda su uno strumento normativo direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali, anche per quanto concerne gli aspetti procedurali, che quindi limita fortemente i margini di discrezionalità degli Stati membri in fase attuativa e certamente non conferisce ai giudici chiamati ad applicarlo un potere autonomo di interpretazione.

Il maggior grado di tassatività della disciplina contenuta nel regolamento Dublino III è tale da incidere sullo stesso ambito discrezionale del giudice nazionale: la decisione, ad esempio, del giudice di ultima istanza di sottrarsi dall'obbligo del rinvio pregiudiziale, basata sulla teoria dell'atto chiaro, dovrebbe qui considerare che una disciplina regolamentare utilizza per sua natura nozioni proprie ed autonome del diritto dell'UE, la cui interpretazione non può che spettare alla Corte di giustizia.

Occorre del resto chiedersi se la ragione della scelta del legislatore europeo di avvalersi dello strumento regolamentare, anziché della direttiva, sia da ricercarsi anche nella volontà di dare alla materia dell'individuazione e applicazione dei criteri di competenza per l'esame della domanda di protezione internazionale, una disciplina uniforme per tutti gli Stati che ne sono vincolati.

Questa scelta implica, giocoforza, di considerare l'importanza strategica della funzione nomofilattica attribuita alla Corte di giustizia proprio per evitare che l'interpretazione operata dai giudici nazionali crei pericolose distorsioni al principio dell'uniformità della tutela e contribuisca in tal modo a vanificare uno dei principali scopi del regolamento stesso che è di scoraggiare i cosiddetti "movimenti interni" e la pratica del cosiddetto "*asylum shopping*".

Nonostante questo, il legislatore europeo ha lasciato privi di regolamentazione diretta alcuni profili cruciali che generano inevitabili dubbi interpretativi e prassi applicative differenti non solo tra diversi Stati membri ma, in Italia, anche tra diverse sezioni specializzate senza che, ad oggi, la stessa Corte di Cassazione sia riuscita ad operare una sintesi coerente, come verrà evidenziato nei successivi capitoli.

Il regolamento, per fare un esempio concreto, tace sulla sanzione o sui rimedi che devono essere applicati nel caso in cui l'amministrazione non fornisca le informazioni previste dal regolamento prima dell'adozione di una decisione di trasferimento, così come nulla è stato detto in ordine ai poteri che il giudice può esercitare nell'ambito del giudizio di impugnazione nei confronti dell'autorità nazionale designata per l'adozione della decisione sulla competenza e quindi dell'eventuale decisione di trasferimento.

Le medesime lacune, non colmate neppure dal legislatore nazionale, acuiscono le difficoltà degli operatori e dei giudici considerata anche la peculiare disciplina, nel panorama europeo, dello storico riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

L'adozione di soluzioni interpretative rispettose del principio del rimedio effettivo, ex articolo 47 della Carta di Nizza, dovrebbe considerare anche la necessità di individuare soluzioni che non ne vanifichino o contraddicano, in sede applicativa, l'effetto utile.

Allo stato si evidenzia che, nonostante i molteplici dubbi interpretativi, il giudice italiano non si è avvalso della possibilità di chiedere un intervento pregiudiziale della Corte benché sembri ormai ineludibile, quantomeno su alcuni temi, la necessità di richiedere indicazioni sulla corretta interpretazione di alcune norme particolarmente controverse.

Il regolamento Dublino ha un futuro?

Non sembra privo di utilità chiedersi quale sia, e se vi sia, un futuro per uno strumento normativo come il regolamento Dublino, da più parti ritenuto di prossima espunzione dal sistema perché inefficiente e basato su criteri non idonei a distribuire in modo equo tra Stati membri gli oneri connessi alla competenza per l'esame di una domanda di protezione internazionale, e perché spesso non riesce neppure a dare adeguata tutela ai diritti fondamentali dei soggetti attinti dalle decisioni basate su tale regolamento.

Dal contenuto del “*New Migration Pact*” proposto dalla Commissione europea, in particolare dalla proposta di regolamento “sulla gestione dell’asilo e della migrazione” (documento COM (2020) 610 final, 2020/0279 COD) emergono indicazioni in un certo senso contraddittorie.

In generale la Commissione intende chiaramente abbandonare la regolamentazione del complessivo sistema asilo mediante direttiva, scegliendo la strada dello strumento regolamentare, decisamente più adatto per conseguire l’obiettivo di una forte armonizzazione della disciplina, sostanziale e procedurale.

Con specifico riferimento al tema della competenza degli Stati ad esaminare la domanda e dei movimenti non autorizzati dei richiedenti asilo all’interno del territorio europeo, la proposta dichiara di voler abbandonare il criterio di competenza che è alla base del vigente regolamento Dublino III, legato al cosiddetto “primo ingresso”, sia esso regolare o irregolare, ma al contempo mostra le difficoltà di trovare un accordo tra gli Stati membri sulla individuazione di criteri alternativi ed equi sia per gli Stati maggiormente esposti a significativi flussi di ingresso irregolare, sia per coloro che in numeri ormai significativi, arrivano alle frontiere europee allo scopo di presentare domanda di asilo.

La nuova proposta, per quanto qui di interesse, intende, non senza qualche evidente contraddizione, superare gli aspetti di maggiore iniquità che derivano dall’impianto del vigente regolamento Dublino III e allo stesso tempo si propone di “scoraggiare gli abusi e impedire gli spostamenti non autorizzati dei richiedenti all’interno dell’UE, in particolare stabilendo chiaramente che questi ultimi devono presentare domanda nello Stato membro di primo arrivo o di soggiorno regolare e rimanere nello Stato membro designato come competente; ciò implica anche conseguenze proporzionate di ordine materiale in caso di mancato rispetto di tali obblighi”.

La Commissione riconosce che non è stato possibile trovare un accordo sulla proposta di un nuovo testo del regolamento Dublino pubblicata il 4 maggio 2014 (si tratta del mai adottato Dublino IV) ma, considerata la centralità della materia regolata con tale strumento, intende

superare tali difficoltà con una proposta di regolamento dedicato alla “gestione dell’asilo e della migrazione” destinata a contenere anche la disciplina dell’attuale Dublino III.

La proposta, in un’ottica di razionalizzazione della gestione dei flussi migratori e delle procedure di asilo la cui durata si vuole drasticamente ridurre, dichiara esplicitamente di voler rafforzare le “procedure che portano a un trasferimento Dublino, come le notifiche di ripresa in carico e la limitazione del trasferimento di competenza” (tutte le citazioni sono estratte dal testo italiano del documento sopra citato).

Tendenzialmente la determinazione dello Stato competente all’esame della domanda dovrebbe essere resa molto più semplice e veloce e, al contempo, dovrebbe essere fortemente limitata la possibilità per i richiedenti asilo di spostarsi liberamente sul territorio europeo durante l’esame della domanda.

La volontà della Commissione di rendere maggiormente efficiente il sistema europeo dell’asilo allo stato attuale della proposta, si concreta, con riferimento alla disciplina dei cosiddetti movimenti interni dei richiedenti asilo, in una restrizione del diritto di ricorso sia per quanto concerne i motivi per i quali una decisione di trasferimento o di competenza può essere contestata, sia con riferimento ai termini entro i quali tale diritto può essere esercitato.

L’articolo 33 della proposta di regolamento, rubricato “Mezzi di ricorso” prevede un’esplicita limitazione dell’ambito del ricorso alle seguenti questioni: a) che il trasferimento possa comportare un rischio effettivo di trattamento inumano o degradante della persona interessata ai sensi dell’articolo 4 della Carta di Nizza; b) che siano state violate le disposizioni a tutela dei minori, dell’unità familiare e delle persone a carico nel contesto delle procedure di individuazione dello Stato competente all’esame della domanda, limitate alle sole procedure di presa in carico, e fissa un termine non superiore a 15 giorni per esercitare il diritto di ricorso e per chiedere la sospensione degli effetti della decisione.

2. Regole di competenza, obblighi informativi, loro violazione e rimedio effettivo.

Quali sono i criteri dettati dal regolamento per la determinazione dello Stato membro competente?

L’articolo 3, collocato nel Capo II, fissa il principio generale dell’obbligatorio esame di una domanda di protezione internazionale da parte di “un solo Stato membro” la cui competenza deve essere determinata in base ai criteri dettati dal Capo III.

La regola è che, tendenzialmente, su una determinata domanda di protezione si deve pronunciare uno solo Stato membro (si vedano anche i considerando 4 e 5).

Il regolamento individua criteri di collegamento di tipo oggettivo, costituiti dalle condizioni fattuali e giuridiche in cui la domanda viene presentata (articoli 12, 13, 14 e 15), e criteri che si

possono definire di tipo soggettivo, in quanto basati principalmente sulla condizione personale del richiedente asilo (articoli 8, 9, 10 e 11).

Questi ultimi, in particolare, impongono agli Stati membri di prendere in considerazione, in un'ottica di specifica tutela di alcune categorie di richiedenti asilo, ogni elemento utile affinché la competenza sia attribuita allo Stato membro nel quale tali soggetti possano accedere alla procedura di asilo possibilmente senza subire separazioni dai propri familiari e anzi favorendone il ricongiungimento anche rispetto alle persone, diverse dai familiari, rispetto alle quali sussiste un rapporto di dipendenza.

L'articolo 7 detta la "gerarchia dei criteri" stabilendo, in via generale (paragrafi 1 e 2) che devono essere applicati "nell'ordine in cui sono definiti" dal capo III, "sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro".

Il paragrafo 3 detta invece regole particolari per l'applicazione degli speciali criteri di cui agli articoli 8 (minori), 10 (familiari richiedenti protezione internazionale) e 16 (persone a carico) e prescrive che in queste ipotesi gli Stati devono tenere conto di "qualsiasi elemento di prova disponibile" relativo alla presenza "nel territorio di uno Stato membro" di familiari o comunque persone legate da vincoli di parentela con il richiedente.

La particolare cura con cui gli Stati sono chiamati a individuare lo Stato membro competente deve essere comunque compatibile con la celere individuazione dello Stato cui spetta di esaminare la domanda, sicché le prove relative alla sussistenza dei criteri di collegamento dell'articolo 7, paragrafo 3, devono essere prodotte "prima che un altro Stato membro accolga la richiesta di presa o ripresa in carico dell'interessato, ai sensi degli articoli 22 e 25 e che "le precedenti domande di protezione internazionale non siano state ancora oggetto di una prima decisione sul merito".

L'articolo 7 stabilisce che l'applicazione dei criteri di cui agli articoli da 8 a 16 deve avvenire secondo un preciso ordine che attribuisce rilevanza:

all'articolo 8 il fatto che il richiedente è un minore;

all'articolo 9 il fatto che un familiare del richiedente è beneficiario di protezione internazionale in uno degli Stati membri;

all'articolo 10 il fatto che il richiedente ha un familiare che ha presentato domanda di protezione in uno stato membro e su tale domanda e non è stata ancora adottata una decisione definitiva;

all'articolo 11 il fatto che la presentazione simultanea o temporalmente molto ravvicinata di domande di protezione da parte di familiari o fratelli minori non coniugati consente di esaminare congiuntamente tali domande presso un unico Stato membro.

Solo se la competenza non può o non deve essere determinata sulla base di tali criteri si dovrà ricorrere a quelli dettati:

dall'articolo 12 secondo cui è competente lo Stato membro che ha rilasciato al richiedente un titolo di soggiorno in corso di validità;

dall'articolo 13 se il richiedente ha varcato illegalmente la frontiera di uno Stato membro;

dall'articolo 14 se il richiedente ha varcato legalmente la frontiera di uno Stato membro avvalendosi di norme che lo dispensano dal visto di ingresso;

dall'articolo 15 se la domanda di protezione viene presentata in una zona internazionale di transito di un aeroporto di un determinato Stato membro;

dall'articolo 16 ove sussista la condizione di dipendenza tra il richiedente asilo e uno degli altri familiari indicati dalla norma e sia opportuno favorirne il ricongiungimento o evitarne la separazione.

Il regolamento, in ossequio al principio enunciato nel considerando 21, all'articolo 3, paragrafo 2, stabilisce che gli Stati sono tenuti a derogare ai criteri di competenza fissati tutte le volte che la loro applicazione comporta il “possibile rischio di violazione dei diritti dei richiedenti previsti nell'*aquis* dell'Unione in materia di asilo e della Carta dei diritti fondamentali” oltre che da altri “diritti umani internazionali e dai diritti dei rifugiati”.

Il considerando 21 evidenzia che, nonostante il regolamento sia fondato sul principio di *mutual trust*, non ogni spostamento del richiedente asilo sul territorio dell'Unione può essere oggetto di una presunzione assoluta di sicurezza, dovendosi considerare che “carenze o collassi dei sistemi di asilo ... possono mettere a repentaglio il regolare funzionamento del sistema istituito ai sensi del presente regolamento”.

In tali ipotesi l'esecuzione della decisione di trasferimento, pur teoricamente conforme al regolamento, in quanto idonea a comportare il rischio di violazione dei diritti fondamentali deve ritenersi impossibile da eseguire quantomeno verso lo Stato membro nel quale tali rischi sussistono.

In questa ipotesi lo Stato che procede è tenuto, subito dopo, a verificare se altro Stato membro, sempre in base ai criteri del capo III o in base all'articolo 16, può essere designato come competente.

Se questa verifica da esito negativo è lo Stato membro che procede a diventare competente.

Il regolamento contiene inoltre un'importante norma di chiusura, costituita dall'articolo 17 rubricato “clausole discrezionali” che fissa, al paragrafo 1, il principio generale secondo cui ciascuno Stato membro “può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale” presentata nel suo territorio anche se tale esame non gli compete in base ai criteri di collegamento fissati dal regolamento.

Il paragrafo 2, al preciso scopo di tutelare, nell'ambito della procedura Dublino, il diritto all'unità familiare o “per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali” consente allo Stato che ha avviato la procedura di determinazione della competenza di interpellare un altro

Stato membro, benché privo di competenza ai sensi del regolamento, di “prendere in carico un richiedente asilo”.

A fronte di questa speciale richiesta di presa in carico, lo Stato che la riceve è tenuto a procedere a ogni necessaria verifica per esaminare i motivi umanitari invocati, ed è tenuto a rispondere allo Stato richiedente nel termine di due mesi.

Il sistema delineato per individuare lo Stato competente è dunque molto complesso essendo basato su molteplici criteri di collegamento che fondano la responsabilità degli Stati membri, tra ai quali il più noto criterio dello “stato di primo ingresso” è solo uno dei plurimi elementi di cui l'autorità amministrativa deve tenere conto prima di dichiararsi competente ovvero di adottare una decisione di trasferimento.

Tale complesso sistema deve, infine, essere coordinato con l'applicazione delle altre norme che, in presenza di determinate condizioni, impongono di derogare agli ordinari criteri di competenza e, se necessario, di applicare la cosiddetta clausola discrezionale.

Quale è lo scopo della procedura informativa prevista dagli articoli 4 e 5 e chi deve attuarla?

Il regolamento prevede che gli Stati nel determinare la competenza devono procedere alla ricostruzione della posizione individuale del possibile destinatario di una decisione di trasferimento e a procedere a una verifica aggiornata delle condizioni sistemiche dello Stato membro di destinazione nel quale l'interessato dovrebbe accedere o alla procedura di asilo ovvero, in certi casi, essere assoggettato alle procedure previste dalla direttiva 2008/115/CE (di seguito: direttiva rimpatri).

L'articolo 4 prevede che le autorità competenti “non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2” devono informarlo immediatamente dell'applicazione del regolamento e fornire specifiche informazioni.

Gli aspetti essenziali su cui devono essere fornite informazioni riguardano:

la finalità del regolamento e le conseguenze, per un cittadino di Paese terzo, dello spostarsi da un territorio all'altro dell'Unione durante la fase di individuazione dello Stato competente;

i criteri di determinazione della competenza e la loro gerarchia;

la possibilità di rendere un colloquio personale e di fornire, anche con modalità diverse, informazioni sulla presenza di familiari o parenti sul territorio europeo;

la possibilità di impugnare la decisione di trasferimento e di chiederne la sospensione;

il fatto che le autorità competenti degli Stati membri possono scambiarsi i dati in loro possesso sul richiedente allo scopo di dare attuazione al regolamento;

il diritto di accedere ai propri dati, compreso il diritto di ottenerne la rettifica unitamente alle informazioni necessarie per esercitare questo tipo di tutela.

L'articolo 5 prevede, inoltre che: “al fine di agevolare la procedura di determinazione dello Stato membro competente” le autorità dello Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione “effettua” un colloquio personale con il richiedente che consentirà anche di verificare l'effettiva comprensione delle informazioni fornite ai sensi dell'articolo 4.

La regola del colloquio personale contempla due eccezioni: il caso di fuga, nel quale il richiedente si rende irreperibile, impedendo all'autorità di espletare il colloquio, e il caso in cui il richiedente abbia già fornito, in altro modo, informazioni pertinenti per determinare lo Stato membro competente, fermo restando che è lo Stato che deve mettere il richiedente nella condizione di presentare queste informazioni.

Scopo della procedura è quindi consentire al richiedente asilo di fornire tutti gli elementi utili per la determinazione della competenza, e l'onere di attuarla grava, evidentemente, sull'autorità preposta a pronunciarsi sulla competenza, e il suo svolgimento è prodromico all'eventuale adozione della decisione di trasferimento verso altro Stato ritenuto competente.

Nel sistema italiano, l'autorità di cui all'articolo 35 del regolamento, è l'Unità Dublino, incardinata presso il Ministero dell'interno alla quale compete, pertanto, l'espletamento di tale procedura, ivi compresa l'adozione delle decisioni di trasferimento.

Cos'è una decisione di trasferimento e cosa sono le procedure di presa e ripresa in carico?

Scopo generale del regolamento Dublino III è la determinazione dello Stato competente in base a precisi criteri la cui applicazione può, alla fine, comportare l'adozione di un provvedimento che obbliga il cittadino di Paese terzo o apolide a lasciare il territorio dello Stato che si ritiene incompetente, ove naturalmente tale trasferimento non avvenga volontariamente.

L'autorità amministrativa, conclusa l'istruttoria finalizzata alla determinazione dello Stato competente che comprende anche l'interlocuzione con l'altro Stato membro interessato, che è tenuto a pronunciarsi sulla richiesta di trasferimento, alternativamente, si dichiara competente all'esame della domanda, oppure emette la “decisione di trasferimento” verso lo Stato membro di destinazione.

È necessario precisare che nel sistema del regolamento il termine “competenza” ha un significato ampio, che comprende non solo l'obbligo di esaminare una domanda di protezione internazionale in base ai criteri ordinari, ma anche la facoltà di dichiararsi competente in deroga a tali criteri ovvero di assumersi la “responsabilità” di adottare tutti i provvedimenti relativi alla posizione del richiedente asilo, a partire dalla fase di accoglienza fino alla conclusione della procedura di protezione, oltre a quelli, in caso di diniego della domanda, connessi alla perdita dello status di richiedente asilo, imposti dalla direttiva rimpatri (v. articolo 19, paragrafi 2 e 3).

Il termine “competenza” quindi ricomprende anche gli obblighi dello Stato membro, basati sul regolamento, che vigono anche dopo che si è concluso l'esame della domanda di protezione presentata dalla persona assoggettata alla decisione di trasferimento.

La competenza e la responsabilità basate sul Dublino III hanno una durata temporalmente limitata, essendo previste cause di cessazione correlate al decorrere dei termini previsti per l'esecuzione delle decisioni di trasferimento (si veda, ad esempio, l'articolo 29) ovvero alla impossibilità materiale di attivare le procedure di espulsione per irreperibilità del destinatario che si protrae per un determinato lasso di tempo.

La decisione di trasferimento, che presuppone la declaratoria di incompetenza dello Stato che la adotta, costituisce l'atto conclusivo di apposite procedure disciplinate dal regolamento che distingue tra presa in carico e ripresa in carico.

La procedura di presa in carico (articoli 21 e 22) viene avviata quando lo Stato membro che riceve una domanda di protezione internazionale ritiene, in base ai criteri fissati dal regolamento, che la competenza debba essere attribuita ad altro Stato membro.

Questa procedura ha come indefettibile presupposto che una domanda di protezione sia stata presentata nello Stato membro, che questo Stato non ritenga di essere competente, che non si dichiari tale in base all'articolo 17 e che non sia individuabile un altro Stato membro nel quale la competenza si è ormai radicata (o perché l'esame della domanda pende davanti a lui, o perché è ancora competente ad adottare ulteriori provvedimenti).

La procedura di ripresa in carico, prevista dagli articoli 23 e 24, può essere avviata in due casi.

Nel caso disciplinato dall'articolo 23, paragrafo 1, il presupposto è che sia stata presentata una domanda di protezione nello Stato membro, che questo Stato non ritenga di essere competente in quanto ha verificato che lo stesso richiedente ha, in precedenza, presentato domanda in un altro Stato membro che la ha accettata e che è quindi ormai divenuto competente.

Nel caso disciplinato dall'articolo 24, paragrafo 1, il presupposto è che un cittadino di Paese terzo o apolide venga trovato in posizione di irregolarità in uno Stato membro nel quale non presenta domanda di protezione, che lo Stato in questione escluda di essere responsabile della eventuale procedura di rimpatrio, in quanto ha verificato che, in base al regolamento, vi è un altro Stato membro al quale compete tale responsabilità e al quale, pertanto, viene chiesta la "ripresa" in carico.

La fondamentale differenza tra "presa in carico" e "ripresa in carico" risiede quindi nel fatto che solo nella procedura di "presa in carico" vi è reale controvertibilità in ordine alla individuazione dello Stato competente all'esame di una domanda di protezione presentata per la prima volta nel territorio dell'Unione.

L'autorità di cui all'articolo 35 del regolamento deve sempre espletare la procedura informativa di cui agli articoli 4 e 5? Oppure gli obblighi informativi variano a seconda che sia avviata una procedura di presa in carico o di ripresa in carico?

Gli articoli 4 e 5, come tutto il regolamento, si pongono in una prospettiva di tutela di interessi diversi e potenzialmente confliggenti.

Il coinvolgimento attivo del richiedente ha lo scopo essenziale di consentirgli di fornire nel più breve tempo possibile tutti gli elementi per stabilire quale è lo Stato membro competente, nell'ottica di tutelare i suoi diritti in conformità ai parametri fissati dal regolamento.

Tale garanzia procedurale, però, soddisfa anche l'interesse dello Stato procedente alla completa raccolta di tutti gli elementi pertinenti per stabilire, nei tempi brevi previsti dal regolamento, quale è lo Stato membro che si deve occupare della domanda di protezione e al tempo stesso evitare di essere costretto ad assumere la competenza in assenza di qualsivoglia criterio di collegamento a causa dell'inutile decorso dei termini entro i quali il trasferimento è consentito.

Questo specifico interesse è tutelato dall'articolo 29, paragrafo 2, secondo cui, se il trasferimento non è eseguito entro un determinato termine, lo Stato che procede diventa competente e deve farsi carico della procedura di asilo oltre che, eventualmente, della procedura di rimpatrio.

Le garanzie informative sono anche oggetto del "considerando" 18 che, con riferimento al colloquio personale da organizzare prima di adottare una decisione di trasferimento, chiarisce che tale adempimento ha il preciso scopo di agevolare l'individuazione dello Stato competente.

L'articolo 4 prevede che l'obbligo informativo sorge e deve essere assolto "non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2" che stabilisce le condizioni in presenza delle quali tale domanda si intende presentata ed ha quindi avviato la procedura Dublino.

L'articolo 5, riprendendo il considerando 18, prevede che il colloquio personale deve essere effettuato "dallo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione" della competenza al fine di agevolarne la conclusione.

Pertanto il testo degli articoli 4 e 5, letto in combinazione con il considerando 18, potrebbe essere interpretato nel senso che vi è un rapporto di stretta correlazione funzionale tra l'avvio della procedura informativa e la necessità di determinare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione presentata per la prima volta nello Stato che avvia tale procedura.

L'art. 7, paragrafo 2, prevede che "la determinazione dello Stato membro competente in applicazione dei criteri definiti nel presente capo avviene sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro".

L'interprete ha quindi validi argomenti testuali per affermare che lo Stato procedente è obbligato a svolgere la procedura informativa solo quando è stata presentata una domanda di protezione nel suo territorio ed è realmente controvertibile, ai sensi del regolamento, la sua competenza, ossia quando vi sono i presupposti per attivare una procedura di presa in carico, mentre, per speculari ragioni, si può affermare che lo Stato è esente da qualsivoglia obbligo di interlocuzione con il destinatario della decisione di trasferimento emessa all'esito della procedura di ripresa in

carico, a maggior ragione quando nessuna domanda di protezione è stata presentata nel suo territorio, in quanto in tali ipotesi non sorgono dubbi sulla individuazione dello Stato competente.

Occorre tuttavia chiedersi se questa opzione interpretativa, al di là della stretta aderenza testuale agli articoli 4 e 5 e al considerando 18, sia effettivamente coerente con il regolamento e conforme al diritto dell'Unione.

A tal proposito sembra utile rilevare che le norme che indicano i criteri di competenza e la loro applicazione, oltre che i casi in cui devono essere obbligatoriamente derogati, sembrano dare per scontato che l'autorità che le applica debba svolgere un'accurata istruttoria perché deve verificare in concreto non solo la posizione del singolo, ma anche la fattibilità del trasferimento nel Paese teoricamente competente, vigendo il divieto di esecuzione di tale misura attuativa del regolamento tutte le volte che sussiste il concreto rischio di violazione di diritti fondamentali.

Sembra arduo quindi sostenere che l'amministrazione possa osservare questi criteri senza interloquire con il destinatario della decisione.

Del resto il divieto di trasferimento sancito dall'articolo 3, paragrafo 2, ha carattere assoluto per cui la sua fattibilità, alla luce della specifica condizione dell'interessato, deve essere verificata anche nell'ambito di una procedura di ripresa in carico, nonostante il suo principale scopo sia il celere trasferimento della persona interessata verso lo Stato membro che ha ormai assunto la competenza.

Anche l'applicazione degli articoli 16 e 17, le cui clausole, considerata la tutela degli interessi che vi sono sottesi, non tollerano limiti di applicazione e possono quindi riguardare anche una procedura di ripresa in carico, tutte le volte che si fondano sull'accertamento della condizione dell'interessato, sembrano implicare lo svolgimento di un'attività istruttoria che ha come imprescindibile momento l'interlocuzione con la persona interessata.

Il diritto dell'Unione contempla un generale diritto di essere informati prima dell'adozione o dell'esecuzione di qualsiasi provvedimento che, come la decisione di trasferimento, ha lo scopo di inviare un cittadino straniero dal territorio di uno Stato membro verso un Paese terzo tutte le volte che si può profilare il rischio di trattamenti inumani o degradanti.

Tale principio si può ricavare dalla decisione resa dalla CGUE nel caso C-562/13 (*Abdida*) avente ad oggetto l'interpretazione di alcune norme procedurali della direttiva "rimpatri".

Al punto 50 la Corte afferma: "Tali casi del tutto eccezionali sono caratterizzati dalla gravità e dall'irreparabilità del pregiudizio derivante dall'allontanamento di un cittadino di paese terzo verso un paese in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti. L'effettività del ricorso proposto contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino considerato di paese terzo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute impone, in tali circostanze, che tale cittadino di paese terzo disponga di un ricorso con effetto sospensivo, al fine di garantire che la decisione di rimpatrio non sia eseguita prima che l'autorità competente abbia avuto la possibilità di esaminare

la censura relativa a una violazione dell'articolo 5 della direttiva 2008/115, letto alla luce dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta”.

Nella decisione resa dalla CGUE nel caso C-348/2016 (*Sacko Moussa*) rispondendo a questioni inerenti l'ampiezza e i limiti del diritto di essere sentiti dell'autorità accertante (in quel caso giurisdizionale) nell'ambito della procedura di asilo, la Corte ha affermato in generale che il diritto ad essere ascoltati in qualsiasi procedimento costituisce parte integrante dei diritti della difesa.

Il diritto dell'Unione garantisce a chiunque la possibilità di manifestare, proficuamente ed efficacemente, il proprio punto di vista durante un procedimento amministrativo e prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi.

La decisione richiama, a sostegno del principio, anche le decisioni rese nei casi C-249/13, punti 34 e 36 e nel caso C-560/14, punti 25 e 31.

L'esercizio effettivo del diritto di difesa postula, secondo la Corte, che il destinatario di una decisione potenzialmente sfavorevole, deve poter esporre le proprie ragioni prima della sua adozione, in modo da prevenire un possibile errore dell'amministrazione che deve esercitare i propri poteri curando nel migliore dei modi l'interesse che le è affidato, prima ancora che sia attivata la procedura di ricorso, i suoi poteri (in tal senso può essere anche citata la decisione resa nel caso C-166/13, punto 47).

La Corte evidenzia, nel caso *Sacko Moussa*, che le prerogative inerenti il diritto di difesa, ivi compreso il diritto di essere ascoltati, non sono assolute, potendo soggiacere a restrizioni se esse sono imposte da obiettivi di interesse generale e sempre che non rappresentino un limite sproporzionato e inaccettabile rispetto allo scopo perseguito che non può, comunque, mai giustificare la lesione della sostanza del diritto in questione.

Per una più ampia disamina del concetto di “rimedio effettivo” quando trova applicazione il diritto dell'Unione si rimanda alla trattazione contenuta nel capitolo 4.

Qual è la posizione della giurisprudenza di merito e di legittimità sugli obblighi informativi e sulle conseguenze della loro violazione? Dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, alle sezioni specializzate dei tribunali ordinari nel dialogo con la Corte di Cassazione. Dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, alle sezioni specializzate dei tribunali ordinari nel dialogo con la Corte di Cassazione.

L'emergere, nella giurisprudenza italiana, del tema della legittimità della decisione di trasferimento adottata dall'autorità amministrativa senza il previo espletamento procedura informativa è indicativa del fatto che l'Unità Dublino, nella prassi, non applica in modo sistematico la procedura degli articoli 4 e 5 o, quando vi procede, non sempre osserva l'analitica procedimentalizzazione di tale fase dettata dal regolamento.

La valutazione da parte della giurisprudenza, di merito e di legittimità, sulla rilevanza della mancata osservanza di tale procedura, a partire dal momento in cui la giurisdizione è passata al giudice ordinario, non è univoca.

Il d.l. n.13/2017 (convertito con legge n.46/2017) ha espressamente attribuito alle sezioni specializzate in materia di asilo e immigrazione la competenza a conoscere delle impugnazioni delle decisioni di trasferimento.

Dopo un primo periodo di incertezza interpretativa sulla possibilità di derogare al principio generale del foro erariale che avrebbe imposto di attribuire la competenza sulle impugnazioni degli ordini di trasferimento alla sola sezione specializzata di Roma (cfr. Cass. n.18\756/2109) la Corte di cassazione ha definitivamente statuito che sussiste una competenza territoriale diffusa delle sezioni specializzate (cfr. Cass. sez. VI, 23/04/2020, n.8045).

La distribuzione tra più sezioni specializzate del contenzioso sulle decisioni adottate dall'Unità Dublin, ha indubbiamente contribuito alla formazione di orientamenti differenziati e talora inconciliabili.

Nella ricostruzione della giurisprudenza del giudice ordinario è tuttavia inevitabile partire dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 8 settembre 2015, n.4199 che, muovendo dal dato testuale del regolamento, ritenuto così chiaro da non porre alcun dubbio che giustificasse un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ha affermato che l'obbligo di informativa, secondo la procedura degli articoli 4 e 5, vincola l'amministrazione in termini assoluti e la sua eventuale omissione ha come inevitabile effetto quello di portare al necessario annullamento della decisione di trasferimento.

Nel caso che ha dato origine alla pronuncia, l'Unità Dublin aveva adottato la decisione di trasferimento dopo avere effettuato il colloquio di cui all'articolo 5 ma aveva omesso di rendere l'intera informativa prevista dall'articolo 4 e, in particolare, di informare l'interessato che aveva diritto di presentare ricorso e di chiedere la sospensione degli effetti del provvedimento.

Il ricorrente si era lamentato della violazione della garanzia procedurale, ma il T.a.r., pur accertando che tali informazioni non erano state fornite, aveva ugualmente rigettato il ricorso rilevando che l'informativa omessa non aveva, in concreto, ostacolato il pieno dispiegamento del diritto di difesa.

Infatti l'impugnazione era stata tempestivamente presentata, ed era stato anche esercitato il diritto di chiedere la sospensione dell'esecutività del provvedimento.

La decisione del T.a.r. è stata impugnata facendo valere l'assolutezza e non comprimibilità delle garanzie partecipative previste dal regolamento Dublin III che, solo se assolte integralmente e nel modo previsto dalle norme, possono dirsi adempiere alla funzione loro attribuita dal legislatore dell'Unione.

Il Consiglio di Stato, nel ribaltare la decisione, ha ritenuto che non potesse essere adottato il criterio sostanzialistico seguito dal giudice di primo grado che, in sostanza, aveva applicato il consolidato principio secondo cui un atto amministrativo non può essere annullato sulla base della mera constatazione della violazione di una norma procedimentale, dovendo il destinatario dimostrare che la violazione ne ha condizionato il contenuto che, proprio per questo, è risultato sfavorevole per il privato.

Il giudice di ultimo grado ha ritenuto che tale approccio, pur dotato di ragionevolezza, non poteva in questo caso essere applicato, in quanto il ricorso contro le decisioni assunte dall'Unità Dublino verte sulla verifica del rispetto delle “garanzie partecipative connesse alle procedure di protezione internazionale” rispetto alle quali “non vi è alcun margine per interpretazioni del giudice nazionale non strettamente aderenti alla formulazione normativa e tantomeno per interpretazioni di tipo sostanziale”.

Le garanzie in questione hanno infatti autonoma e preponderante rilevanza perché attengono alla “ratio fondamentale dell’intera procedura di protezione internazionale” e devono trovare piena applicazione anche nella fase disciplinata dal regolamento Dublino III, ossia quella finalizzata a individuare lo Stato competente.

Esse, inoltre, trovano la loro fonte in una norma di rango primario dell’Unione estremamente dettagliata proprio per non lasciare agli Stati membri margini di apprezzamento e di attuazione a livello nazionale.

Il Consiglio di Stato, nell’occasione, ha espressamente escluso la necessità di chiedere un intervento pregiudiziale della Corte di giustizia, considerata l’assenza di reali problemi interpretativi del regolamento, ritenuto sotto questo profilo “*acte clair*”.

Questa valutazione di chiarezza non sembra, invece, incontrovertibile in quanto il Consiglio di Stato non considera il tenore testuale del regolamento in tema di obblighi informativi (considerando 18 e articoli 4 e 5) e non analizza, alla luce delle circostanze del caso concreto, le indubbie differenze che caratterizzano le procedure di presa e ripresa in carico.

La decisione in esame conclude che la portata applicativa delle norme sulle garanzie informative ha preponderanza assoluta, nonostante non manichino argomenti testuali che consentono di affermare che si tratta di garanzia riservata, negli esatti termini previsti dal regolamento, alle sole procedure di presa in carico.

Nessuna analisi è stata svolta sulla reale preclusione per il giudice, non già in base al diritto nazionale, ma in base a principi del diritto dell’Unione come interpretato dalla Corte di giustizia in tema di procedure di protezione internazionale, di valutare in concreto se la restrizione di una garanzia partecipativa ha effettivamente compromesso il diritto di difesa e se, in tal caso, il rimedio debba necessariamente consistere nell’annullamento dell’atto amministrativo o non possa e debba essere assicurato nell’ambito della fase giurisdizionale, anche alla luce dei principi di celerità e completezza dell’istruttoria dettati dal regolamento Dublino.

In relazione a questo profilo avrebbe potuto essere, ad esempio, valorizzata la giurisprudenza della Corte di giustizia nella causa C-383/2013 (caso *M.G. e N.R.*) che ha così stabilito: “ ... secondo il diritto dell’Unione, una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, determina l’annullamento del provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 14 febbraio 1990, Francia/Commissione, C-301/87, Racc. pag. I-307, punto 31; del 5 ottobre 2000,

Germania/Commissione, C-288/96, Racc. pag. I-8237, punto 101; del 1° ottobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consiglio, C-141/08 P, Racc. pag. I-9147, punto 94, e del 6 settembre 2012, Storck/UAMI, C-96/11 P, punto 80)”.

Questa decisione chiarisce che “non ogni irregolarità nell’esercizio dei diritti della difesa nell’ambito di un procedimento amministrativo di proroga del trattenimento di un cittadino di un paese terzo ai fini del suo allontanamento costituisce violazione di tali diritti. D’altra parte, e di conseguenza, non ogni violazione, in particolare, del diritto di essere sentiti è tale da inficiare la legittimità del provvedimento adottato ai sensi dell’articolo 15, paragrafo 2, ultimo comma, della direttiva 2008/115 e da comportare, dunque, sistematicamente la rimessione in libertà del cittadino di cui trattasi”.

Le nette e divergenti affermazioni del Consiglio di Stato sulla assoluta prevalenza del diritto a fruire delle garanzie partecipative, tale da costituire il presupposto ineludibile per la legittima adozione di una qualsiasi decisione di trasferimento basata sul regolamento Dublino III, sembrano fortemente indebolite dalla mancata analisi del tenore testuale delle norme del regolamento, tutt’altro che univoco e dalla mancata verifica dell’esistenza e applicabilità di un orientamento della Corte di giustizia che consente di verificare se il mancato rispetto di una garanzia procedurale si traduca in una non recuperabile violazione del diritto di difesa, tale da imporre necessariamente di rimettere gli atti all’amministrazione.

Sono individuabili diversi orientamenti nella giurisprudenza delle sezioni specializzate.

Un primo orientamento (cfr. Sezione Specializzata di Catanzaro, decreto 23 ottobre 2019, n.3181) si conforma, in sostanza, alla citata decisione del Consiglio di Stato, anche nell’esito della decisione che consiste, nonostante la giurisdizione sia esercitata dal giudice ordinario, nell’annullamento della decisione di trasferimento assunta senza garanzie informative.

Secondo questa impostazione, in sede giudiziale, se il ricorrente contesta la violazione dei propri diritti è onere dell’amministrazione dimostrare di averli assolti.

Questa regola di ripartizione dell’onere della prova, che è una delle forme in cui trova attuazione l’effettività del rimedio, si basa sulla considerazione che il regolamento pone specifici e chiari obblighi in capo allo Stato, con modalità tali da rendere inutile qualsivoglia valutazione sulla concreta rilevanza della loro omissione essendo sufficiente, per statuire che il provvedimento è illegittimo, verificare che non è stato garantito il diritto a partecipare alla fase istruttoria antecedente l’emissione dell’ordine di trasferimento.

Se l’amministrazione non dimostra di avere posto in essere le attività prescritte dagli articoli 4 e 5 del regolamento, la decisione di trasferimento, a prescindere da qualsiasi analisi sul tipo di procedura adottata, viene ritenuta illegittima e, in caso di apposita richiesta, ne viene immediatamente sospesa l’efficacia esecutiva, prima del definitivo annullamento.

Un altro orientamento, (cfr. Sezione specializzata di Trieste, 5 luglio 2019, R.G. 1786; Sezione specializzata di Ancona, 25 novembre 2017, n.6292) muove invece dalle differenze tra procedure

di presa e ripresa in carico e si chiede se, in determinate ipotesi, lo Stato possa legittimamente adottare una decisione di trasferimento senza svolgere la preliminare fase informativa.

Viene a tal fine valorizzata la formulazione dell'articolo 4 che prevede che le informazioni devono essere fornite "non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, in uno Stato membro".

Da tale argomento testuale viene ricavata l'indicazione della precisa delimitazione degli obblighi dello Stato che ne sarebbe esentato totalmente in caso di procedura di ripresa in carico, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, del regolamento, ossia quando il cittadino di Paese terzo o apolide, che ha già presentato domanda di protezione in un altro Stato membro, viene trovato in condizione di irregolarità sul territorio dello Stato che non si ritiene competente e nel quale non viene presentata una domanda di protezione internazionale.

Secondo questa interpretazione dell'articolo 4, l'unico Stato tenuto a fornire l'informativa è, semmai, lo Stato nel quale è stata inizialmente presentata la domanda, mentre mancherebbe la base normativa per affermare che le procedure informative devono essere avviate anche dallo Stato che avvia la procedura di ripresa in carico.

Sarebbe pertanto legittima e immediatamente eseguibile la decisione di trasferimento emessa a seguito di una procedura di ripresa in carico di un cittadino di Paese terzo in posizione di irregolarità che non ha acquisito lo status di richiedente asilo.

Vi è un ulteriore orientamento (cfr. Sezione specializzata di Milano R.G. 19602/2020 e Sezione specializzata di Trieste, 12 gennaio 2021, R.G. 2117) secondo cui l'eventuale violazione di una regola procedimentale non determina la nullità dell'atto amministrativo conclusivo se l'interessato non allega e dimostra l'impatto che quella violazione ha avuto sul suo diritto.

In particolare viene richiamato, a sostegno di tale impostazione, l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con le sentenze n.2563/2020, n.11632/2014 e n.420/2012.

La sezione specializzata di Milano, in particolare, ritiene che, in sede di sospensiva, la mancanza o inadeguatezza della procedura informativa consente di sospendere gli effetti della decisione di trasferimento, in quanto emessa senza l'osservanza del regolamento.

Nella fase di merito tale violazione procedimentale non viene ritenuta di ostacolo alla possibilità di mettere il ricorrente in condizione di allegare quale sia stata, per l'esercizio del suo diritto di opposizione al trasferimento, la ricaduta concreta e la rilevanza della violazione procedimentale.

Questo orientamento ritiene, infatti, che eventuali violazioni possono rilevare solo se si può affermare che, se lo Stato avesse adempiuto agli obblighi informativi, la decisione di trasferimento non sarebbe stata adottata o avrebbe avuto un contenuto diverso.

Viene richiesto quindi al ricorrente di indicare gli elementi che avrebbe fornito all'Unità Dublino per orientarne la decisione.

Ove tali elementi non vengano forniti, la decisione impugnata, nonostante la sospensione interinale, viene confermata a seguito del rigetto del ricorso.

I diversi orientamenti di merito non sembrano ancora avere trovato un punto di sintesi nella giurisprudenza di legittimità.

La Corte di Cassazione, sezione II, con sentenza 27 agosto 2020, n.17963, decidendo sull'impugnazione di un provvedimento nel quale era stato dedotto, ai sensi dell'articolo 360, n.5, c.p.c., l'omesso esame di un fatto decisivo per non avere il giudice del merito verificato l'assolvimento degli obblighi richiamati dagli articoli 4 e 5 del regolamento, ha ritenuto che tali obblighi devono essere indefettibilmente assolti e il giudice è tenuto a verificare che l'amministrazione vi abbia adempiuto.

La decisione richiama e fa propria la citata sentenza del Consiglio di Stato, e ribadisce, senza prendere in considerazione le differenze tra procedure di presa e ripresa in carico, il principio dalla stessa affermato.

Viene in particolare ribadita la non utilizzabilità, nel contesto del regolamento Dublino, del principio sostanzialistico in altre materie affermato dalla stessa corte di legittimità, secondo la nullità non può essere fatta valere se non si allega che la violazione procedimentale ha determinato una concreta compressione del diritto azionato (richiamato anche dalla Sezione specializzata di Milano nella citata decisione R.G. 19602/2020).

Secondo la Corte questo principio, in quanto enunciato in sede di interpretazione di norme nazionali, non sarebbe trasponibile in sede di applicazione di un regolamento dell'Unione che oltretutto detta una disciplina analitica delle garanzie partecipative che verrebbe completamente depotenziata in base, appunto, a principi propri dell'ordinamento interno.

Questa decisione non sembra essere espressione di un orientamento consolidato, come emerge dalla sentenza, di poco successiva a quella appena commentata (cfr. Cass. n.23584/20).

Il giudice di primo grado, decidendo sull'impugnazione contro una decisione di ripresa in carico (il ricorrente aveva presentato domanda in Austria, decidendo poi di recarsi in Italia) aveva annullato la decisione di trasferimento sulla base di una doppia motivazione.

Secondo il Tribunale sussisteva, anzitutto, un impedimento assoluto al trasferimento essendo stato accertato il rischio di subire, in Austria, trattamenti inumani e degradanti consistenti nel probabile rischio di essere assoggettato al rimpatrio nel Paese di origine, a causa del rigetto della domanda di protezione internazionale.

Ulteriore motivo di illegittimità era l'adozione della decisione di trasferimento senza il previo espletamento della procedura informativa di cui agli articoli 4 e 5 del regolamento.

Il Ministero dell'Interno ha impugnato questa decisione lamentando, davanti al giudice di legittimità, la falsa applicazione degli articoli 4 e 5, che, diversamente da quanto sostenuto dal giudice di primo grado, dovrebbero trovare applicazione quando una domanda di protezione internazionale viene presentata nello Stato membro che adotta la decisione di trasferimento, cosa

che in concreto non era avvenuta, come dimostrato dal fatto che l'Austria aveva accettato la ripresa in carico ai sensi dell'articolo 24 del regolamento.

La Corte ha accolto l'impugnazione e ha cassato senza rinvio il provvedimento di primo grado con un percorso argomentativo che non appare lineare e che, in ogni caso, sembra essere frutto di un approccio diametralmente opposto a quello seguito da Cass. n.17963/2020.

Viene anzitutto evidenziato che in questa materia la giurisdizione spetta al giudice ordinario in quanto la situazione giuridica “del richiedente protezione che chiede protezione internazionale ha natura di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali”.

Tale considerazione porta la Corte ad affermare che la competenza a individuare lo Stato competente spetta, in base all'articolo 3, comma 3, d.lgs. n.25/2008, all'Unità Dublino “e non al giudice ordinario”.

Ne deduce che il sindacato del giudice ordinario sulla decisione di trasferimento è limitato alla verifica delle condizioni ostative “alla competenza sulla domanda”, nei casi previsti dall'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento, ossia alla verifica dell'esistenza di cause che impediscono il trasferimento.

Il giudice, quindi, in questa sede potrebbe conoscere solo della sussistenza di eventuali carenze sistemiche nella procedura di asilo del Paese di destinazione, mentre non potrebbe mai “sostituendosi di fatto all'Unità Dublino, annullare il provvedimento impugnato rilevando violazioni formali” del regolamento verificatesi nel corso della procedura.

Nel caso concreto, la Corte ha qualificato come violazioni formali proprio il mancato espletamento delle procedure informative.

Inoltre, considerato il modo con cui il giudice di primo grado ha esaminato il rischio di *refoulement* indiretto, la Corte ha escluso che il giudice primo grado, in sede di impugnazione di una decisione di trasferimento, possa esaminare la situazione personale dell'interessato, di competenza esclusiva dello Stato di destinazione “quale Paese di primo ingresso che aveva assentito alla procedura di reincarico”.

Pare evidente il disallineamento delle posizioni della Corte sul tema delle garanzie informative ritenuto da Cass. n.17963/2020 così essenziale da precludere all'amministrazione la legittima adozione della decisione di trasferimento, e da Cass. n.23584/20 una mera violazione formale che, comunque, non sarebbe attribuita allo Stato che avvia la procedura di ripresa in carico.

Per una disamina più specifica dei rapporti tra procedimento amministrativo e giurisdizionale quando sono in discussione diritti tutelati da norme eurounitarie, si rimanda al capitolo 3.

Ci sono questioni in tema di obblighi informativi sulle quali sarebbe opportuno un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia da parte del giudice italiano?

L'esame, estremamente sintetico, delle variegate posizioni dei giudici di merito e di legittimità sull'interpretazione del regolamento Dublino III in tema di obblighi informativi, indica l'esistenza di più di un tema sul quale sarebbe necessario, specie da parte del giudice di ultima istanza, chiedere un intervento pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Le norme del regolamento in tema di obblighi informativi sono infatti ritenute dai giudici tutt'altro che chiare, il che dovrebbe imporre, dopo avere verificato che ci sono interpretazioni tra loro inconciliabili, di rimettere alla Corte la soluzione dei molteplici dubbi che danno origine, a fronte di situazioni simili, a soluzioni nettamente divergenti da parte della giurisprudenza nazionale.

Un tema che sembra maturo per essere oggetto di rimessione alla Corte di giustizia è quello inerente l'estensione degli obblighi informativi e quindi del campo di applicazione degli articoli 4 e 5, e quindi della possibilità o meno di affermare che tali obblighi informativi devono essere assolti solo nelle procedure di presa in carico o se invece vi sia un generale obbligo, ricavabile dal regolamento, di fornire le dovute informazioni e di interloquire con l'interessato prima di emettere una decisione di trasferimento, anche nel caso in cui si dia luogo a una procedura di ripresa in carico di persona che non presenta domanda di protezione internazionale nello Stato membro che adotta la decisione di trasferimento.

Un altro tema di estrema rilevanza, che ha un notevole impatto in termini di rimedio effettivo riguarda la possibilità per il giudice di fornire nel corso della procedura di impugnazione, eventualmente anche attraverso un'interloquazione processuale con l'autorità amministrativa, le garanzie informative omesse da tale autorità e poi decidere nel merito eventualmente sostituendo la propria decisione a quella adottata dall'Unità Dublino, oppure se dal regolamento discenda, in caso di violazione, la necessità di garantire tale rimedio solo con la rimozione, mediante annullamento, della decisione di trasferimento e rimessione degli atti all'autorità amministrativa affinché rinnovi la procedura informativa e quindi formuli ex novo il giudizio sulla competenza e sulla praticabilità del trasferimento.

Altra questione dibattuta e fonte di decisioni di tenore opposto è se si possa affermare che chi si oppone a una decisione di trasferimento emessa in carenza delle garanzie informative o all'esito di una procedura incompleta (ad esempio tutte le volte che sia stato svolto il colloquio individuale ma non sia stato consegnato l'opuscolo previsto dall'articolo 5) ha quantomeno l'onere di allegare in quale misura l'omessa informazione ha influito sul suo diritto di difesa e in quale misura ha comportato l'adozione di un provvedimento che, invece, in presenza di una corretta procedura di acquisizione delle informazioni, non sarebbe stato adottato o avrebbe avuto un contenuto diverso (ad esempio con una diversa individuazione dello Stato membro di destinazione).

3. Il divieto di respingimento, il rischio di *refoulement* diretto e indiretto e il ruolo della clausola discrezionale nel regolamento Dublino III.

In quali circostanze allo Stato membro è vietata l'adozione o l'esecuzione di una decisione di trasferimento?

Nella verifica dell'esistenza di tale divieto è rilevante solo l'esistenza di carenze sistemiche nello Stato membro di destinazione, o rilevano anche altre questioni?

Quale è la posizione espressa in tema di divieto di respingimento nell'ambito del regolamento Dublino III dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia?

Nella vigenza del Dublino II il potenziale impatto delle regole del sistema sulla dimensione individuale dei diritti della persona era un profilo particolarmente trascurato, anche perché la forte prevalenza della dimensione orizzontale del corpus normativo finiva per conferire assoluta centralità al principio del *mutual trust* che consentiva di presumere, in virtù dell'obbligo per tutti gli Stati membri di rispettare il divieto di respingimento, in termini pressoché assoluti la sostanziale sicurezza dell'esecuzione di una decisione di trasferimento.

È stata la Corte EDU, nella nota sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011, a mettere in discussione l'assolutezza di tale principio e, con esso, l'impianto essenzialmente orizzontale del sistema, laddove ha riconosciuto la responsabilità del Belgio per violazione dell'art. 3 CEDU per non avere impedito il trasferimento di un richiedente asilo in Grecia, nonostante fossero notorie le carenze strutturali nel trattamento delle domande e nell'accoglienza dei richiedenti asilo in tale paese.

Secondo la Corte, il principio di *mutual trust* poteva essere ritenuto compatibile con gli obblighi scaturenti dall'art. 3 CEDU in quanto il regolamento Dublino II contemplava, all'articolo 3, paragrafo 2, la cosiddetta clausola di sovranità che, in quanto consentiva agli Stati di derogare alle regole di competenza che imponevano il trasferimento, permetteva anche, superando i limiti derivanti dalla presunzione di sicurezza dello Stato di destinazione, di rispettare il divieto di *refoulement*.

Nel caso *M.S.S.* il Belgio è stato giudicato responsabile della violazione dell'art. 3 della Convenzione proprio in quanto si era limitato ad applicare pedissequamente le regole di competenza senza ricorrere, di fronte al rischio di violazione dell'articolo 3 CEDU, alla clausola all'epoca denominata di sovranità che gli avrebbe consentito di derogarvi.

Dunque, quando l'esecuzione del trasferimento è atto idoneo a violare i diritti fondamentali protetti dalla Convenzione in termini assoluti, l'attivazione da parte dello Stato della clausola di sovranità è un adempimento obbligatorio, sicché tale clausola, benché costituisca espressione del massimo grado di autonomia che gli Stati membri si sono riservati nel sistema Dublino, rappresenta anche uno strumento che deve essere esercitato, quando necessario, per adempiere all'obbligo di non respingimento.

Con questa decisione la Corte EDU ha posto in evidenza l'esistenza di situazioni nelle quali la clausola di sovranità del regolamento Dublino, nonostante l'apparente contraddizione, deve essere obbligatoriamente utilizzata, in quanto gli Stati aderenti alla convenzione, se vincolati

anche al regolamento Dublino, non hanno margini di discrezionalità di fronte all'obbligo di proteggere un individuo dal rischio di vedere violato il nucleo fondamentale dei diritti oggetto dell'articolo 3 CEDU.

La CGUE nel caso C-411/10 (N.S.) del 21.12.2011, pronunciandosi sulla corretta interpretazione del Dublino II con riferimento ai casi nei quali un trasferimento intracomunitario deve ritenersi vietato, pur non discostandosi dai principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza citata, non ne ha condiviso integralmente l'impostazione.

La CGUE ha rilevato che il regolamento Dublino deve essere interpretato nel senso che è vietato il trasferimento verso lo Stato membro designato competente nelle sole ipotesi in cui vi siano fondati motivi di ritenere che in tale Paese vi sono carenze sistemiche nelle procedure d'asilo o nelle condizioni di accoglienza di tale rilevanza da implicare il rischio di esposizione a trattamenti inumani e degradanti, nei termini previsti dall'articolo 4 della Carta di Nizza.

Perché un trasferimento possa dirsi vietato, nonostante la relativa decisione sia stata adottata nel rispetto delle regole di competenza fissate dal regolamento, non è sufficiente un rischio generico, essendo invece necessario che il rischio di violazione dell'art. 4 Carta nello Stato di destinazione raggiunga una certa soglia di severità.

In tal caso lo Stato membro procedente, constatato l'impedimento al trasferimento, non è tuttavia obbligato a dichiararsi competente, ma è tenuto a verificare se è possibile, in applicazione di ulteriori criteri fissati nel Regolamento, individuare un altro Stato membro competente.

Allo stesso tempo la Corte avverte la necessità di precisare che la ricerca di uno Stato competente potrebbe, in simili situazioni, diventare particolarmente complessa e determinare un irragionevole durata della procedura di determinazione della competenza, fattore anch'esso idoneo a compromettere diritti fondamentali dell'interessato.

In tal caso, ove si profili questo ulteriore rischio, lo Stato membro è tenuto a dichiararsi competente ed esaminare la domanda, in applicazione del criterio di collegamento previsto dall'articolo 13 del regolamento, in quanto una domanda di protezione è stata presentata nel suo territorio.

Con questa decisione la Corte di giustizia, enucleate le condizioni in presenza delle quali si deve ritenere non eseguibile una decisione di trasferimento, ha statuito, sul punto discostandosi dal giudizio della Corte EDU, che il mezzo per evitare di violare il divieto di respingimento non è l'attivazione obbligatoria della clausola di sovranità, ma l'obbligo di proseguire nella procedura di determinazione della competenza verificando la possibilità di applicare gli altri criteri previsti dal regolamento, ivi compreso quello della presentazione di una domanda di protezione nel suo territorio, criterio da applicarsi tutte le volte che, verificata la non praticabilità del trasferimento, non è agevolmente individuabile la competenza di un altro Stato.

Questi principi sono stati recepiti e codificati nel regolamento Dublino III che all'articolo 3, paragrafo 2, prevede che un trasferimento deve ritenersi non eseguibile quando si hanno "fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di

accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

Lo stesso paragrafo 2 fornisce, in tal caso, i criteri residuali per la determinazione della competenza di un altro Stato.

Da un punto di vista sistematico l'impostazione suggerita dalla Corte di giustizia consente di superare il principio, affermato dalla Corte EDU, della attivazione obbligatoria della cd. clausola di sovranità in caso di accertata impraticabilità del trasferimento.

Nonostante i differenti approcci, è importante evidenziare che la Corte EDU e la Corte di giustizia ritengono che la natura discrezionale della clausola di cd. sovranità non impedisce di affermarne l'attivazione obbligatoria ogniqualvolta essa si riveli indispensabile per proteggere il diritto tutelato dagli articoli 3 CEDU e 4 della Carta di Nizza.

Questo punto di arrivo delle Corti ha inevitabili ripercussioni sull'interpretazione e applicazione della clausola discrezionale che, all'articolo 17 del regolamento Dublino III, ha sostituito la clausola di sovranità contenuta nella versione precedente del regolamento.

Per una ampia e sistematica ricostruzione del principio di “non refoulement” si rimanda al capitolo 1.

In che misura tali rischi configurano un rischio di violazione degli articoli 3 CEDU e 4 e 19 della Carta di Nizza? Nell'accertare le carenze sistemiche ex art. 3, paragrafo 2, è rilevante una certa soglia del rischio e come si può accertare?

Non sussistono ad oggi puntuali indicazioni, ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia o della Corte EDU, sul grado di intensità che le carenze sistemiche devono raggiungere perché si possa ritenere integrato il divieto di trasferimento di cui all'articolo 3, paragrafo 2.

Nel caso *N.S.*, la Corte di giustizia ha affermato che gli Stati membri non possano effettuare trasferimenti nel contesto del sistema Dublino verso uno Stato membro rispetto al quale non si possa ignorare l'esistenza di siffatte carenze. Pertanto il rischio che il ricorrente, una volta trasferito nello Stato competente, subisca trattamenti inumani e degradanti deve essere, secondo la Corte di giustizia, reale e serio.

L'attuale testo dell'articolo 3, paragrafo 2, vieta il trasferimento quando vi sono “fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni d'accoglienza dei richiedenti asilo”.

La norma ha una diversa formulazione rispetto al testo del Dublino II e richiede, per ritenere impossibile il trasferimento, che le disfunzioni del sistema asilo dello Stato membro di destinazione abbiano carattere sistemico, ossia non occasionale, che siano facilmente accertabili e di natura così strutturale da essere rilevanti, in termini di probabile compromissione dei diritti fondamentali dell'interessato, anche in assenza e a prescindere dall'esame individuale della

situazione del richiedente, perché tali da compromettere i diritti fondamentali di qualsiasi richiedente asilo, anche senza tenere in considerazione una eventuale specifica condizione di vulnerabilità e bisogni speciali di assistenza.

La Corte EDU aveva utilizzato, quale parametro per la verifica del carattere sistemico delle carenze, i rapporti dell'Alto Commissariato ONU per i rifugiati e i rapporti del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa². Nel caso *Tarakhel v. Svizzera* (GC, sentenza 4.11.2014) rifacendosi a tali fonti, aveva escluso l'esistenza di carenze sistemiche nel sistema asilo italiano che presentava difficoltà e criticità, ma non comparabili con quelle accertate del sistema greco.

Ciò sembra confermare l'insufficienza, per ritenere integrata l'ipotesi dell'articolo 3, paragrafo 2, di aspetti problematici del sistema asilo nello Stato membro di destinazione.

Non consta, tuttavia, che la giurisprudenza italiana abbia sviluppato il tema del grado di severità delle carenze sistemiche necessario per ritenere sussistente il divieto di trasferimento.

Si segnala, in proposito, la decisione del Tribunale di Caltanissetta (cfr. R.G. 2177, decreto del 2 dicembre 2019) che, giudicando sull'impugnazione di una decisione di trasferimento verso la Norvegia, ha escluso la sussistenza in tale Paese di violazioni sistemiche integranti l'articolo 3, paragrafo 2, anche sulla base dell'assenza, da parte degli altri Stati europei, di una prassi di sospensione verso i trasferimenti in tale Stato ritenuto, evidentemente, un buon indicatore dell'assenza di difetti strutturali nel sistema asilo.

Diversa è invece l'impostazione del Tribunale di Roma che ha annullato la decisione di trasferimento verso la Croazia, in quanto si è ritenuta la sussistenza di carenze sistemiche nel sistema asilo (cfr. decreto 15 maggio 2019, R.G. 83132/18).

La decisione si segnala per l'affermazione secondo cui "il provvedimento di trasferimento di uno stato che non assicuri idonee condizioni di accoglienza del richiedente tutte le volte in cui vi sia non solo la prova certa, ma anche il ragionevole dubbio che sussistano carenze sistemiche di tali condizioni di accoglienza".

Viene quindi adottato uno standard di valutazione della soglia di severità delle carenze sistemiche inferiore a quello definito dalla Corte di giustizia che, con la frase "non possono non ignorare", sembra invece alludere a una oggettiva evidenza probatoria di tali carenze, tale da comportare un pieno convincimento da parte del giudice, con esclusione della rilevanza di rischi solo ipotetici.

Ci sono altri rischi, diversi dalle carenze sistemiche, che vietano il trasferimento ex articolo 3, paragrafo 2 del regolamento?

Nel caso *Tarackel* la Svizzera è stata condannata per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al trasferimento in Italia, in base alle regole Dublino, di una famiglia di richiedenti asilo, nonostante

² Cfr. M. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 1, p. 174-175.

la Corte EDU avesse escluso l'esistenza di significative carenze sistemiche nel Paese di destinazione.

La decisione è basata sul fatto che la Svizzera, nell'adottare la decisione di trasferimento, era tenuta a considerare anche i rischi di un trattamento inumano e degradante, conseguenti al trasferimento, ma legati alla situazione individuale dei ricorrenti, indipendentemente cioè dalle asserite carenze sistemiche nel sistema di accoglienza italiano.

Dunque la Corte EDU sottolinea che la responsabilità degli Stati, nel dare attuazione al divieto di respingimento, non può dirsi esclusa o attenuata dalla regolare applicazione del regolamento Dublino che prevede solo il divieto di trasferimento in presenza di carenze sistemiche come sopra definite.

La Corte di giustizia, a partire dalla sentenza resa nella causa C-578/16 (caso *CK*) ha seguito l'indicazione della Corte EDU e, interpretando le norme del regolamento, è passata dalla affermazione del divieto di trasferimento solo in caso di carenze sistemiche di entità tale da fare venir meno il principio di *mutual trust*, alla affermazione dell'obbligo in capo agli Stati membri di valutare anche i rischi basati sulle condizioni soggettive dell'interessato, in modo da dare autonomo rilievo a eventuali condizioni di vulnerabilità del singolo.

La pronuncia è sorta dal caso di una richiedente asilo che, dopo il parto, aveva sviluppato un'acuta sindrome depressiva con tendenze suicide e, su tale base, si era opposta al trasferimento dalla Slovenia alla Croazia, paese competente per l'esame della domanda.

Nell'ambito della causa principale la Corte costituzionale slovena aveva formulato un principio di diritto, vincolante per la Corte Suprema, secondo cui il giudice del rinvio avrebbe dovuto valutare il rischio individuale della ricorrente in caso di trasferimento e, se ritenuto sussistente, avrebbe dovuto attivare obbligatoriamente ed *ex officio* la clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Regolamento.

La Corte suprema slovena, prima di applicare il principio così enunciato dalla Corte superiore, ha chiesto preventivamente alla Corte di giustizia di chiarire, da un lato, in che misura il rischio individuale del richiedente poteva ostare al trasferimento in base alle norme del regolamento Dublino e, dall'altro, la natura obbligatoria o meramente discrezionale della clausola di cui all'art. 17, oltre che la sua attivabilità anche *ex officio* dal giudice.

Attraverso un'opera di filtraggio delle disposizioni del Regolamento Dublino con i principi della Carta di Nizza, in particolare quelli dell'articolo 4, e della giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 3, la Corte ha affermato che anche carenze non definibili come sistemiche, ossia che possono avere rilievo soltanto in relazione alla situazione individuale del richiedente, in tema di accesso e svolgimento della procedura di asilo, così come in tema di condizioni di accoglienza, in situazioni eccezionali possono fondare una deroga ai criteri stabiliti nel Regolamento.

La Corte ricorda che, in base ai considerando 32 e 39 del regolamento Dublino III, gli Stati membri sono vincolati al rispetto della giurisprudenza della Corte EDU e dell'articolo 4 Carta. La clausola contenuta nell'articolo 3, paragrafo 2 esprime la volontà del legislatore europeo di

vietare il trasferimento solo in presenza di violazioni sistemiche. La norma deve infatti essere interpretata nel senso che lo Stato membro, sempre nell'ottica di tutelare i diritti oggetto dell'articolo 4 della Carta di Nizza, deve anche valutare i rischi, purché reali e acclarati, di trattamenti inumani e degradanti, che in situazioni eccezionali possono concretamente derivare dalla decisione di trasferimento per motivi legati principalmente alla condizione personale del destinatario della decisione stessa.

Il percorso argomentativo seguito nel caso *CK* può ritenersi espressione di un orientamento che va consolidandosi, essendo stato confermato nella decisione resa nella causa C-163/19 (caso *Jano*) riguardante il trasferimento di un richiedente asilo dalla Germania in Italia.

La Corte, nella composizione della *Grande Chambre*, ha statuito che l'art. 4 della Carta di Nizza osta "a che un richiedente protezione internazionale sia trasferito, in applicazione dell'articolo 29 del regolamento n. 604/2013, verso lo Stato membro che, conformemente a tale regolamento, è di regola competente per l'esame della sua domanda di protezione internazionale, nell'ipotesi in cui, in caso di riconoscimento di tale protezione nel suddetto Stato membro, tale richiedente sarebbe esposto a un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, ai sensi del summenzionato articolo 4, a causa delle prevedibili condizioni di vita in cui verrebbe a trovarsi in quanto beneficiario di protezione internazionale in tale Stato membro".

La Corte ha altresì precisato che per ritenere sussistenti gli obblighi di non respingimento di cui all'art. 4 Carta, in un caso come quello descritto, è necessario che «una persona completamente dipendente dall'assistenza pubblica si venga a trovare, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema privazione materiale che non le consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi la sua salute fisica o psichica o che la ponga in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana".

Le situazioni che, al di fuori delle carenze sistemiche, determinano una deroga ai criteri di competenza fissati dal sistema Dublino mantengono quindi un grado di elevata eccezionalità e di severità della soglia di rischio di violare gli articoli 3 CEDU e 4 della Carta di Nizza.

Il modo con cui individuare tali situazioni sembra presupporre, in concreto, un sostanziale recepimento della pertinente giurisprudenza della Corte EDU, in linea con l'art. 52, paragrafo 3, della Carta, che implica un analitico esame della situazione individuale di chi si oppone al trasferimento.

Quali oneri di allegazione e prova gravano sul ricorrente? tali oneri si differenziano nel caso in cui vengano fatte valere carenze sistemiche o rischi connessi alla situazione individuale del richiedente?

Quali poteri officiosi possono essere esercitati dal giudice?

La sentenza *CK* ha fornito anche l'occasione per chiarire l'esistenza di una importante differenza, nel diverso articolarsi dell'onere probatorio e dei poteri officiosi del giudice, tra il caso in cui vengano in discussione carenze sistemiche nell'accoglienza e nella procedura d'asilo rispetto al caso in cui vi sia il rischio di violazione individuale ex articolo 3 CEDU o articolo 4 della Carta di Nizza.

La Corte infatti, al punto 75, ha precisato che è onere di chi si oppone al trasferimento fornire, nella procedura di ricorso, “elementi oggettivi, quali attestazioni mediche redatte riguardo alla sua persona, idonee a dimostrare la gravità particolare del suo stato di salute e le conseguenze significative e irrimediabili che potrebbe comportare un trasferimento nei suoi confronti”, perché le autorità dello Stato membro valutino il reale e concreto rischio che dal trasferimento possa derivare un deterioramento significativo delle condizioni di salute dell'interessato tale da costituire in sé trattamento inumano e degradante di tipo altamente individualizzato.

Anche la Corte EDU ha evidenziato la diversa distribuzione dell'onere probatorio a seconda che vengano fatte valere carenze sistemiche o rischi individualizzati e ha precisato che spetta alle autorità, amministrative e giudiziarie del paese valutare, anche *ex officio*, le carenze di carattere generale e sistemico nel Paese terzo, mentre spetta al richiedente allegare e provare aspetti specifici e individuali che lo riguardano e che sono tali da mettere in seria discussione la legittimità del suo trasferimento³.

Quale è la posizione della giurisprudenza italiana in relazione a violazioni individuali dell'art. 3 CEDU in occasione del trasferimento?

Due provvedimenti resi all'esito di procedure di ricorso nelle quali l'impugnazione della decisione di trasferimento (nell'ambito di procedure di ripresa in carico) non era basata su carenze sistemiche dello Stato di destinazione, hanno valutato i rischi legati allo stato di salute del richiedente, secondo i principi delineati nella decisione sul caso *CK*.

Il Tribunale di Roma (cfr. R.G. 53784/2018 del 25.9.2019) ha annullato il trasferimento in Germania sul presupposto che l'interruzione della relazione terapeutica e del trattamento in corso (una sindrome ansioso-depressiva con rilevante disturbo del pensiero, trattato farmacologicamente con antidepressivi e ansiolitici) potesse determinare un grave rischio per la salute fisica del ricorrente. La decisione, benché contenga ampie citazioni della sentenza *CK*, non sembra aver seguito l'approccio graduale dalla stessa indicato, né si è proceduto al giudizio di bilanciamento dei diversi valori in gioco, parimenti richiesto dalla Corte di giustizia, consistente,

³ Corte EDU, (GC) *Ilias e Ahmed v. Ungheria*, punto 141, «In particular, while it is for the persons seeking asylum to rely on and to substantiate their individual circumstances that the national authorities cannot be aware of, those authorities must carry out of their own motion an up-to-date assessment, notably, of the accessibility and functioning of the receiving country's asylum system and the safeguards it affords in practice. The assessment must be conducted primarily with reference to the facts which were known to the national authorities at the time of expulsion but it is the duty of those authorities to seek all relevant generally available information to that effect (Sharifi, cited above, §§ 31 and 32). General deficiencies well documented in authoritative reports, notably of the UNHCR, Council of Europe and EU bodies are in principle considered to have been known (see, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, §§ 346-50, see also, *mutatis mutandis*, *F.G. v. Sweden*, cited above, §§ 125-27). The expelling State cannot merely assume that the asylum seeker will be treated in the receiving third country in conformity with the Convention standards but, on the contrary, must first verify how the authorities of that country apply their legislation on asylum in practice (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 359).

in massima sintesi, nella verifica della possibilità di chiedere allo Stato di destinazione l'adozione di precauzioni affinché il trasferimento non determini un peggioramento irreversibile delle condizioni di salute oppure differire, mediante sospensione degli effetti, l'esecuzione della decisione di trasferimento.

Il tribunale, senza che risulti l'attivazione di tali garanzie, ha invece direttamente annullato il trasferimento sul presupposto, che sembra invece escluso quantomeno in termini automatici nella decisione CK, che l'amministrazione avrebbe dovuto, nel caso di specie, ricorrere all'attivazione obbligatoria della clausola di discrezionalità al fine di evitare la violazione dell'articolo 3, paragrafo 2.

Molto diverso è l'approccio del Tribunale di Bologna (cfr. R.G. 1966/2020, 1 giugno 2020) nel decreto emesso nella procedura di ricorso in opposizione al trasferimento in Olanda di una persona affetta da HIV e in complessive condizioni di salute che sembrano simili a quelle descritte nel provvedimento di Roma. Anche in questo caso il tribunale utilizza, in motivazione, ampie citazioni della sentenza CK e poi conclude: "Conclusivamente la Corte di giustizia nella causa C-578/16 PPU, impone, solo nel caso di una persona afflitta da una patologia psichiatrica particolarmente seria, di valutare se disporre il trasferimento o attendere e, laddove si decida di procedervi, di adottare precauzioni, al fine di evitare che quel trasferimento si traduca in un trattamento inumano o degradante".

Esclusa, nel caso di specie, una patologia psichiatrica e la volontà anticonservativa del ricorrente, il tribunale ha ritenuto sufficiente, per il rigetto, l'attivazione, ad opera dell'Unità Dublino, degli appositi strumenti di cooperazione, per allertare lo Stato membro di destinazione affinché le autorità competenti si facciano adeguatamente carico delle fragilità della ricorrente.

Il divieto di trasferimento di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento costituisce anche garanzia contro il rischio di espulsione dallo Stato membro di destinazione verso un Paese terzo, ossia comprende anche il rischio del c.d. *refoulement* indiretto?

Il rischio di *refoulement* indiretto, nel contesto del sistema Dublino, può essere definito come il rischio che il destinatario di una decisione di trasferimento, una volta riammesso nel territorio dello Stato competente venga rimpatriato dopo che sia conclusa negativamente la procedura di asilo, così venendo esposto al rischio di subire un trattamento inumano e degradante nel Paese di origine.

Sulla base di questa definizione, occorre interrogarsi sulle condizioni in presenza delle quali uno Stato che adotta una decisione di trasferimento conformemente al regolamento, possa essere ritenuto responsabile per violazione indiretta dell'articolo 3 CEDU e degli articoli 4 e 19 della Carta di Nizza, quando abbia escluso impedimenti al trasferimento dovuti a carenze sistemiche o a eccezionali condizioni soggettive dell'interessato.

Il dubbio che la decisione di trasferimento possa comunque comportare il rischio di violazioni indirette del divieto di respingimento può sorgere, ad esempio, quando nello Stato membro di destinazione vi sia una prassi amministrativa o giurisprudenziale che considera "sicuro" un

determinato Paese terzo anche ai fini della valutazione del rischio da conflitto di cui all'articolo 15 lettera c) della direttiva "qualifiche" (trasposto dall'articolo 14, lettera c) d.lgs. 251 del 2007).

In queste ipotesi, pur in assenza di carenze sistemiche impeditive del trasferimento ai sensi dell'articolo 3.2 del regolamento, potrebbe risultare prevedibile l'adozione, da parte dello Stato membro di destinazione, di una decisione di rimpatrio nel paese d'origine della cui sicurezza lo Stato che adotta la decisione di trasferimento potrebbe dubitare.

Dal regolamento, e in particolare l'articolo 3, paragrafo 2, non sembra si possano ricavare indicazioni esplicite per la soluzione di questo problema, per cui è utile verificare se possono trarre spunti dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, nuovamente si traggono preziose indicazioni dalla sentenza resa sul caso *MSS* con cui il Belgio è stato condannato per violazione *par ricochet* dell'art. 3 CEDU sulla base di due presupposti: del primo, più noto, si è già detto.

Si tratta di quello connesso alle notorie e strutturali deficienze del sistema greco, tanto nell'accoglienza, quanto nella valutazione delle domande.

Il secondo, autonomo e distinto, riguarda specificamente il rischio di *refoulement* indiretto.

Secondo la Corte, le violazioni sistemiche nel trattamento delle domande di protezione internazionale da parte della Grecia erano tali da far ritenere concreto il rischio, ignorato dal Belgio, ma che non avrebbe dovuto ignorare, che i richiedenti erano assoggettati alle procedure di rimpatrio verso il Paese di origine senza un reale esame nel merito della domanda di protezione.

La decisione sul caso *MMS* indica dunque agli Stati aderenti alla convenzione che nella valutazione del rischio connesso all'esecuzione di una decisione di trasferimento nel contesto del sistema Dublino sono tenuti a valutare ogni aspetto pertinente il rischio di *refoulement*, ivi compreso il rischio di una sua violazione indiretta che si può configurare tutte le volte che vi siano inequivoche indicazioni sul fatto che le domande di protezione non vengono, in sostanza, esaminate dallo Stato di destinazione.

Nella sentenza della Grande Camera della Corte EDU, del 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary* è stata superata o comunque rettificata l'impostazione seguita nel caso *MSS*

La Corte in questo caso condannato l'Ungheria per violazione indiretta dell'art. 3 CEDU in considerazione della prassi delle autorità magiare di respingere i richiedenti asilo alla frontiera con la Serbia, senza valutazione del merito della domanda di asilo, in quanto l'Ungheria considera la Serbia un paese terzo sicuro nonostante più fonti denunciino le carenze sistemiche del Paese in questione nell'esame delle domande di asilo.

La sentenza non riguarda tuttavia un caso di trasferimento basato sul regolamento Dublino, ma un caso di respingimento dalla frontiera europea verso un Paese terzo.

La decisione merita comunque di essere valutata perché chiarisce, così dissipando in modo esplicito i dubbi generati da pregresse pronunce, tra le quali appunto *MSS* e la stessa *Ilias and*

Ahmed resa dalla sezione semplice, che quando si controverte di una possibile violazione indiretta del divieto di respingimento, il sindacato del giudice deve limitarsi a valutare se, nel paese di trasferimento, il richiedente asilo abbia accesso a un adeguato procedimento per l'esame della sua domanda d'asilo e se le condizioni di accoglienza siano accettabili.

La Corte chiarisce che non rientra, invece, tra i doveri di accertamento del giudice quello di valutare le potenziali violazioni dell'art. 3 CEDU nel paese d'origine del richiedente asilo in quanto ciò equivarrebbe a imporre allo Stato del rinvio una pronuncia nel merito della domanda d'asilo che è, invece, onere che deve essere assolto dallo Stato di destinazione garantire⁴.

Dunque la Corte EDU, oltre a confermare la necessità di valutare anche i rischi di *refoulement* indiretto, precisa anche che a tal fine si deve verificare se il richiedente asilo, una volta riammesso nel territorio del Paese terzo, abbia effettivo accesso alla relativa procedura, mentre viene escluso l'obbligo di valutare anche la probabilità di accoglimento della domanda e quindi i rischi connessi all'eventuale ritorno nel Paese di origine, nel caso in cui tale domanda sia rigettata.

La Corte chiarisce quindi che il rischio di *refoulement* indiretto va valutato, non diversamente da quanto gli Stati membri sono tenuti a fare in base all'articolo 3, paragrafo 2, del Dublino III, attraverso la verifica delle condizioni sistemiche del sistema asilo dello Stato verso il quale si opera il respingimento e tale rischio deve essere ritenuto sussistente, con conseguente divieto di respingimento, quando vi sono indicatori non equivoci sul fatto che non vi sono reali condizioni di accesso alle procedure di asilo, oppure l'accesso ad esse è solo formale, senza garanzia di effettivo esame della domanda.

Non rientra, invece, nella valutazione del rischio di *refoulement* indiretto un giudizio prognostico sul possibile esito della domanda di protezione.

⁴ Corte EDU, *Ilias v. Hungary*, 21.11.2019, par. 130-131: «However, where a Contracting State seeks to remove the asylum seeker to a third country without examining the asylum request on the merits, **the State's duty not to expose the individual to a real risk of treatment contrary to Article 3 is discharged in a manner different from that in cases of return to the country of origin. While in the latter situation the expelling authorities examine whether the asylum claim is well founded and, accordingly, deal with the alleged risks in the country of origin, in the former situation the main issue before them is whether or not the individual will have access to an adequate asylum procedure in the receiving third country.** That is so because the removing country acts on the basis that it would be for the receiving third country to examine the asylum request on the merits, if such a request is made to the relevant authorities of that country. In addition to this main question, where the alleged risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 concerns, for example, conditions of detention or living conditions for asylum seekers in a receiving third country, that risk is also to be assessed by the expelling State». E ancora § 146-147 «In this regard, the Court is not oblivious of the fact that in some cases of removal of asylum seekers to third intermediary countries without examination of the merits of the asylum claim by the removing State, it has included text mentioning that the applicants' claim about risks in their countries of origin were arguable, which could be seen as the Court taking a stand, in the context of Article 3 of the Convention, on whether or not the risks invoked in respect of the country of origin were arguable (see, among several others, *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), cited above and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 344; but see also the opposite approach in *Mohammadi*, cited above, §§ 64-75, *Sharifi*, cited above, §§ 26-39; *Tarakhel*, cited above, §§ 93-122; and *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), no. 27725/10, §§ 62-79, 2 April 2013). In the present case the Grand Chamber, having had the benefit of the parties' submissions devoted specifically to this question, considers that **it is not for the Court to act as a court of first instance and deal with aspects of the asylum claims' merits in a situation where the defendant State has opted – legitimately so – for not dealing with those and at the same time the impugned expulsion is based on the application of the "safe third country" concept. The question whether there was an arguable claim about Article 3 risks in the country of origin is relevant in cases where the expelling State dealt with these risks**».

La misura in cui i principi enunciati dalla decisione della Grande Camera sul caso *Ilias e Ahmed* possono essere trasposti alle impugnazioni contro le decisioni di trasferimento basate sul regolamento Dublino dipende dalle caratteristiche del caso concreto.

Il caso *Ilias e Ahmed* scaturisce, come si è detto, da un respingimento dalla frontiera europea verso un Paese terzo non vincolato dal sistema comune di asilo e al di fuori dell'applicazione del regolamento Dublino, nel quale gli interessati intendevano presentare domanda in Ungheria che, invece, riteneva possibile respingerli in Serbia, in quanto in tale Paese sarebbe stato possibile fare domanda di asilo.

L'Ungheria non aveva titolo, in questo caso, di invocare il principio di *mutual trust*, ed è stata ritenuta responsabile in quanto obbligata a valutare, ai fini della sicurezza del respingimento, il livello di affidabilità della Serbia nel garantire l'accesso alla procedura di asilo, ossia a operare una verifica non molto diversa da quella che il Belgio avrebbe dovuto fare prima di eseguire il trasferimento in Grecia nel caso *MSS*.

Non è stato invece ricompreso, tra gli obblighi dello Stato, anche quello di valutare le maggiori o minori probabilità di accoglimento della domanda di protezione in Serbia, quale elemento idoneo a configurare, o meno, il rischio del successivo rimpatrio verso il Paese di origine.

Non constano, invece, decisioni della Corte di giustizia che abbiano affrontato specificamente l'obbligo degli Stati membri di valutare, nell'ambito del sistema Dublino, il rischio di *refoulement* indiretto.

Si ritiene, tuttavia, che qualche indicazione possa essere ricavato dalla pronuncia resa sulle cause riunite C-582/17 e C-583/17.

La Corte in questo caso ha chiarito che, quando un cittadino di Paese terzo destinatario di una procedura di ripresa in carico abbia presentato domanda di protezione internazionale in uno Stato membro, se ne sia allontanato e abbia successivamente presentato un'ulteriore domanda in un secondo stato membro, questa persona non può, nel contestare la decisione di trasferimento verso il Paese dove per prima è stata presentata la domanda, in base all'articolo 27 del Regolamento Dublino III, far valere questioni legate all'erronea applicazione dei criteri in base ai quali si è radicata la competenza del primo Stato.

Benché la pronuncia non sia stata emessa per risolvere la questione della possibile applicazione, in un contesto di *refoulement* indiretto, degli art. 4 e 19 Carta, è molto interessante la motivazione adottata per giustificare una così forte limitazione dei motivi di impugnazione ai sensi dell'art. 27 Regolamento e, conseguentemente, anche del diritto fondamentale a un rimedio effettivo ex art. 47 Carta di Nizza.

Secondo la Corte, ammettere che con il ricorso giurisdizionale si possa contestare la corretta applicazione dei criteri in base ai quali la competenza è stata ormai stabilita dalle autorità dello Stato nel quale è stata in precedenza presentata la domanda, equivarrebbe a consentire a un altro Stato membro di riesaminare e sindacare le conclusioni in punto competenza cui sono giunte le autorità dello Stato membro ormai designato come competente.

Spingere fino a questo punto gli obblighi dello Stato per valutare se sia stato offerto un rimedio effettivo finirebbe per confliggere il principio dell'articolo 3, paragrafo 1, definito fondamentale dalla stessa Corte di giustizia, secondo cui "una domanda d'asilo deve essere esaminata da un solo stato membro, che è quello individuato come stato competente in base ai criteri enunciati al capo II".

Riconoscere al richiedente la possibilità di impugnare il decreto di ripresa in carico anche per far valere la violazione dei criteri su cui si è basata la prima determinazione di competenza contrasterebbe inoltre con altre fondamentali finalità del regolamento Dublino.

Da un lato, infatti, incentiverebbe i cosiddetti movimenti secondari che il regolamento intende esplicitamente scoraggiare e, dall'altro, confliggerebbe con l'obiettivo del rapido espletamento delle procedure di esame delle domande di protezione internazionale, oggetto del considerando 5 del Regolamento.

I principi interpretativi enunciati nel caso *HR* potrebbero essere utilizzati per stabilire se una decisione di trasferimento possa essere impugnata adducendo il rischio di *refoulement* indiretto quando il ricorrente, destinatario di una procedura di ripresa in carico, non può dirsi avere mai contestato l'originaria competenza dello Stato di destinazione che, anzi, è stata accettata con l'accesso al sistema di accoglienza e con la partecipazione alla procedura di esame della domanda di protezione qualora non venga messa in discussione la capacità dello Stato di destinazione di dare accesso effettivo alla procedura di asilo e, ove necessario, alle procedure di ricorso.

Nella decisione resa sulle cause riunite C-297/17, C-318/17 e C-438/17 (caso *Ibrahim*) la Corte di giustizia ha ritenuto, ad esempio, che la prassi bulgara di ritenere inammissibili le domande volte ad ottenere lo status di rifugiato, una volta che il richiedente abbia già ottenuto la protezione sussidiaria, pur essendo in contrasto con la direttiva procedure e con l'art. 18 della Carta, non fa venir meno la possibilità di un altro Stato membro di dichiarare la seconda domanda d'asilo inammissibile.

Quindi si può sostenere che, in base alla giurisprudenza sovranazionale, il rischio di *refoulement* indiretto deve essere valutato anche nell'ambito del sistema Dublino, ma entro precisi limiti che, in definitiva, sembrano sostanzialmente coincidenti con i rischi da carenza sistemica.

Si dovrà infatti valutare, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, insieme alle caratteristiche del complessivo sistema asilo dello Stato membro di destinazione, se si possa desumere che è concreta la possibilità che il ricorrente non sia ammesso alla procedura di esame della domanda (qualora di tratti di procedura di presa in carico) oppure che l'accesso a tali procedure è solo formale, in quanto le domande, nello Stato membro di destinazione, vengono in genere rigettate senza esame nel merito.

È opportuno sottolineare che questa evenienza non può essere di per sé ricavata dalla percentuale (in termini assoluti) di accoglimento o rigetto delle domande di asilo o delle domande presentate da persone che provengono da determinati Paesi, essendo rilevante, per la giurisprudenza sovranazionale specificamente il rischio di non vedersi, di fatto, esaminata la domanda.

Non diversa è la valutazione che deve essere operata nel caso in cui la domanda sia ancora in corso di esame nello Stato membro di destinazione, pur potendosi escludere che il rispetto della clausola di cui all'articolo 3, paragrafo 2, imponga di operare una valutazione prognostica della possibilità di accoglimento della domanda con conseguente rilevanza dei rischi connessi all'eventuale rimpatrio nel Paese di origine.

Questo compito, in base al regolamento, è ormai definitivamente attribuito alle autorità dello Stato di destinazione, con l'unico limite dell'esistenza di indicatori di serie carenze sistemiche.

Una conferma in tal senso si ricava dall'articolo 18, paragrafo 2, terza parte, del Dublino III, secondo cui, nella procedura di ripresa in carico, “qualora la domanda sia stata respinta solo in primo grado, lo Stato membro competente assicura che l'interessato abbia o abbia avuto la possibilità di ricorrere a un mezzo di impugnazione efficace ai sensi dell'articolo 46 della direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva procedure).

Una diversa conclusione finirebbe per contrastare con la funzione del sistema Dublino che è, anzitutto, uno strumento di coordinamento dei sistemi asilo nazionali sicché, al di fuori di situazioni di grave crisi che fanno dubitare della stessa possibilità che una domanda di asilo sia esaminata prima di procedere al rimpatrio, l'eventuale difformità di orientamenti sull'applicazione delle direttive in materia di protezione internazionale non dovrebbe costituire da sola elemento idoneo a porre in discussione il funzionamento di tale sistema, quantomeno in termini di divieto di esecuzione delle decisioni di trasferimento.

Inoltre si deve considerare che il sistema eurounitario fornisce ai giudici ampie possibilità, e a volte veri e propri obblighi, di ricorrere alla funzione nomofilattica della Corte di giustizia⁵, allo scopo di armonizzare gli aspetti sostanziali e procedurali del sistema comune di asilo.

Quale è la posizione della giurisprudenza italiana, di legittimità e di merito, sulla rilevanza del rischio di *refoulement* indiretto nelle procedure Dublino e sul rimedio della attivazione della clausola discrezionale ex art. 17 del regolamento Dublino III?

La giurisprudenza italiana non ha un orientamento unitario sulla possibile rilevanza, tra i motivi di impugnazione del provvedimento di trasferimento, del cd. *refoulement* indiretto.

Secondo un orientamento (cfr. Sezione specializzata di Milano, 14 ottobre 2020, R.G. 27034/2020), nell'ipotesi di ricorso avverso una decisione di trasferimento, in una procedura di ripresa in carico verso Paesi UE in cui non è stata sollevata questione in ordine all'esistenza di carenze sistemiche impeditive del trasferimento, il giudice dell'impugnazione è tenuto ad annullare la decisione di trasferimento in presenza di un serio rischio di rimpatrio nel paese

⁵ Si segnala, in effetti, come, proprio in relazione al profilo su cui più si sono avute nella giurisprudenza di merito italiana applicazioni della nozione di *refoulement* indiretto (mancata applicazione in Germania della clausola di cui alla art. 14, lett. c) direttiva c.d. “qualifiche” in relazione a richiedenti provenienti dall'Afghanistan), è attualmente pendente un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice tedesco (causa C-901/19), teso a richiedere alla Corte di giustizia se nella valutazione appunto della protezione sussidiaria, ex art. 15 lett. c, sia rilevante e in che misura il dato quantitativo relativo al numero di vittime al fine di determinare l'esistenza della violenza indiscriminata ai sensi della sentenza *Elgafaji* (C-172-2009). Il giudice del rinvio dà ampia indicazione, anche in prospettiva comparata, delle posizioni assunte sul punto da diverse giurisdizioni straniere.

d'origine rispetto al quale è stato invocato il timore di subire trattamenti inumani e degradanti. Il rischio viene ritenuto concreto in quanto lo Stato membro competente ha ormai rigettato la domanda di protezione internazionale, la relativa procedura è conclusa, sicché si dovrebbe inevitabilmente applicare la direttiva rimpatri ed emettere un provvedimento di espulsione.

Questa interpretazione si basa sul richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare le sentenze sui casi C.K. e Jawo) ma si caratterizza, rispetto ad essa, per il fatto di prendere in considerazione la situazione individuale del ricorrente, ai fini dei rischi connessi al trasferimento rispetto all'esito della domanda di protezione nello Stato di destinazione.

Per stabilire, quindi, se il trasferimento è consentito o vietato dal regolamento viene operata una valutazione prognostica delle conseguenze del rigetto della domanda di protezione da parte dello Stato membro competente, alla luce del fatto che il Paese di origine del ricorrente presenta, secondo il giudice, una situazione interna che dovrebbe comportare l'accoglimento della domanda di protezione internazionale, sotto il profilo della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 15 lettera c) della direttiva qualifiche.

Una decisione che segue la stessa impostazione è stata emessa dalla sezione specializzata di Roma (R.G. 15777/2018, del 26.2.2019) sul ricorso contro una decisione di trasferimento verso la Germania, ormai competente, adottata nei confronti di un cittadino afgano la cui domanda d'asilo era stata rigettata ed era stato già emesso il decreto d'espulsione.

In altra decisione (cfr. RG. 54163/2018, del 19.11.2019) la Sezione specializzata di Roma ha adottato identica decisione, giudicando sul ricorso di un cittadino pakistano ritenuto originario della regione delle FATA, soggetto a trasferimento in Germania.

Tutte queste pronunce richiamano la giurisprudenza della Corte EDU sulla responsabilità degli Stati firmatari della Convenzione per violazione indiretta dell'articolo 3 CEDU, senza tuttavia dare rilievo al fatto che tale orientamento, come esposto in precedenza, deve essere letto alla luce della recente presa di posizione effettuata dalla Corte di giustizia nel caso *Ilias and Ahmed v. Hungary* che sembra escludere, contrariamente a quanto aveva lasciato intendere la stessa Corte giudicando in sezione semplice, che vi sia un obbligo per lo Stato che adotta la decisione di trasferimento di valutare il rischio di *refoulement* nel paese d'origine, essendo stato precisato che il rischio in questione deve essere valutato verificando soltanto che nel paese di destinazione sia possibile e realistico l'accesso a un'adeguata procedura d'asilo.

Sul piano del rimedio, facendo leva sull'orientamento espresso nel caso C.K, in cui la Corte di giustizia ha definito la clausola discrezionale come autonomo criterio di determinazione della competenza, il Tribunale di Roma ritiene necessario fare "ricorso al criterio di competenza stabilito dall'art. 17 del Regolamento e la determinazione quindi dello Stato italiano come competente a giudicare della domanda di protezione internazionale". A questa affermazione, che sembra comunque discostarsi dall'approccio graduale previsto dal regolamento e dalla stessa Corte quando si accerti l'impossibilità di eseguire il trasferimento nello Stato membro inizialmente designato come competente, non fa seguito, tuttavia, una statuizione di accertamento della competenza dell'Italia quale conseguenza della attivazione officiosa della clausola discrezionale,

dato che la decisione si conclude con il mero annullamento della decisione di diniego dal quale non deriva in termini automatici l'assunzione di competenza in capo all'Italia.

Su questo specifico punto esprime un diverso orientamento la Sezione specializzata di Milano (cfr. R.G. 27034/2019, decreto 14 ottobre 2020) che esclude, in caso di accertata impraticabilità del trasferimento, che il giudice possa attivare la clausola discrezionale in quanto ritiene che ciò costituisca esercizio di un potere discrezionale dell'autorità amministrativa non sindacabile da parte del giudice.

La competenza dell'Italia viene dichiarata attraverso un diverso percorso motivazionale, basato sul fatto che nel ricorso contro il trasferimento il ricorrente fa valere il diritto soggettivo ad accertare la competenza dello Stato ad esaminare la domanda di protezione, per cui la declaratoria di competenza dell'Italia viene adottata in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento.

Secondo questa impostazione, all'accertamento della impraticabilità del trasferimento consegue in via automatica la declaratoria di competenza dell'Italia, senza spazio per la possibilità di verificare se, in base ai criteri dettati dal regolamento, possa essere individuata la competenza di un altro Stato.

La Sezione specializzata di Trieste (cfr. decreto n.2561 del 9 settembre 2019) esclude, invece, che il *refoulement* indiretto possa costituire motivo di impugnazione della decisione di trasferimento adottata in una procedura di ripresa in carico in quanto, diversamente opinando, si affermerebbe una generale competenza dell'Italia ad esaminare sempre una (ulteriore) domanda di protezione internazionale, già esaminata e rigettata da altro Stato membro.

Tale soluzione è infatti ritenuta in pieno contrasto con l'art. 3, paragrafo 1, del Dublino III che fissa il principio per cui una domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro che è quello individuato come Stato competente in base ai principi enunciati al capo III

La Sezione specializzata di Milano (cfr. R.G. n.9161/2020 del 10.6.2020) ha ritenuto che “oggetto del presente procedimento non è una (nuova) valutazione del rischio connesso all'eventuale *refoulement* verso il Paese d'origine, ma la legittimità della decisione del Ministero dell'Interno di chiedere la riammissione vincolata del ricorrente nel territorio del Paese europeo competente, anche al fine di evitare il c.d. *asylum shopping*”. Tuttavia si afferma *incidenter* che il ricorrente non ha allegato elementi minimi che consentano di prevedere, alla luce della sua situazione individuale, un rischio in caso di trasferimento, il che sembra non precludere la possibilità di valutare nel merito il rischio in questione.

Altra pronuncia della medesima Sezione (cfr. R.G. 18621/2020, 21.9.2020) su ricorso contro una decisione di trasferimento per ripresa in carico in Francia, nel quale era stato invocato il rischio di *refoulement* indiretto., riguarda il caso di un ricorrente che aveva sostenuto di essere esposto, in Francia, al rischio di un rimpatrio immediato in Pakistan, dove sarebbe andato incontro a “morte sicura” a causa della situazione generale di violenza indiscriminata, tale da concretizzare l'ipotesi di cui alla lettera c) dell'art. 14, d.lgs. n. 251/07.

Era stato ulteriormente allegato che i dinieghi nelle domande di protezione internazionale in Francia superavano il 73,2% dei casi, che il Paese aveva assunto una linea dura in materia di accoglienza e che vi era una specifica esclusione dal sistema di accoglienza per i richiedenti asilo la cui domanda veniva respinga.

Il Tribunale ha ritenuto ammissibile il motivo sul rischio di *refoulement* indiretto, che, dopo una analitica valutazione del merito, è stato tuttavia rigettato.

Anche su questo tema non si è ancora raggiunto un punto di sintesi tra giudici di merito e corte di legittimità.

Le decisioni dei tribunali di primo grado che attribuiscono rilevanza al rischio di *refoulement* indiretto sembrano in contrasto con l'orientamento espresso da Cass. Sez. I, n.23584 del 29 settembre 2020 che ha affermato il seguente principio di diritto:

“L'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale (Reg. UE del PE e Consiglio n. 603 del 2013 Dublino III) spetta, in base all'art. 3, comma 3 del d.lgs. n. 25 del 2008, all'amministrazione e, precisamente, all'unità Dublino, operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno e non al giudice ordinario. Pertanto, laddove sia stato impugnato un provvedimento di ripresa in carico di un immigrato già accettato da parte di uno Stato membro UE, il giudice ordinario nazionale non può rilevare violazioni formali del Regolamento Dublino verificatesi nel corso della procedura essendo sfornito di competenza al riguardo. Infatti, il relativo sindacato è limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano e degradante”.

La tesi della Suprema Corte secondo cui il giudice, in sede di ricorso avverso il provvedimento di trasferimento emesso all'esito di una procedura di ripresa in carico, debba limitarsi al solo vaglio della sussistenza delle carenze sistemiche sembra a sua volta non in linea con quanto statuito dalla Corte di giustizia nel caso C.K., così come appare non conforme al diritto dell'Unione anche per quanto attiene al diritto a un rimedio effettivo, l'affermazione secondo cui “avverso i provvedimenti dello Stato indicato come competente che siano contrari alle norme del sistema europeo comune d'asilo o della Carta dei diritti fondamentali UE è riconosciuto all'interessato il diritto di ricorrere alla Corte di giustizia UE oppure alla Corte di Strasburgo, per far valere violazioni della Cedu”, essendo notorio che al singolo è precluso l'accesso diretto alla Corte di giustizia.

È importante sottolineare che la Cassazione, con questa decisione, sembra escludere nettamente la possibilità di dare rilievo, in sede di impugnazione della decisione di trasferimento, a profili legati a rischi di *refoulement* indiretto, e deve essere anche evidenziata la statuizione sulla attribuzione alla competenza della sola autorità amministrativa, e non al giudice, di attivare ed eventualmente sindacare la clausola discrezionale.

Dunque il panorama della giurisprudenza nazionale, di merito e di legittimità, è molto variegato e non sembra avere ancora focalizzato i problemi sistematici e di coerenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che si pongono quando si accolgono ricorsi basati sul rischio di *refoulement* indiretto, anche in procedure di ripresa in carico, tutte le volte che non venga messa in discussione l'esistenza di carenze sistemiche negli Stati membri di destinazione, neppure sotto il profilo dell'accesso effettivo alle procedure di asilo sia ai rimedi previsti anche per le procedure di rimpatrio, ma si dia preponderante rilievo, invece, all'esito concreto o ritenuto probabile, della domanda di asilo presentata nello Stato membro di destinazione.

Ci sono spazi per richiedere un intervento pregiudiziale della Corte di Giustizia in ordine alla possibilità di valutare, nell'ambito del regolamento Dublin III il rischio di *refoulement* indiretto e al di fuori del caso in cui tale rischio sia connesso a oggettive carenze sistemiche del sistema asilo dello Stato membro di destinazione?

Nonostante dal regolamento Dublin III, letto insieme alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, si possano ricavare gli spunti fin qui descritti sui limiti entro i quali il rischio di *refoulement* indiretto può essere preso in considerazione, considerate le forti divergenze di approccio in giurisprudenza, potrebbe essere utile sottoporre alla Corte, quando rilevante, una richiesta di interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento finalizzato a chiarire se il diverso approccio seguito dal Paese di destinazione sulla valutazione dei rischi di rimpatrio in un determinato Paese terzo che presenta oggettivi indici di grave insicurezza, possa costituire, da solo, elemento idoneo a costituire una carenza sistemica nella procedura di asilo, tale da integrare il divieto di trasferimento.

Nella stessa ottica potrebbe essere interessante chiedere alla Corte se, nell'operare tale valutazione, una volta escluse le carenze sistemiche, si possa presumere che lo Stato di destinazione operi in conformità alla direttiva rimpatri e all'obbligo di garantire alla persona colpita da un provvedimento di espulsione sia il diritto di restare sul territorio almeno fino alla decisione sulla sospensiva e se sia garantito un rimedio effettivo in termini di ricorso giurisdizionale.

Potrebbe inoltre essere utile chiedere alla Corte chiarimenti sul modo con cui deve essere interpretato l'articolo 18, paragrafo 2, terza parte, del regolamento.

La norma, infatti, è ispirata alla tutela dei diritti di difesa del ricorrente, ma non è chiaro in che modo essa possa essere applicata dall'Unità Dublin direttamente o eventualmente su sollecitazione del giudice dell'impugnazione.

Sarebbe interessante chiarire se la norma deve essere interpretata nel senso che essa impone allo Stato che emette la decisione di trasferimento di chiedere, in caso di rigetto della domanda dopo la fase amministrativa, se sia stato proposto ricorso contro tale decisione e se, ed eventualmente a quali condizioni, sia possibile chiedere la rimessione in termini.

Un altro aspetto problematico è rappresentato da come si deve intendere la frase “qualora la domanda sia stata respinta solo in primo grado” rispetto agli obblighi di verifica del concreto esercizio del diritto di difesa nello Stato membro di destinazione.

La norma potrebbe essere infatti letta nel senso che qualora la domanda di protezione sia stata rigettata oltre che dopo la fase amministrativa, anche all’esito del primo grado giurisdizionale non è più possibile attribuire rilievo, in termini di rischio di refoulement indiretto, all’eventuale rischio di esecuzione della probabile decisione di rimpatrio.

4. Il rimedio effettivo nel contesto delle impugnazioni contro le decisioni di trasferimento.

Cosa prevede e cosa non prevede il regolamento in ordine ai poteri esercitabili dal giudice in caso di accertata violazione delle regole che disciplinano la corretta adozione di una decisione di trasferimento?

Il “considerando” 19 enuncia il principio secondo cui devono essere stabilite “garanzie giuridiche e il diritto a un ricorso effettivo avverso le decisioni di trasferimento verso lo Stato membro”, conformemente a quanto prevede l’articolo 47 della Carta di Nizza.

L’articolo 27 “mezzi di impugnazione” fissa alcune regole fondamentali della procedura di ricorso, quali il diritto di impugnare la decisione di trasferimento, l’obbligo degli Stati membri di assegnare un termine ragionevole per l’esercizio di tale diritto e di conferire il diritto di rimanere sul territorio almeno fino al momento della decisione sulla sospensiva del provvedimento impugnato.

Si deve tuttavia precisare che, stando al tenore testuale dell’articolo 27, paragrafo 1, non è dato diritto di ricorso nel caso in cui sia adottata una decisione di trasferimento basata sull’ipotesi disciplinata dall’articolo 18, paragrafo 1, lettera b), ossia la ripresa in carico del richiedente la cui domanda è in corso di esame e che ha presentato domanda in altro Stato membro o che si trova in altro Stato membro senza titolo di soggiorno.

È lasciato agli Stati un margine di apprezzamento nella concreta configurazione della procedura di impugnazione che tuttavia deve, come minimo, comprendere una fase preliminare nella quale si decide sul diritto del ricorrente di restare nel territorio nazionale in attesa della decisione di merito, fermo restando che tale diritto deve essere assicurato, con conseguente vigenza del divieto di eseguire il trasferimento, fino alla decisione sulla sospensiva (articolo 27, paragrafo 3).

Il regolamento non disciplina, invece, le attività che il giudice può o deve compiere per porre rimedio, nella fase processuale, ad eventuali carenze o omissioni della fase istruttoria, non precisa se possono essere previste limitazioni ai motivi che il ricorrente può far valere né, infine, fornisce indicazioni per stabilire se gli Stati devono dotare il giudice del potere di annullare la decisione di trasferimento e, quando necessario, del potere di sostituirsi all’amministrazione nell’adozione della statuizione sulla competenza, tutte le volte in cui si ravvisi l’errata applicazione dei criteri

previsti dal regolamento o l'impossibilità del trasferimento unita alla impossibilità di individuare la competenza di un altro Stato.

L'articolo 27, paragrafo 1, si limita a enunciare il principio secondo cui il diritto a un ricorso effettivo deve comprendere la possibilità di impugnare, o di chiedere la revisione, della decisione di trasferimento che deve poter essere riesaminata integralmente, ossia per motivi di fatto e di diritto, da un organo giurisdizionale, ossia dotato delle garanzie di indipendenza e imparzialità richieste a questo fine dal diritto dell'Unione.

Il legislatore nazionale, come si ricava agevolmente dalla lettura dell'articolo 3, commi da 3 a 3-*decies* del decreto legislativo n.25/2008, nell'attuare il regolamento, ne ha seguito fedelmente l'impostazione limitandosi a stabilire che il destinatario di una decisione di trasferimento ha diritto di accedere a una procedura di ricorso e di chiedere in via preliminare e urgente la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, senza fornire indicazioni sulla possibilità per il giudice di attivare, quando necessario, rimedi endoprocedimentali attraverso i quali, ad esempio, obbligare l'amministrazione a compiere un determinato atto omesso durante il procedimento, né sul contenuto della decisione di accoglimento, né all'esistenza di eventuali preclusioni processuali.

La procedura è ispirata a principi di massima concentrazione, celerità e prevalenza della trattazione scritta e, nell'evidente prospettiva di contemperare il diritto di ricorso con l'obbligo dello Stato di rispettare i termini stringenti dettati dal regolamento per l'esecuzione dei trasferimenti, il legislatore ha previsto che l'udienza di trattazione è, in questa procedura speciale, un adempimento non obbligatorio, ferma restando la discrezionalità del giudice di disporla quando ne ravvisi la necessità sia nella fase preliminare, dedicata alla decisione sulla sospensiva, sia nella fase dedicata alla decisione conclusiva.

Il diritto di ricorso, come disciplinato dal legislatore europeo e attuato dal legislatore nazionale, con riferimento alle problematiche in precedenza esaminate inerenti le possibili violazioni delle garanzie informative, lascia aperti molti interrogativi di rilevante impatto pratico, come emerge dalla difficoltà per la giurisprudenza, di merito e di legittimità, di trovare orientamenti unitari.

Non è chiaro se il giudice di primo grado possa valutare la rilevanza in concreto dell'omissione (totale o parziale) dell'informativa e se possa valutare se lo svolgimento della garanzia procedurale omessa avrebbe effettivamente consentito di acquisire elementi tali da obbligare lo Stato ad assumere una diversa decisione, né se possa o debba eventualmente supplire alle omissioni e carenze della fase informativa o sia invece sempre tenuto, accertata la violazione, a rimettere gli atti all'amministrazione perché provveda ad espletare le procedure di sua competenza, né, infine, se costituisca elemento indefettibile del rimedio effettivo il potere/dovere del giudice di sostituirsi all'amministrazione nel dichiarare la competenza dello Stato italiano o, quando ciò ha rilievo, limitarsi ad accertare l'impossibilità del trasferimento disposto dall'Unità Dublino rimettendo all'amministrazione di valutare le ulteriori attività da compiersi.

Cosa si intende per rimedio effettivo, in questo contesto?
--

La violazione di una regola procedimentale come quella che fissa i doveri informativi in che modo si riverbera sulla validità dell'ordine di trasferimento?

Tali violazioni possono trovare un rimedio nell'ambito del procedimento di impugnazione?

Il giudice ordinario, in questo contesto, può o deve annullare l'ordine di trasferimento?

Quale è la posizione della giurisprudenza di merito e di legittimità dopo l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario?

L'articolo 27 del regolamento, considerati i principi interpretativi affermati dalla sentenza C-670/16, sembra lasciare agli Stati margini di apprezzamento nel disciplinare, in base al principio di autonomia procedurale, gli aspetti non direttamente regolati.

Il legislatore italiano, nella fase attuativa, non ha ritenuto di dover colmare tali lacune neppure quando, con la riforma del 2017, ha tra l'altro espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario la decisione sui ricorsi contro le decisioni dell'Unità Dublino e ha adottato una apposita disciplina delle procedure di ricorso contro tali decisioni.

Il rimedio è garantito, secondo il regolamento e secondo le regole nazionali, esclusivamente con l'esercizio del diritto di impugnare la decisione di trasferimento, atto conclusivo della procedura di presa o ripresa in carico, nelle sue diverse ipotesi.

Per l'interprete, considerate le caratteristiche del sistema italiano, si pone il problema di individuare quale sia l'ambito di sindacato riservato al giudice ordinario in sede di impugnazione contro l'atto amministrativo adottato in base al regolamento Dublino.

In linea teorica, senza mettere in discussione il fatto che il giudice ordinario è il giudice del diritto e non della legittimità dell'atto, e senza porre in discussione il fatto che le decisioni di trasferimento hanno ad oggetto diritti soggettivi del destinatario, occorre chiedersi se un rimedio effettivo possa essere assicurato, nel contesto del regolamento Dublino, senza l'espressa attribuzione, oltre che dei poteri di accertamento dei diritti del destinatario della decisione, anche di adeguati poteri di rimozione dell'atto o di conformazione dell'azione amministrativa.

La procedura di ricorso contro le decisioni dell'Unità Dublino è dunque disciplinata dall'articolo 3, dal comma 3-*bis* al comma 3-*decies*, D.lgs. n.25/2008.

L'articolo 3, comma 3, attribuisce a tale l'autorità il compito di adottare i provvedimenti di determinazione dello Stato competente in base al regolamento, al comma 3-*quater* attribuisce al giudice il potere di sospendere gli effetti della decisione di trasferimento senza tuttavia regolare i poteri esercitabili dal giudice nella fase della decisione finale.

Considerato il complessivo tenore delle disposizioni che regolano la procedura di ricorso come delineata dal D.lgs. n.25/2008, non è chiaro se il potere di sospensione, espressamente attribuito, debba essere interpretato in coerenza con il tradizionale divieto di sindacato diretto da parte del giudice ordinario sull'atto amministrativo (che deriva dalla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo) o se, al contrario, sia un indicatore della volontà del legislatore di

attribuire un potere di sindacato diretto, comprensivo del potere di annullamento, tutte le volte che sia accertato che l'operato dell'amministrazione ha violato diritti soggettivi dell'interessato e che senza la rimozione dell'atto non venga assicurata in termini effettivi la tutela richiesta.

Si deve però prendere atto del fatto che il legislatore non si è avvalso della facoltà di attribuire espressamente al giudice ordinario il potere di emettere decisioni “anche in deroga al divieto di cui all'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E”, come avvenuto, invece, in materia di protezione dei dati con l'articolo 152, comma 12, D.lgs. n.196/2003 e con l'articolo 13, comma 5.2, D.lgs. n.286/1998, in materia di controllo giurisdizionale delle misure restrittive finalizzate a garantire che il cittadino straniero che abbia aderito a un programma di rimpatrio volontario resti a disposizione dell'autorità amministrativa.

La difficoltà, in un contesto come quello del regolamento Dublino III, di operare in termini di effettività e efficienza della tutela, rispettando i tradizionali limiti della giurisdizione ordinaria con gli ordinari strumenti dell'accertamento del diritto e della eventuale disapplicazione dell'atto amministrativo con esso contrastante, deriva alla profonda commistione, propria della materia oggetto del regolamento, tra esercizio di poteri autoritativi che trovano il fondamento in una norma di livello primario dell'Unione destinata a regolare in modo “orizzontale” la distribuzione della competenza tra Stati membri ad esaminare una domanda di protezione internazionale, e necessità che tali poteri siano esercitati nel rispetto dei diritti fondamentali del singolo, assoggettato a una delle procedure previste dal regolamento.

Il passaggio dalla valutazione teorica di questo problema all'esame delle decisioni di merito e di legittimità fino ad oggi note, evidenzia che il problema della individuazione dell'ambito del sindacato del giudice ordinario e dei suoi poteri sulla decisione di trasferimento non è stato risolto.

I giudici di merito hanno adottato un approccio decisamente pragmatico, sia pure attraverso percorsi non univoci.

Infatti i giudici delle sezioni specializzate esercitano il controllo dell'operato dell'amministrazione, quando necessario, anche con annullamento diretto della decisione di trasferimento, statuizione che costituisce talora l'unico contenuto del dispositivo del provvedimento che, invece, altre volte comprende anche statuizioni di accertamento del diritto della parte ricorrente a non veder eseguita la decisione e a ottenere l'accertamento direttamente da parte del giudice, la competenza dell'Italia a esaminare la domanda di protezione internazionale.

La Corte di Cassazione, con la citata sentenza n.14963/2020, nell'accogliere un ricorso per ritenuta sussistenza del vizio di cui all'articolo 360, n.5 c.p.c. (omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio) ha affermato che l'amministrazione deve sempre e indefettibilmente assolvere agli obblighi informativi di cui agli articoli 4 e 5 del regolamento. Ma se l'amministrazione, come avvenuto nel caso concreto, adotta la decisione trasferimento senza assicurare tali garanzie, l'atto risulta affetto da nullità “senza che possa darsi rilievo all'eventuale conoscenza *aliunde* conseguita dallo straniero circa le sue garanzie e prerogative in relazione al procedimento di cui si discute”.

La decisione di primo grado aveva invece rigettato il ricorso in quanto aveva ritenuto in concreto influente il mancato rispetto delle garanzie informative, dato che alla luce delle circostanze del caso concreto la decisione di trasferimento sarebbe stata comunque adottata, non essendo emerse ragioni che giustificassero soluzioni diverse.

Il decreto in questione è stato cassato con rinvio affinché il giudice di primo grado si conformi al citato principio di diritto.

Non è ad oggi noto l'esito del giudizio di rinvio ma è evidente che l'indicazione della Corte mette il giudice nella condizione di dover valutare l'opzione del sindacato diretto dell'atto, con accertamento e declaratoria della sua nullità, unitamente all'accertamento del diritto del destinatario della decisione di trasferimento ad accedere a un procedimento amministrativo pienamente rispettoso delle garanzie previste dagli articoli 4 e 5, senza neppure poter valutare la possibilità di offrire all'interessato, nell'ambito del procedimento, la garanzia informativa omessa.

Molto diverso è l'approccio seguito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.23584/20.

In questo caso oggetto di ricorso in sede di legittimità era un decreto con cui il giudice di primo grado, ritenuta la violazione da parte dell'amministrazione delle garanzie informative, aveva annullato la decisione di trasferimento.

Il Ministero dell'Interno, che nel proporre ricorso per cassazione non sembra avere formulato motivi finalizzati a contestare il potere del giudice di annullare l'atto, ha invece lamentato la falsa applicazione degli articoli 4 e 5 del regolamento per avere il giudice di primo grado ritenuto che l'amministrazione fosse obbligata ad applicarli in un caso in cui, invece, tale obbligo non sussiste, trattandosi di decisione di trasferimento emessa a seguito di una procedura di ripresa in carico.

La Corte ha accolto la censura del Ministero, cassando senza rinvio e rigettando il ricorso del destinatario della decisione di trasferimento.

Nella motivazione ha ricordato, anzitutto, che il ricorso contro le decisioni di trasferimento è devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto "la situazione giuridica soggettiva del richiedente protezione ... ha natura di diritto soggettivo", ma allo stesso tempo ha evidenziato che la decisione sull'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda è attribuita, dall'articolo 3, comma 3, d.lgs. n.25/2008, all'amministrazione (ossia all'Unità Dublin) "e non al giudice ordinario".

Al giudice ordinario, secondo la Corte spetta, invece, il "compito di accertare, sulla base delle risultanze, l'inesistenza di condizioni ostative alla competenza sulla domanda, motivando al riguardo".

Nel caso specifico, quindi, il giudice di primo grado avrebbe dovuto limitarsi al solo "vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro designato, che implicassero il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

Non avrebbe invece potuto, “sostituendosi di fatto all’Unità Dublino” annullare il provvedimento impugnato rilevando violazioni formali del regolamento verificatesi nel corso della procedura, perché privo di competenza ad esaminare la situazione dell’interessato, esame spettante all’Austria quale Paese di primo ingresso che, inoltre, aveva accettato la procedura di ripresa in carico.

Con questa decisione la Corte quindi si discosta notevolmente dal principio di diritto enunciato con sentenza n.14963/2020, non solo perché esclude la sussistenza di un diritto assoluto alla procedura informativa di cui agli articoli 4 e 5, quantomeno nelle decisioni di ripresa in carico, ma anche perché sembra mettere in discussione la stessa possibilità per il giudice di annullare l’atto impugnato, così come di sostituirsi all’amministrazione nella determinazione della competenza, dovendo limitarsi ad accertare l’esistenza di situazioni (carenze sistemiche) impeditive del legittimo esercizio, da parte dell’Unità Dublino, del potere di adottare la decisione di trasferimento o di eseguirla.

Dal testo della sentenza sembra, inoltre, che il giudice di primo grado si fosse limitato, nel dispositivo, ad annullare la decisione di trasferimento sulla base di due ordini di motivi esaminati nella motivazione, perché si riteneva trattarsi di un caso che ricadeva nell’ipotesi di cui all’articolo 3, paragrafo 2, sia perché la procedura informativa non era stata svolta.

Non sembra, quindi, che il giudice di primo grado abbia esplicitamente dichiarato la competenza dell’Italia a esaminare la domanda, ma nonostante questo, la Corte ha ugualmente ritenuto che la decisione di annullamento costituisse declaratoria, quantomeno implicita, di competenza.

Vale la pena di ribadire, nell’ottica del rimedio effettivo da assicurare nelle procedure di ricorso, che il regolamento non prevede, in termini espliciti, un automatismo tra l’accertamento della impossibilità di trasferimento verso uno Stato membro a causa di rischi di violazione dell’articolo 4 della Carta e la declaratoria di competenza. Anzi, come si è detto, se l’autorità amministrativa accerta, anche a seguito di ricorso giurisdizionale, che il trasferimento non è consentito in un determinato Stato, prima di dichiararsi competente, deve verificare se sia individuabile la competenza di altro Stato membro.

Non diverse dovrebbero essere le conseguenze quando l’atto viene ritenuto meritevole di annullamento per violazione del diritto del destinatario a ricevere le informazioni ai sensi degli articoli 4 e 5, perché in tal caso la violazione consiste, stando alla prospettiva del giudice di primo grado, in un vizio ritenuto non rimediabile (in fase giurisdizionale) di omessa istruttoria che non dovrebbe di per sé impedire all’amministrazione, dopo l’annullamento, di svolgere la procedura omessa e di ricavare utili elementi per determinarsi, eventualmente anche confermando la decisione di trasferimento verso lo Stato inizialmente designato come competente o verso un altro Stato, individuato attraverso la raccolta delle informazioni.

Non si può escludere che le decisioni citate si fondino, implicitamente in quanto la questione non è stata affrontata in motivazione, sulla ritenuta impossibilità di eseguire il trasferimento per decorso del termine.

Si deve però osservare che tale questione, che potrebbe risultare addirittura dirimente e prevalente su ogni altro motivo fatto valere, dovrebbe essere oggetto di specifica allegazione da parte del ricorrente oppure, nel caso in cui nulla abbia detto l'interessato, si dovrebbe stabilire in che misura il giudice può, in tale ipotesi, risolvere la controversia sulla base di questioni non allegate dalle parti o, se risultanti dagli atti, non poste a fondamento delle rispettive pretese.

La Corte di cassazione, con la sentenza n.23584/20 sembra quindi voler delimitare i confini entro i quali il giudice ordinario, in vista della tutela effettiva dei diritti soggettivi dell'interessato, può svolgere il controllo dell'azione amministrativa nell'ambito del regolamento Dublino, riaffermando il principio secondo cui il giudice, quantomeno nelle procedure di ripresa in carico, può solo conoscere del diritto a non essere trasferiti per rischio di violazione dell'articolo 4 della Carta di Nizza, mentre non può interferire sulla declaratoria di competenza.

La Corte, con successiva sentenza n.26603/2020, nel tentativo di delimitare l'ambito del sindacato del giudice ordinario nelle impugnazioni avverso le decisioni di trasferimento, pur riprendendo l'impostazione della sentenza n.23584/2020, giunge tuttavia a conclusioni che, nella parte in cui giunge ad affermare l'esistenza di veri e propri limiti ai motivi di ricorso, non sembrano in linea con la pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonostante la stessa venga ampiamente citata in motivazione, in particolare la decisione resa sul caso C-611/17.

Oggetto della decisione di legittimità in commento era l'impugnazione del provvedimento con cui la sezione specializzata aveva annullato una decisione di trasferimento perché riteneva sussistere i presupposti per l'attivazione, da parte dell'Italia, della clausola discrezionale di cui all'articolo 17, avendo ritenuto sussistente il rischio di violazione del divieto di "*refoulement* indiretto" dato che lo Stato membro di destinazione aveva già adottato un provvedimento di espulsione nei confronti del cittadino straniero e, considerate le ragioni poste a fondamento dell'ulteriore domanda di protezione presentata in Italia, rischiava realmente di essere trasferito e poi rimpatriato nel Paese di origine dove avrebbe potuto subire un grave danno.

Il Ministero dell'Interno, anche in questo caso, non sembra avere svolto motivi di impugnazione volti a contestare, in sé, il potere del giudice di annullare la decisione di trasferimento, mentre ha censurato il provvedimento lamentando la falsa applicazione dell'articolo 17 del regolamento anche alla luce dell'irrelevanza, nel contesto del regolamento Dublino, di qualsivoglia valutazione diretta delle ragioni poste a fondamento della domanda di protezione dalla persona del cui trasferimento si discute.

Il giudice di primo grado, invece aveva ricavato l'esistenza del rischio di *refoulement* indiretto principalmente valutando il bisogno di protezione dell'interessato rispetto a un eventuale rimpatrio, valutazione che non sarebbe stato adeguatamente assicurata dallo Stato membro di destinazione.

La Corte, per quanto qui di interesse, ribadito che l'intero sistema governato dal regolamento Dublino, a partire dalla sua adozione in forma di convenzione, è basato sul principio di *mutual trust* tra Stati membri, ha affermato che in base della decisione della Corte di giustizia, resa sul caso C-611/17 del 23 gennaio 2019, l'articolo 27, paragrafo 1 del regolamento, deve essere

interpretato nel senso che non impone di prevedere un mezzo di ricorso contro la decisione dello Stato di non fare uso della clausola discrezionale.

Da ciò la Corte deduce ulteriormente che l'articolo 17 del regolamento "è destinato agli Stati e non al giudice" il quale, pertanto, non può sindacare la decisione dell'amministrazione di farne o meno applicazione ed è anche preclusa, in sede di ricorso contro una decisione di trasferimento, ogni valutazione della domanda di protezione proposta dal ricorrente che a tale decisione si oppone.

A questo punto, constatato che il provvedimento impugnato si basava proprio sulla ritenuta illegittimità dell'atto per non avere l'amministrazione applicato tale clausola, e sul diritto assoluto del richiedente di non essere trasferito verso uno Stato membro dal quale rischiava di essere rimpatriato, la Corte ha proceduto alla ricognizione dei poteri riservati al giudice in tale contesto.

Sul punto ha sostenuto che "Il controllo che residua, per il giudice ordinario (in quanto si verte comunque in materia di diritti soggettivi, si veda Cass. n. 31127/2019) in sede di ricorso avverso il decreto di trasferimento emesso dall'Unità Dublino è, pertanto, unicamente un sindacato di legalità, da svolgersi come giudice dell'atto e non del rapporto, e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e/o la violazione di legge procedimentale", ed ha pertanto cassato senza rinvio la decisione di primo grado, così confermando la decisione di trasferimento.

Si osserva che tale decisione, nella parte in cui individua specifici limiti ai motivi di ricorso che possono essere presentati in sede di impugnazione di una decisione di trasferimento, non sembra avere fatto corretta applicazione dei principi di diritto europeo e dei principi di diritto affermati dalla più volte citata decisione della Corte di giustizia sul caso C-661/17.

Costituisce infatti orientamento ormai consolidato, a partire dalla decisione sul caso C-224/2011, *Kobler*, che le norme dell'Unione hanno come destinatari anche tutte le autorità degli Stati membri, compresi i giudici.

Per affermare un principio di segno opposto, sarebbe stato necessario individuare specifiche norme del regolamento Dublino III dalle quali si ricava che, invece, l'articolo 17 è diretto esclusivamente alle competenti autorità nazionali e inoltre che l'esercizio dei poteri discrezionali previsti dalla clausola è insindacabile da parte del giudice.

Si sono in precedenza espresse le ragioni che hanno portato la Corte EDU prima e la Corte di giustizia poi, a ritenere che ci sono casi, sia pure eccezionali, nei quali lo Stato è in sostanza obbligato ad attivare la clausola discrezionale, ogniqualvolta questo strumento è l'unico strumento disponibile per consentire di rispettare, contemporaneamente, i criteri dettati dal regolamento e il divieto di violare, attraverso la loro rigida applicazione, i diritti fondamentali del destinatario della decisione di trasferimento.

Queste decisioni implicano evidentemente che la scelta di attivare o meno la clausola discrezionale non solo può essere oggetto di ricorso, può anche essere oggetto di sindacato da parte del giudice.

La cosiddetta “giustiziabilità” della clausola discrezionale del regolamento Dublino III è stata, infatti, più volte affermata dalla Corte di giustizia che ribadisce tale principio anche nella decisione C-661/17, benché posta dalla Corte di cassazione a fondamento della affermazione di un principio di tenore opposto.

È utile osservare che nella causa C-661/17 il giudice del rinvio aveva sollevato più quesiti, uno dei quali (il quarto) aveva ad oggetto l’interpretazione dell’articolo 27 del regolamento, ed era connesso al secondo, che scaturiva dalla particolarità del sistema irlandese che, a differenza di quello italiano, attribuisce a due distinte autorità, rispettivamente, il compito di statuire sulla competenza ai sensi del regolamento, e il compito di statuire sull’esercizio della clausola discrezionale.

In nessuno dei due casi il sistema irlandese prevedeva la possibilità di ricorrere contro tali decisioni, sia in sede amministrativa che giurisdizionale.

La Corte ha allora precisato che se da un lato il regolamento Dublino lascia liberi gli Stati membri di distribuire tra più autorità le competenze in esso previste, dall’altro il suo tenore complessivo non li incoraggia a moltiplicare i mezzi di impugnazione contro le decisioni assunte da queste autorità.

Quanto alla corretta interpretazione dell’articolo 27, ha quindi ribadito che “... il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, oggi sancito all’articolo 47 della Carta (sentenza del 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 40 e giurisprudenza ivi citata) e a termini del quale ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste dallo stesso articolo”.

Tuttavia, il fatto che uno Stato membro rifiuti di far uso della clausola discrezionale prevista dall’articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III si risolve necessariamente, per questo Stato membro, nell’adozione di una decisione di trasferimento. Viene sul punto espressamente precisato che il rifiuto dello Stato membro di far uso di questa clausola potrà, eventualmente, essere contestato in sede di ricorso avverso una decisione di trasferimento.

Conseguentemente, l’articolo 27, paragrafo 1, del regolamento Dublino III va interpretato nel senso che non impone di prevedere un ricorso avverso la decisione di non far uso della facoltà prevista dall’articolo 17, paragrafo 1, del regolamento medesimo, fermo restando che detta decisione potrà essere contestata in sede di ricorso avverso la decisione di trasferimento.

Il principio affermato dalla Corte di giustizia sembra essere quindi molto diverso da quello che la Suprema Corte ha estrapolato dalla decisione resa sul caso C-661/17.

Infatti la Corte di cassazione fa discendere dall’assenza di un obbligo per gli Stati di prevedere un autonomo rimedio impugnatorio (diverso dal ricorso contro la decisione di trasferimento) contro la decisione di non attivare la clausola discrezionale, il ben diverso principio della non

sindacabilità in sede giurisdizionale, nell'ambito dell'articolo 27 del regolamento, del mancato esercizio della clausola discrezionale.

La Suprema corte conferma, comunque, l'orientamento secondo cui spetta al giudice soltanto la cognizione sull'esistenza di ragioni impeditive dell'esecuzione del trasferimento con l'ulteriore precisazione che non possono costituire oggetto di valutazione le eventuali allegazioni della parte ricorrente sulle ragioni che intende porre a fondamento della domanda di protezione internazionale e che neppure può essere valutato il cosiddetto rischio da *refoulement* indiretto.

Nota di aggiornamento

Durante la fase di pubblicazione del Casebook le Corti italiane, in un brevissimo lasso di tempo, hanno adottato cinque ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, su alcuni temi dibattuti dei quali si è dato conto nel presente scritto.

La causa **C-228/21** ha ad oggetto i quesiti sollevati dalla Corte di Cassazione in tema di obblighi informativi e sulle conseguenze, in caso di loro violazione da parte dell'autorità amministrativa, sulle sorti della decisione di trasferimento.

La causa **C-254/21** ha ad oggetto i quesiti sollevati dalla Sezione specializzata di Roma sul tema della proponibilità, in sede di ricorso contro una decisione di trasferimento, di questioni che attengono al rischio di "refoulement indiretto" quando non vengono allegate carenze sistemiche dello Stato membro di destinazione.

La causa **C-315/21** Sezione specializzata di Milano ha ad oggetto la questione degli obblighi informativi, in una prospettiva non sovrapponibile ai quesiti sollevati dalla Corte di cassazione, essendo incentrata sull'esistenza e limiti di tali doveri nella procedura di ripresa in carico di cui all'articolo 18, lettera d) del regolamento e sui limiti della giustiziabilità di questioni attinenti alla loro violazione in sede di ricorso contro la decisione di trasferimento.

La causa **C-328/21** verte sui quesiti sollevati dalla Sezione specializzata di Trieste che riguardano, ancora una volta, la questione degli obblighi informativi, con specifico riguardo alla mancata consegna dell'opuscolo informativo previsto dal regolamento Dublino III e dal regolamento EURODAC e sulle conseguenze sulla validità della decisione di trasferimento adottata in presenza di tali obblighi, oltre che sulla possibilità di porre a carico del ricorrente determinati oneri di allegazione.

La causa **C-297/21** verte sui quesiti sollevati dalla Sezione specializzata di Firenze sulla possibilità per il giudice di applicare, in sede di ricorso contro la decisione di trasferimento, la clausola discrezionale (articolo 17 del regolamento) in presenza di un accertato rischio di refoulement indiretto e quando non è individuabile un altro Stato membro competente.

La Corte di giustizia, rigettata la richiesta di trattazione urgente proposta da alcune Corti, ha riunito le cause che verranno decise unitariamente.

3. Rapporto tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale nell'esame della domanda di protezione internazionale.

(Cristina Correale)¹

SOMMARIO: 3.1. L'introduzione di fatti nuovi o sopravvenuti nella fase giurisdizionale – 3.1.2. Il caso dell'estinzione della procedura amministrativa ex art. 23 bis d.lgs. 25/08 – 3.1.3. La domanda reiterata, l'introduzione in giudizio di nuovi motivi, di fatti sopravvenuti, di nuove prove - 3.2. Il dovere di cooperazione dell'autorità amministrativa e del giudice – 3.3. I rimedi giurisdizionali in caso di mancato rispetto delle garanzie nella fase del procedimento amministrativo.

QUESTIONI

Vi sono preclusioni derivanti dal rito camerale ex art. 737 cpc?

È possibile addurre motivi nuovi o nuovi fatti a sostegno della domanda di protezione internazionale nel ricorso giurisdizionale ex art. 35 bis d.lgs 25/08? È possibile addurre nuovi fatti costitutivi per la prima volta all'udienza di comparizione? Quando, in presenza dell'allegazione di nuovi elementi di fatto nel ricorso, è necessario rinnovare l'audizione ex art. 35 bis co. 11 lett. c) d.lgs 25/08?

Vi sono preclusioni all'allegazione dei nova per la prima volta in udienza, qualora le nuove allegazioni riguardino fatti principali, costitutivi del diritto allo status di rifugiato o alla protezione sussidiaria non indicati in ricorso?

La domanda di protezione internazionale è autodeterminata o eterodeterminata? E quella di protezione umanitaria/speciale?

I nuovi fatti costitutivi adottati per la prima volta all'udienza di comparizione sono ammissibili?

Quali oneri per il giudice in tal caso?

Quando è necessario rinnovare l'audizione in udienza ex art. 35 bis co. 11 lett. c) d.lgs 25/08? L'ipotesi dell'allegazione di nuovi elementi di fatto nel ricorso giurisdizionale non dedotti nella precedente fase amministrativa

Il ricorrente può impugnare il provvedimento di estinzione ex art. 23 bis d.lgs 25/08 e chiedere di essere sentito dal giudice in udienza per sostanziare la sua domanda? Oppure deve preliminarmente reiterare la domanda alla CT ex art. 29 d.lgs 25 del 2008?

Il giudice, in caso di richiesta di audizione in udienza da parte del ricorrente che impugni il provvedimento di estinzione pronunciato ex art. 23 bis d.lgs 25/08, come dovrà regolarsi?

¹ Giudice della Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del Tribunale di Napoli.

In caso di ricorso giurisdizionale contenente elementi nuovi, non allegati dal ricorrente al momento della reiterazione della domanda in sede amministrativa, dichiarata pertanto inammissibile dalla C.T., il giudice deve:

- a) dichiarare il ricorso inammissibile?*
- b) esaminare il ricorso nel merito ed accoglierlo, se fondato?*
- c) Qual è il rapporto tra i poteri istruttori ufficiosi del giudice e l'onere di allegazione del ricorrente?*

Sussiste un onere di cooperazione del giudice anche in caso di non credibilità delle dichiarazioni del ricorrente? In caso positivo, come si articola?

Quali vincoli pone il rispetto del principio del contraddittorio nel giudizio di protezione internazionale, ad esempio con riguardo alle C.O.I.?

L'inattendibilità del narrato del ricorrente fa venire meno il dovere di cooperazione istruttoria officiosa con riferimento alla verifica della sussistenza di una situazione di violenza indiscriminata ex art. 14 lett. C) d.lgs 251/07?

3.1. L'introduzione di fatti nuovi o sopravvenuti nella fase giurisdizionale

In questo paragrafo saranno affrontate le seguenti questioni:

Vi sono preclusioni derivanti dal rito camerale ex art. 737 cpc?

È possibile addurre motivi nuovi o nuovi fatti a sostegno della domanda di protezione internazionale nel ricorso giurisdizionale ex art. 35 bis d.lgs 25/08? È possibile addurre nuovi fatti costitutivi per la prima volta all'udienza di comparizione?

Quando, in presenza dell'allegazione di nuovi elementi di fatto nel ricorso, è necessario rinnovare l'audizione ex art. 35 bis co. 11 lett. c) d.lgs 25/08?

RIFERIMENTI NORMATIVI

Ai sensi dell'art. 3 d.lgs 251/07 l'esame della domanda è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda, poi specificati ai successi commi secondo e terzo. La norma riprende l'art. 4 Direttiva CE 2011/95 (Dir. Qualifiche), che va letto simultaneamente agli artt. 14, 15 e 16 Direttiva UE 2013/32 (Dir. Procedure), da cui emerge che il colloquio innanzi all'autorità amministrativa ha la finalità di consentire un esame completo della domanda di protezione, deve svolgersi in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda e deve assicurare al richiedente una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda e spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni.

Specularmente, per quanto attiene alla fase giurisdizionale, l'art. 46 Dir. Procedure, rubricato "**Diritto a un ricorso effettivo**", dispone che gli Stati membri dispongano che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso la decisione sulla sua domanda di protezione internazionale. Nell'ottica di garantire un ricorso effettivo, che costituisce attuazione del principio fondamentale del diritto al rimedio effettivo di cui all'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali, l'art. 46 dispone che tale rimedio deve prevedere "l'esame

completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.”

Articolo 47 della Carta europea di diritti fondamentali. Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

3.1.1. L'introduzione dei *nova* nel ricorso giurisdizionale in materia di protezione internazionale

Prima di affrontare il problema dell'ammissibilità dei *nova* nel giudizio di protezione internazionale ex art. 35 bis d.lgd 25/08, è bene premettere una precisazione lessicale: i motivi di protezione internazionale attengono alle diverse ipotesi di timore di persecuzione o di grave danno di cui all'articolo 2, lettera d) e f), e dagli articoli 10 e 15 della Direttiva 2011/95. Gli elementi di fatto, invece, sono costituiti dalle dichiarazioni rese dal ricorrente e da questi poste a fondamento della domanda di protezione internazionale. Si deve operare, poi, una distinzione ulteriore tra fatti principali, che sono i fatti costitutivi del diritto, e fatti secondari oppure probatori, che non modificano i fatti principali nel loro nucleo essenziale, ma ne costituiscono una specificazione oppure una prova.

Attesi gli ampi poteri istruttori officiosi riconosciuti al giudice di primo grado, alla luce del principio del rimedio effettivo incarnato nell'art. 47 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e dell'art. 46 della Direttiva Procedure, l'allegazione di fatti secondari o probatori nuovi può ritenersi pacificamente ammissibile non solo nel ricorso introduttivo ma anche eventualmente in udienza.

Infatti, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito, il giudizio ex art. 35 bis d.lgs 25/08 non integra impugnazione in senso stretto del provvedimento amministrativo della Commissione territoriale, ma consiste in un giudizio che ha ad oggetto il diritto del ricorrente a vedersi riconoscere lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria o il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari e comporta un completo riesame nel merito della domanda: non sussiste dunque alcun vincolo, derivante dai precedenti motivi esposti innanzi alla Commissione, quanto al *thema decidendum*, né sussiste alcuna ragione ostativa alla deduzione, in sede giurisdizionale, di nuovi elementi di fatto a sostegno dei motivi originari o di nuovi motivi (cfr. Cass. S.U., 9 settembre 2009, n.19393/2009; Cass. 22 marzo 2017, n.7385/2017).

La fase giurisdizionale, dunque, benché si apra con l'atto di impugnazione del provvedimento negativo della Commissione territoriale, non ha per oggetto la legittimità in sé di tale

provvedimento, bensì il diritto soggettivo del richiedente alla protezione internazionale; con la conseguenza che tale giudizio non può concludersi con una mera declaratoria d'invalidità del diniego amministrativo, ma deve pervenire alla decisione sulla spettanza o meno del diritto, ai sensi dell'art. 35 *bis*, comma 13 d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (in questo senso, ex multis Cass. 9 dicembre 2011, n.26480/2011).

Ulteriore conferma circa l'ampiezza del thema decidendum in sede giurisdizionale si trae dalla stessa lettera dell'art. 35 *bis*, comma 11, lett. c), d.lgs. 25/2008, in cui l'ipotesi di allegazione di "elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa" da parte del ricorrente è contemplata come uno dei casi in cui è fissata l'udienza di comparizione delle parti.

Si noti che la giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che anche il giudice di merito – e non soltanto l'autorità amministrativa - svolga un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria (Cass., S.U., 17 novembre 2008, n. 27310/2008; Cass., 10 maggio 2011, n. 10202/2011; Cass., 14 novembre 2017, n. 26921/17; Cass., 6 febbraio 2018, n.2875/18).

Vi sono preclusioni all'allegazione dei nova per la prima volta in udienza, qualora le nuove allegazioni riguardino fatti principali, costitutivi del diritto allo status di rifugiato o alla protezione sussidiaria non indicati in ricorso?

La questione richiede preliminarmente di qualificare la natura della domanda di protezione internazionale, se domanda auto-determinata o etero determinata. Com'è noto, la domanda autodeterminata si individua attraverso il solo contenuto ed il soggetto titolare del diritto, senza che sia necessario far riferimento ai fatti costitutivi, che sono indispensabili invece per l'individuazione della domanda eterodeterminata.

Le domande autodeterminate per eccellenza sono quelle inerenti ai diritti reali ed in generale ai diritti assoluti.

Sono domande eterodeterminate quelle relative a diritti che possono sussistere simultaneamente più volte con lo stesso contenuto tra gli stessi soggetti poiché si differenziano in base al fatto costitutivo.

Regola generale del giudizio civile, fondata sull'art. 2697 c.c., è che i fatti principali, costitutivi del diritto fatto valere, sono deducibili esclusivamente con l'atto introduttivo, essendo successivamente consentita dalla legge la sola *emendatio* – con i limiti previsti dal codice di rito – ma non la *mutatio libelli*.

Il divieto di *mutatio libelli*, con riguardo ai fatti costitutivi della pretesa azionata, non opera per le domande autodeterminate, quali sono quelle aventi ad oggetto i diritti assoluti (diritti reali, status e secondo alcuni autori², anche i diritti della personalità), poiché tali diritti sono unici ed irripetibili: non possono contemporaneamente esistere, tra le parti, più diritti con quel medesimo contenuto.

² A. PROTO PISANI, Napoli, 1999 *Lezioni di Diritto Processuale Civile*

Per le domande autodeterminate, dunque, è ammissibile l'allegazione di nuovi fatti costitutivi in giudizio poiché il fatto costitutivo non è necessario per la loro individuazione e pertanto esso rileva in tema di prova, ma il suo mutamento non comporta mutamento del diritto fatto valere e, dunque, della domanda giudiziale.

Le domande relative a diritti eterodeterminati, che possono cioè sussistere simultaneamente più volte con lo stesso contenuto tra gli stessi soggetti, come ad esempio i diritti di credito a prestazioni di somme di denaro o beni fungibili, sono invece individuate sulla base del contenuto e dell'indicazione del fatto costitutivo, che "ha valore sia di tema di prova, sia di requisito di validità della domanda, giacché la sua mancanza determina assoluta incertezza circa il diritto fatto valere come petitum" (così A. PROTO PISANI, Napoli, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 1999).

Ciò implica che il mutamento del fatto costitutivo comporta mutamento del diritto e dunque mutamento della domanda non ammissibile ai sensi dell'art. 183 cpc.

In dottrina, alcuni autori (v. C. MANDRIOLI, Torino, 2012, *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*) ritengono che la barriera preclusiva - coincidente per l'attore con l'atto introduttivo del giudizio-, quanto ai fatti costitutivi, non sia assolutamente insuperabile, ritenendosi sussistente, in base alla logica del sistema, la possibilità di consentire le nuove domande rese necessarie dalle modificazioni di diritto sopravvenute nel corso del giudizio (*jus superveniens*). Quanto ai fatti sopravvenuti (compresi quelli anteriori ma divenuti rilevanti per effetto di norme successive), si è ipotizzata la loro facoltativa deducibilità tardiva, "poiché la logica del sistema non può imporre la frammentazione del giudizio" (così C. MANDRIOLI, ibidem).

In ogni caso, per quanto concerne le domande eterodeterminate, la *causa petendi* cambia quando si faccia riferimento ad un fatto costitutivo completamente diverso, ma non quando si mutino alcune circostanze, anche di rilievo, nell'ambito del medesimo fatto. Alla luce dell'art. 183 cpc, non implica mutamento della domanda l'introduzione in udienza di fatti secondari nuovi.

- La domanda di protezione internazionale è autodeterminata o eterodeterminata? E quella di protezione umanitaria/speciale?

La natura di diritto assoluto del diritto di asilo, concretizzantesi nella declinazione di status di rifugiato o di avente diritto alla protezione sussidiaria dopo l'introduzione del Common European Asylum System (CEAS), farebbe propendere per la qualificazione della domanda di protezione internazionale come domanda autodeterminata, sebbene la questione sia ancora dibattuta in giurisprudenza.

A favore di tale conclusione militano alcuni dati testuali.

In primis l'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2013/32, prevede che, nell'esaminare una domanda di protezione internazionale, l'autorità competente deve determinare anzitutto se al

richiedente sia attribuibile la qualifica di rifugiato. Il giudice, dunque, e prima ancora l'autorità amministrativa, sono tenuti anzitutto a verificare la sussistenza di tali condizioni, prima di vagliare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della domanda di protezione sussidiaria, anche se in ipotesi in ricorso venisse avanzata solo tale domanda.

Dal che si può trarre la conclusione che è sufficiente la prospettazione da parte del ricorrente di una situazione che generi la necessità dello status di rifugiato, per far sorgere l'onere del giudice di verificare la sussistenza dei relativi requisiti, pur in assenza di una domanda di riconoscimento dello status.

In questo senso si è espressa di recente la Corte di Cassazione nella pronuncia n. 8819/20: evidenziando che *«ciò che rileva non è l'indicazione precisa del nomen iuris della fattispecie di protezione internazionale che s'invoca, ma esclusivamente la prospettazione di una situazione che possa configurare il rifugio politico o la protezione sussidiaria ... Il principio va ulteriormente specificato nel senso che tale regola processuale non cambia pur in presenza espressa limitazione della domanda di protezione internazionale ad alcune soltanto delle sue possibili forme, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita a quella non richiesta, sempre che i fatti esposti con l'atto introduttivo del giudizio siano rilevanti e pertinenti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata»* (Cass. 4681/2017; 1495/2013).

La pronuncia si pone nel solco della sentenza n. 14998/15 in cui con estrema chiarezza si precisa che il “dovere di cooperazione istruttoria deve essere rivolto verso tutte le ipotesi di protezione internazionale, nella specie di protezione sussidiaria, previste dal decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251 ([D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 14](#)), non essendo onere del richiedente fornire una precisa qualificazione giuridica della tipologia di misura di protezione invocata. Non rileva pertanto che non sia stato specificamente utilizzata la formula "morte o sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti" quando si fugge per arresti ed esecuzioni sommarie non giustificate da un procedimento di accertamento quanto meno rimesso ad un'autorità pubblica delle responsabilità.”

Nella fattispecie la Corte d'Appello di Bologna aveva ritenuto che mancasse l'allegazione da parte del ricorrente di una situazione di rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti. La Corte di Cassazione, richiamando i propri precedenti (Cass., ord. 7 luglio 2014 n. [15466](#); Cass., 17 ottobre 2014, n.22111), evidenzia che la rappresentazione dell'esposizione ad un rischio di vita o d'incolumità fisica come ragione di fuga, accompagnato dall'allegazione di una situazione di violenza indiscriminata e dalla produzione di materiale informativo inerente a tale indicazione, integrano adeguatamente il collegamento richiesto, non potendosi esigere, alla luce del quadro normativo, che la rappresentazione di tale nesso si fondi in via esclusiva sulle dichiarazioni del richiedente, senza tener conto, nella sede giurisdizionale, delle allegazioni e produzioni difensive. In particolare, la S.C. sottolinea che non può darsi rilievo alla “mancata indicazione di una precisa eziologia del rischio denunciato” trattandosi di elementi che il giudice della protezione internazionale ha l'obbligo di verificare officiosamente “anche al fine di fornire una precisa qualificazione giuridica alla misura da adottare (o da respingere) e di procedere ad una corretta

sussunzione dei fatti nelle diverse ipotesi normative di persecuzione (per il rifugio) e di danno grave (per la protezione sussidiaria).”

A questo proposito, si è parlato di “allegazione soft” da parte del ricorrente, ritenendosi sufficientemente adempiuto l’onere di allegazione anche attraverso le dichiarazioni rese in udienza dal ricorrente oppure attraverso la documentazione prodotta in giudizio, seppur in assenza di specifiche allegazioni nel ricorso introduttivo.

Altro dato normativo utile nell’ambito della presente analisi, è l’art. 29 decreto legislativo 25 gennaio 2008 n.25, che ha implementato la previsione dell’art. 33 lett.a) Dir. UE 2013/32 , a mente del quale è inammissibile la domanda del ricorrente cui sia stato riconosciuto lo status di rifugiato da altro Stato. Tale previsione implica, evidentemente, che non è possibile richiedere nuovamente lo status di rifugiato, già dichiarato da precedente provvedimento adottato da altro Stato, sulla base di altri e diversi fatti costitutivi: se ne potrebbe ricavare *a contrariis* la conferma della natura del diritto allo status di rifugiato come diritto autodeterminato, che può esistere una sola volta tra le stesse parti, indipendentemente dal fatto che lo ha generato, sicché – ai fini dell’individuazione del diritto - non rileverebbe l’eventuale mutamento del fatto costitutivo.

Nello stesso senso depone la circostanza che, secondo costante orientamento giurisprudenziale, il narrato del richiedente è allo stesso tempo allegazione e prova dei fatti rilevanti, connotazione, questa, che - come innanzi evidenziato - è tipica dei diritti autodeterminati, in cui il fatto costitutivo rileva ai fini della prova, ma non dell’individuazione del diritto.

La risposta al quesito sulla natura auto oppure eterodeterminata della domanda con cui si chiede il riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria nel giudizio ex art. 35 bis d.lgs. 25 del 2008 è meno agevole con riguardo alla protezione umanitaria/speciale, laddove la giurisprudenza di legittimità sembra esprimere un orientamento più restrittivo, non essendo la protezione complementare relativa ad uno *status*.

Nella recente pronuncia della Cass, n. 06923/2020³ la Corte, dopo aver premesso che per la natura residuale ed atipica della protezione umanitaria, il suo riconoscimento debba essere frutto di valutazione autonoma, da condursi caso per caso, e che il suo rigetto non possa conseguire automaticamente al rigetto delle altre forme tipiche di protezione, ma da uno scrutinio effettuato in via graduata, ha ritenuto l’inammissibilità del mutamento dei fatti allegati a sostegno della domanda di protezione umanitaria nel giudizio di legittimità, anche quando i medesimi fatti, nel giudizio di merito, erano stati già posti a base della domanda di protezione sussidiaria. Ciò perché i fatti sottesi al riconoscimento di tale forma di tutela sono ulteriori e diversi da quelli posti a fondamento delle altre due domande di protezione c.d. "maggiore" e solo l’allegazione specifica di tali fatti vale ad individuare la condizione di vulnerabilità del ricorrente, tenuto a formulare

³ Si tratta di un caso in cui il ricorrente aveva allegato la lesione del diritto allo studio, derivante da un difficile rapporto con un congiunto, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria; nel ricorso per cassazione, invece, tale motivo era stato posto a sostegno della domanda di protezione umanitaria, prospettata fin dall’inizio del procedimento ma con allegazioni fattuali diverse

espressa domanda di riconoscimento di un permesso per ragioni umanitarie, in ottemperanza al principio dispositivo.

La S.C. conclude evidenziando che «nella domanda di riconoscimento della protezione per ragioni umanitarie, la *causa petendi* si atteggia diversamente rispetto alle distinte forme della protezione internazionale ed il ricorrente non può introdurre nel corso del giudizio di cassazione, con mutamento della *causa petendi*, una domanda nuova, facendo valere forme diverse di protezione di cui non abbia tempestivamente dedotto nella fase di merito i correlati fatti costitutivi».

Le conclusioni, cui giunge la Corte di Cassazione, si possono spiegare alla luce della natura residuale ed atipica della protezione umanitaria, così denominata anteriormente al decreto legge 21 ottobre del 2020 n. 130 convertito in legge 18 dicembre del 2020 n.173, e della circostanza che essa non rientra nel CEAS, rimettendo la direttiva “qualifiche” agli Stati la possibilità di istituire una misura di protezione per motivi compassionevoli. Ciò significa che, mentre il riconoscimento della protezione internazionale dà luogo allo status di rifugiato ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. f) d.lgs. 251 del 07 ovvero allo status di protezione sussidiaria ex art. 2, comma 1, lett. h), l’art. 32 co. 3 d.lgs 25 del 2008, quello relativo alla protezione umanitaria, adesso protezione speciale, non è uno status, bensì una situazione che permette il riconoscimento del permesso di soggiorno, nelle ipotesi dettate dal novellato art. 19 commi 1 e 1.1 testo unico Immigrazione.

Parrebbe potersi concludere, dunque, che la domanda per il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari, adesso per protezione speciale dopo le modifiche introdotte dal DL 130 del 2020, non configurandosi come uno status, non sia autodeterminata bensì eterodeterminata.

I nuovi fatti costitutivi addotti per la prima volta all’udienza di comparizione sono ammissibili?

Quali oneri per il giudice in tal caso?

Qualora si acceda alla tesi, che ritiene il diritto allo status di rifugiato o alla protezione sussidiaria come diritto autodeterminato, nessun problema di inammissibilità sussisterà in caso di allegazione in udienza di nuovi fatti costitutivi, seppure preesistenti, che il ricorrente non abbia potuto allegare innanzi alla CT, o di fatti sopravvenuti.

Tanto meno sussisteranno problemi di preclusione processuale in caso di allegazione di fatti nuovi secondari, che il ricorrente esponga in udienza al fine di dare la prova del fatto principale, giacché l’introduzione di fatti secondari non implica una *mutatio libelli*: invero a questa medesima conclusione perviene anche chi considera la domanda di protezione internazionale come etero-determinata.

Si affronteranno in questo paragrafo, le implicazioni che discendono dalla tesi che considera come etero-determinate le domande in questione e che pertanto individua nel ricorso introduttivo lo sbarramento processuale.

Al riguardo, bisogna prendere le mosse dall'art. 46 DIR UE 2013/32 a mente del quale "Gli Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva [2011/95], quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.

Nella sentenza ALETHO (CGUE, 25 luglio 2018, C-585/16) la CGUE, procedendo a una lettura dell'art. 46 cit. in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, ha chiarito che :

"111. A tale riguardo, la locuzione «ex nunc» mette in evidenza l'obbligo del giudice di procedere a una valutazione che tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto dell'impugnazione.

112 Una simile valutazione consente, infatti, di esaminare la domanda di protezione internazionale in maniera esaustiva, senza che sia necessario rinviare il fascicolo all'autorità accertante. Il potere di cui dispone in tal modo il giudice, di prendere in considerazione nuovi elementi sui quali detta autorità non si è pronunciata, rientra nella finalità della direttiva 2013/32, quale ricordata al punto 109 della presente sentenza» cioè che siano trattate «quanto prima possibile (...), fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo».

113 Dal canto suo, l'aggettivo «completo» di cui all'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 conferma che il giudice è tenuto a esaminare sia gli elementi di cui l'autorità accertante ha tenuto o avrebbe potuto tenere conto sia di quelli che sono intervenuti dopo l'adozione della decisione da parte della medesima."

Per una migliore comprensione della sentenza, è bene riassumere sinteticamente i fatti da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale nel caso Alheto. Una donna apolide di origine palestinese, residente a Gaza e registrata presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel vicino oriente (UNRWA), si reca in Giordania dove chiede e ottiene dall'autorità consolare bulgara un visto d'ingresso per motivi turistici in Bulgaria. Una volta in Bulgaria, presenta domanda di protezione internazionale, motivandola con la circostanza di essere un'attivista dei diritti delle donne e perciò oggetto di rappresaglie da parte di Hamas, organizzazione che controlla il territorio della striscia di Gaza. L'autorità amministrativa bulgara riterrà infondate le ragioni avanzate dalla richiedente e respingerà la domanda di protezione internazionale. Impugnata la decisione di rigetto, il Tribunale Amministrativo di Sofia si avvede che l'autorità amministrativa non ha qualificato correttamente i fatti di causa e non ha proceduto a verificare l'applicabilità, al caso di specie, della speciale clausola di esclusione di cui all'art. 12, co. 1 lett. a) della direttiva c.d. qualifiche 2011/95/UE. In base a quest'ultima disposizione, un richiedente protezione internazionale, che risulti registrato presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel vicino oriente, come appunto la signora Alheto, è escluso dalla protezione internazionale di cui alla direttiva, *a meno che* la protezione o assistenza da parte di tale agenzia sia venuta meno. Proprio quest'ultimo inciso non risultava oggetto di una corretta trasposizione da parte del legislatore bulgaro. Inoltre, il Tribunale amministrativo di Sofia rileva che il diritto nazionale bulgaro ha mal trasposto la

disposizione in esame e si pone con ciò il problema della diretta applicabilità di tale clausola ai fatti di causa.

Il giudice amministrativo chiede, dunque, alla Corte di giustizia se, tenendo in considerazione l'obbligo su di esso gravante, ai sensi dell'art. 46.3 della dir. 2013/32/UE, di procedere ad un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della domanda, sia tenuto a procedere lui stesso a valutare i nuovi fatti della domanda, ai fini dell'applicazione della clausola di cui all'art. 12, co. 1 lett. a), e ciò anche d'ufficio, o se debba, in alternativa, rimettere alla commissione amministrativa la valutazione dei nuovi elementi rilevati, così come prescritto dal diritto nazionale. Il giudice chiede, inoltre, nell'ipotesi in cui la Corte lo ritenga obbligato a valutare i nuovi fatti della domanda, quali conseguenze discendano dall'art. 47 della Carta in relazione al diritto al contraddittorio del richiedente, e segnatamente se sia o meno necessitata l'audizione personale del richiedente asilo.⁴

In relazione a quest'ultimo punto, la CGUE conclude che :

“L'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che l'esigenza di un esame completo ed *ex nunc* tanto degli elementi di fatto quanto di quelli di diritto può vertere anche sui motivi d'inammissibilità della domanda di protezione internazionale di cui all'articolo 33, paragrafo 2, di tale direttiva, laddove il diritto nazionale lo consenta, e che, nel caso in cui il giudice investito dell'impugnazione intenda esaminare un motivo d'inammissibilità che non è stato esaminato dall'autorità accertante, il medesimo deve procedere all'audizione del richiedente al fine di consentirgli di esporre di persona, in una lingua che conosce, il suo punto di vista sull'applicabilità di tale motivo alla sua situazione particolare.”

Ma il punto nodale della pronuncia Alheto riguarda l'interpretazione dell'art.46, co. 3 della dir. “procedure” nella parte in cui dispone che «gli Stati Membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale», in relazione al principio dispositivo ed all'ampiezza dei fatti valutabili dal giudice a seguito del ricorso avverso la decisione della Commissione Territoriale.

Come abbiamo visto, la Corte di Giustizia ritiene che la locuzione «*ex nunc*» implichi l'obbligo del giudice di procedere a una valutazione che tenga conto dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto dell'impugnazione e che ciò consenta di esaminare la domanda di protezione internazionale in maniera esaustiva, senza che sia necessario rinviare il fascicolo all'autorità accertante. Infatti, il giudice ha il potere di prendere in considerazione i nuovi elementi sui quali detta autorità non si è pronunciata, al fine di conseguire una delle finalità della direttiva

⁴ D. STRAZZARI, “*Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di Giustizia*” in Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso giudiziario per e con la formazione giudiziaria, a cura di P. IAMICELI, Napoli, 2020.

2013/32, e cioè che le domande di protezione internazionale siano trattate «quanto prima possibile (...), fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo».

Tuttavia nella successiva sentenza *Ahmedbekova*, la Corte di giustizia ha fatto un passo indietro, probabilmente per il timore che, sulla scorta della giurisprudenza *Alheto*, potesse accentrarsi eccessivamente nelle mani dell'autorità giurisdizionale la decisione sul riconoscimento della protezione internazionale, con ripercussione sul sistema di quegli Stati che concepiscono la fase giurisdizionale come di stretta impugnazione della fase amministrativa, come Olanda e Polonia, o che, pur riconoscendo al giudice la possibilità di una pronuncia di merito relativa al riconoscimento dello *status*, configurano il relativo giudizio come meramente cartolare senza attribuire al giudice poteri istruttori, come il Belgio⁵.

La Corte di Giustizia, in particolare, è ritornata sulla questione dei *nova* dedotti nel ricorso giurisdizionale, precisando che il giudice nazionale può pronunciarsi su questi nuovi elementi sempreché sia il *diritto nazionale* a consentirgli di prendere in considerazione motivi o elementi di fatto invocati per la prima volta in sede giurisdizionale.

La soluzione processuale individuata dalla sentenza *Ahmedbekova*, secondo la quale, qualora, il diritto nazionale consenta al giudice di prendere in esame i *nova*, sarebbe tuttavia necessario che il giudice richieda all'autorità amministrativa accertante un esame sui motivi e/o sui fatti sostanzialmente nuovi, non appare compatibile allo stato con il nostro sistema processuale. La Corte di Giustizia, infine, conclude che, se invece il diritto nazionale non consente al giudice di esaminare i *nova*, il ricorrente dovrà reiterare la domanda, che sarà valutata ex art. 40 ed art.33 dir. "procedure".

Su questa scia, si inserisce la pronuncia della S.C. n. 27073 del 23 ottobre 2019 che, richiamando la sentenza della CGUE *Ahmedbekova*, sembrerebbe individuare lo sbarramento processuale nel ricorso introduttivo del giudizio di protezione internazionale, aderendo implicitamente all'orientamento che considera la domanda di protezione internazionale come eterodeterminata. La Corte di Cassazione nella pronuncia n. 27073 del 2009, si esprime così:

“Il giudice deve dunque anzitutto verificare se, in forza delle norme di procedura giudiziaria previste dal suo diritto nazionale, il motivo di protezione internazionale, invocato per la prima volta in sede giurisdizionale, sia stato o meno dedotto tardivamente nel procedimento di ricorso. È solo con il ricorso introduttivo che il richiedente ha l'onere di indicare gli elementi costitutivi della domanda (*petitum* e *causa petendi*) e dunque di allegare i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della pretesa, oltre all'indicazione specifica di eventuali mezzi di prova e documenti dei quali intenda valersi”.

L'espressione usata “È solo con il ricorso introduttivo che il richiedente ha l'onere di indicare gli elementi costitutivi della domanda” sembrerebbe individuare lo sbarramento processuale per i *nova* proprio nel ricorso introduttivo, affermando due importanti principi: il primo è che nel ricorso il richiedente asilo può allegare nuovi fatti ed elementi di diritto costituenti le ragioni della

⁵ D. STRAZZARI, opera cit.

pretesa, il secondo è che in tal caso il giudice è tenuto a rinnovare l'audizione del ricorrente in udienza, in ossequio alla previsione dell'art. 35 bis co. 11 d.lgs 25/08.

L'impostazione della sentenza *Ahmedbekova* appare, tuttavia, contraddittoria rispetto ai principi ed alle soluzioni individuate nel precedente caso *Alheto*, in cui da un lato si sottolineava la necessità per il giudice di svolgere un esame completo ed ex nunc, in ottemperanza al diritto al rimedio effettivo di cui all'art. 47 della Carta, dall'altro si richiamava l'esigenza, in nome della celerità del giudizio, di una concentrazione nella fase giurisdizionale, anziché in quella amministrativa, di tutti i profili 'nuovi' alla domanda.

Deve rilevarsi, infine, che l'arresto cui giunge la Corte di Giustizia nella sentenza *Ahmedbekova* appare difficilmente applicabile nel sistema processuale italiano, da un lato poiché in Italia la giurisdizione in questa materia è devoluta al giudice ordinario con ampi poteri nell'accertamento del diritto soggettivo, non limitati al giudizio di annullamento del provvedimento della Commissione Territoriale, dall'altro perché il codice di rito non prevede la modalità indicata dalla CGUE secondo la quale il giudice deve "richiedere, da parte dell'autorità accertante e ciò entro un termine che sia conforme all'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 2013/32 (v., a tale riguardo, sentenza del 25 luglio 2018, *Alheto*, C-585/16, EU:C:2018:584, punto 109), un esame di detto motivo, il cui risultato e le cui ragioni fondanti dovranno essere comunicati al richiedente e al giudice prima che quest'ultimo proceda all'audizione del richiedente e valuti il caso".

Poiché, secondo l'impostazione data dalla Corte di Giustizia in *Ahmedbekova*, è al singolo giudice che spetta verificare, all'interno del proprio ordinamento nazionale, se e quale sia il momento preclusivo all'introduzione di nuovi motivi nel giudizio, qualora si acceda all'orientamento in principio ricordato, che ritiene autodeterminata la domanda di protezione internazionale, non vi sarà preclusione all'introduzione di nuovi motivi direttamente in udienza da parte del ricorrente. Deve precisarsi che pur aderendo alla tesi che qualifica come autodeterminata la domanda di protezione internazionale, il principio del contraddittorio – che costituisce evidentemente il cruccio della CGUE in *Ahmedbekova* – nel nostro ordinamento è fatto salvo dalla circostanza che la Commissione Territoriale, che ha definito la parte amministrativa, è parte del processo e potrà dunque interloquire sui nuovi elementi di fatto adottati dal ricorrente in corso di causa a fondamento della domanda autodeterminata di protezione internazionale, che rimane comunque unica.

In caso, poi, di esternazione di nuovi fatti in udienza da parte del ricorrente, qualora sia contumace in giudizio la P.A., il giudice – secondo le regole generali del processo italiano - avrà in ogni caso il potere-dovere di accertare se parte ricorrente abbia dato dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi della pretesa -seppure facendo applicazione del principio dell'onere attenuato vigente in questa materia- indipendentemente dal fatto che in ordine ai medesimi fatti siano state proposte da parte del convenuto contestazioni specifiche o difese: nel nostro sistema, infatti, la contumacia del convenuto non equivale a non contestazione dei fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda.

L'onere di contestazione - la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova - sussiste infatti soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass., 18 luglio 2016, n. 14652; Cass., 13 febbraio 2013, n. 3576) e non può operare in caso di contumacia.

Diversamente accade nel sistema tedesco e nei sistemi di *common law*, in cui la contumacia del convenuto è ritenuta *ficta confessio* ed opera la cd. *Geständnisfiktion* per cui le allegazioni dell'attore non necessitano di ulteriore prova ed il giudice può considerarle, secondo il suo apprezzamento, come vere, fermi restando i diritti di difesa del contumace o dell'assente e sempre che il ricorso sia stato regolarmente notificato e le regole processuali rispettate.

Nel sistema processuale italiano, infine, a garanzia della parte contumace, l'art. 292 cpc prevede un'elencazione tassativa di atti da notificare al contumace: l'ordinanza che ne ammette l'interrogatorio formale o il giuramento e le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali, cui è stato aggiunto il verbale nel quale si dà atto della scrittura privata nei procedimenti di cognizione ordinaria, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 250/86.

A questo proposito vale la pena evidenziare che, invece, la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione dell'illegittimità dell'art. 292 cpc nella parte in cui non prevede la notifica al contumace del verbale in cui il giudice fissa la prima udienza di trattazione per l'interrogatorio libero delle parti sui fatti di causa (vds. C. Cost. 3.6.98 n. 202, ovviamente ante riforma 2005), alla luce della diversità delle conseguenze processuali tra interrogatorio libero ed interrogatorio formale.

Si può concludere, pertanto, che se la preoccupazione della sentenza *Ahmedbekova* è quella di garantire l'interlocuzione con l'autorità amministrativa decidente in caso di esternazione di nuovi fatti principali in udienza da parte del ricorrente, essa è tutelata nel nostro ordinamento alla luce delle norme processuali vigenti con riguardo alla contumacia ed al limitato impiego del principio di non contestazione, non applicabile in caso di contumacia e scarsamente applicabile nel giudizio di protezione internazionale dove la parte pubblica, resistente in giudizio, non avrebbe modo di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale, in quanto ad essa ignoti.

Quando è necessario rinnovare l'audizione in udienza ex art. 35 bis co. 11 lett. c) d.lgs 25/08? L'ipotesi dell'allegazione di nuovi elementi di fatto nel ricorso giurisdizionale non dedotti nella precedente fase amministrativa

Com'è noto, l'art. 35 bis comma 11 d.lgs. 25 del 2008, prevede tra i casi in cui il giudice deve fissare udienza di comparizione delle parti, quello in cui il ricorrente abbia posto elementi di fatto nuovi a fondamento della domanda di protezione internazionale.

Si tratta evidentemente di una previsione dettata dalla necessità di garantire al ricorrente un rimedio effettivo, che richiede di offrirgli la possibilità di esporre compiutamente le allegazioni in fatto poste a fondamento della domanda di protezione internazionale (sul diritto del ricorrente ad essere sentito, si veda più approfonditamente il capitolo 4) .

La Corte di Giustizia, nella sentenza Sacko Moussa, ha affermato che: “La necessità ex articolo 46 della direttiva 2013/32 che il giudice proceda all’audizione del richiedente deve essere valutata alla luce del suo obbligo di procedere all’esame completo ed ex nunc contemplato all’articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva, ai fini della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti e degli interessi del richiedente. Tale giudice può decidere di non procedere all’audizione del richiedente nell’ambito del ricorso dinanzi ad esso pendente solo nel caso in cui ritenga di poter effettuare un esame siffatto in base ai soli elementi contenuti nel fascicolo”.

Evidentemente, qualora i nuovi elementi siano stati introdotti per la prima volta direttamente nel ricorso introduttivo della fase giurisdizionale, nel fascicolo relativo alla procedura amministrativa non potranno già esservi elementi relativi ai *nova* e per questo motivo sarà necessario procedere all’audizione del ricorrente in ordine a tali motivi in diritto o a tali fatti nuovi o sopravvenuti.

Infatti, al fine di assicurare l’effettività del rimedio giurisdizionale ai sensi dell’art. 46 Dir. Procedure ed art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, sarà necessario assicurare al ricorrente la possibilità di esporre innanzi al giudice i nuovi motivi o i nuovi fatti, non esposti in precedenza nella fase amministrativa, in ossequio alla previsione degli artt. 14 e 16 della Direttiva procedure che prevedono il diritto di essere sentiti, almeno una volta in ordine alle ragioni poste alla base della domanda di protezione internazionale.

Nel decidere se fissare o meno l’udienza di comparizione delle parti il giudice dovrà verificare se i nuovi motivi:

- siano stati presentati in maniera sufficientemente concreta
- se si tratta di elementi significativi
- se sono sufficientemente distinti dagli elementi di cui l'autorità accertante ha già potuto tenere conto

Queste conclusioni sono state di recente ribadite anche dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia n.22049/2020 in cui si evidenzia che. “in considerazione della necessità di leggere l’art. 35 bis del d.lgs. n. 25 del 2008 in conformità al disposto dell’art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32/UE, nell’interpretazione offerta dalla Corte di giustizia UE, ove il ricorso contro il provvedimento di diniego di protezione contenga motivi o elementi di fatto nuovi (sempre che risultino sufficientemente circostanziati e rilevanti), il giudice, se richiesto, non può sottrarsi all’audizione del richiedente, trattandosi di strumento essenziale per verificare, anche in relazione a tali nuove allegazioni, la coerenza e la plausibilità del racconto, quali presupposti per attivare il dovere di cooperazione istruttoria.” (nello stesso senso, Cass., 7 ottobre 2020, n. 21584/20, Cass. 25 giugno 2021, n.18311/21).

3.1.2. Il caso dell'estinzione della procedura amministrativa ex art. 23 bis d.lgs 25/08

Ai sensi dell'art. 23 bis d.lgs 25 del 2008, nel caso in cui il ricorrente si allontani ingiustificatamente dalla struttura di accoglienza o si sottragga al trattenimento, senza aver sostenuto il colloquio personale di cui all'art. 12, la Commissione sospende l'esame della domanda.

Entro 12 mesi dalla sospensione disposta per l'allontanamento, il ricorrente deve chiedere la riapertura, pena l'estinzione del procedimento.

La domanda presentata successivamente alla dichiarazione di estinzione è sottoposta ad esame preliminare ex art. 29 co. 1 bis d.lgs 25 del 2008 ed in tale sede sono valutati i motivi a sostegno dell'ammissibilità della domanda, incluse le ragioni dell'allontanamento

Il ricorrente può impugnare il provvedimento di estinzione ex art. 23 bis d.lgs 25/08 e chiedere di essere sentito dal giudice in udienza per sostanziare la sua domanda? Oppure deve preliminarmente reiterare la domanda alla CT ex art. 29 d.lgs 25 del 2008?

Il provvedimento della CT che dichiara l'estinzione, trascorso un anno dalla sospensione, ha natura definitiva del procedimento innanzi alla CT, tanto vero che la domanda presentata dopo tale declaratoria è sottoposta ad esame preliminare ex art. 29 comma 1 bis d.lgs. 25/08, cioè viene trattata come domanda reiterata e perciò sottoposta a vaglio di ammissibilità in sede amministrativa.

Dalla natura definitiva del procedimento amministrativo, rivestita dalla dichiarazione di estinzione, sembra potersi evincere la possibilità di proporre impugnazione ex art. 35 bis d.lgs 25/08 innanzi alle Sezioni Specializzate del Tribunale.

Il giudice, al fine di garantire l'effettività del rimedio ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non dovrebbe limitarsi ad adottare una pronuncia in rito, dichiarando inammissibile la domanda e rinviando semplicemente il richiedente alla CT, anche se il ricorrente non dovesse fornire giustificazioni circa l'allontanamento o la mancata comparizione per l'audizione innanzi alla CT, ma dovrebbe pronunciarsi nel merito, valutando – nel caso di allontanamento non giustificato- la sussistenza o meno di nuovi motivi a sostegno della domanda di protezione internazionale (nuovi rispetto a quelli esposti nel modello C3 evidentemente, non essendo stata espletata l'audizione a causa dell'allontanamento del ricorrente).

In questo senso si è di recente espressa la Corte di Cassazione nell'ordinanza 20492/20 la quale, premesso che “la decisione del Tribunale può disporre alternativamente il rigetto del ricorso ovvero il riconoscimento dello status di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria, ma non il semplice annullamento del provvedimento della Commissione (cfr. Cass. 26480/11), ha concluso che l'eventuale nullità del provvedimento amministrativo non può esimere il giudice dal pronunciarsi nel merito.

Deve ricordarsi, tuttavia, che esiste un diverso orientamento di alcuni giudici di merito (in particolare constano alcuni precedenti del Tribunale di Milano) secondo cui non essendo il provvedimento di estinzione direttamente lesivo dei diritti del richiedente asilo, esso non può

essere ritenuto autonomamente impugnabile. Infatti il provvedimento di estinzione pronunciato ai sensi dell'art. 23 bis D.lvo n. 25/2008, ove la parte interessata interrompa la sua inerzia, non conclude il procedimento, essendo previsto il diritto del destinatario di presentare nuovamente la domanda dopo la dichiarazione di estinzione e il correlativo obbligo della C.T. di esaminarla "ai sensi dell'art. 29 comma 1 bis" con esame preliminare dei motivi a sostegno dell'ammissibilità della domanda "comprese le ragioni dell'allontanamento". Secondo i giudici meneghini, pertanto, il provvedimento di estinzione, non definendo il procedimento e non precludendo l'esame nel merito della domanda su istanza dell'interessato, non costituirebbe atto idoneo a lederne la sfera giuridica.

Solo la decisione sulla domanda di protezione successivamente emessa dalla Commissione Territoriale, nuovamente investita della domanda, sarebbe impugnabile ex art. 35 bis dal richiedente rimasto soccombente, con conseguente inammissibilità del ricorso, presentato nelle forme dell'art. 35 bis D.lvo n.25/2008 avverso la declaratoria di estinzione del procedimento ex art. 23 bis stesso decreto.

Il giudice, in caso di richiesta di audizione in udienza da parte del ricorrente che impugni il provvedimento di estinzione pronunciato ex art. 23 bis d.lgs 25/08, come dovrà regolarsi?

Come si è visto, la domanda presentata successivamente alla dichiarazione di estinzione è sottoposta in sede amministrativa ad esame preliminare ex art. 29 co. 1 bis d.lgs 25/08 in cui si valutano i motivi a sostegno dell'ammissibilità della domanda, incluse le ragioni dell'allontanamento; se non supera l'esame preliminare, viene trattata dalla Commissione territoriale come domanda reiterata.

D'altronde, lo stesso art. 28 Dir. Procedure prevede, *a contrariis*, che, qualora l'allontanamento o la mancata comparizione per l'audizione siano riconducibili a motivi non dipendenti dal richiedente asilo, la nuova domanda presentata nel termine previsto dalla legge nazionale non potrà essere considerata reiterata e dunque saranno applicabili tutte le norme e le garanzie concernenti il primo esame della domanda.

Per rispondere al quesito, dunque, bisognerà in primo luogo verificare se il ricorrente spieghi nell'atto introduttivo per quale motivo non si sia presentato all'audizione innanzi alla CT e quali siano le ragioni dell'allontanamento, al fine di capire se la domanda debba essere considerata come prima domanda o come domanda reiterata, dopo la rinuncia implicita del richiedente - concretizzatasi nell'allontanamento ingiustificato o nella mancata ingiustificata comparizione innanzi all'autorità amministrativa- e la conseguente pronunzia di estinzione.

Se le ragioni addotte dal ricorrente appaiono giustificare la mancata comparizione, si deve fare applicazione del principio generale contenuto nell'art. 46 DIR Procedure, letto in combinato disposto con gli artt. 12 e 14 della medesima direttiva, e si dovrà procedere all'interrogatorio

libero del ricorrente, il quale verrebbe altrimenti irragionevolmente privato del fondamentale diritto ad essere sentito.

A questo proposito, è utile richiamare anche i principi contenuti nella pronuncia della CGUE C 163/17 Jawo/**Bundesrepublik Deutschland**, in cui si afferma, in un caso relativo al funzionamento del sistema di Dublino nell'ipotesi dell'allontanamento del richiedente asilo, che “quando il trasferimento dell'interessato non può essere eseguito a causa del fatto che quest'ultimo ha lasciato il luogo di residenza assegnatogli, senza aver informato le autorità nazionali competenti della sua assenza, queste ultime siano legittimate a presumere che detto soggetto avesse l'intenzione di sottrarsi alle suddette autorità al fine di scongiurare il proprio trasferimento, a condizione, tuttavia, che tale persona sia stata debitamente informata degli obblighi ad essa incombenti a tal riguardo⁶.

E se l'allontanamento o la mancata comparizione al colloquio amministrativo non appaiono giustificati?

Il giudice dovrebbe comunque verificare, con esame nel merito, se emergano o siano stati addotti in ricorso, da parte del richiedente, motivi nuovi rispetto a quelli contenuti nel modello C3, alla luce della previsione dell'art. 29 co. 1 bis d.lgs 25/08, concludendo per il rigetto della domanda qualora i motivi addotti in ricorso non siano nuovi o sufficientemente distinti dagli elementi indicati in precedenza nel modello C3.

Qualora il ricorrente abbia allegato in ricorso motivi di diritto o elementi di fatto nuovi o sopravvenuti, si ritiene che sarebbe opportuno procedere all'audizione del ricorrente in udienza ex art. 35 bis co. 11 lett. c) d.lgs 25/08 (si veda, in proposito, il paragrafo precedente), recuperando questo strumento fondamentale per l'esame della domanda di protezione internazionale, omesso nella fase amministrativa, nel rispetto del diritto al rimedio effettivo di cui alla art. 47 della Carta e dell'art. 46 Dir. Procedure⁷.

3.1.3. La domanda reiterata, l'introduzione in giudizio di nuovi motivi, di fatti sopravvenuti, di nuove prove

⁶ Si riportano i passaggi della sentenza della CGUE nel caso Jawo: “63 omissis... Inoltre, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 5, della suddetta direttiva (dir. Accoglienza, nd.r.), gli Stati membri fanno obbligo ai richiedenti di comunicare il loro indirizzo alle autorità competenti e di notificare loro con la massima tempestività qualsiasi sua successiva modificazione. 64 Tuttavia, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva accoglienza, gli Stati membri devono informare i richiedenti di tali obblighi. Non si può, infatti, contestare al richiedente di aver lasciato il luogo di residenza assegnatogli senza aver informato le autorità competenti e, se del caso, senza aver richiesto a queste ultime una previa autorizzazione, qualora detto richiedente non sia stato informato di tali obblighi. Spetta, nel caso di specie, al giudice del rinvio verificare che il ricorrente del procedimento principale sia stato effettivamente informato di tali obblighi.”

⁷ Si veda sulla centralità dell'audizione nella fase amministrativa e sulla necessità che essa sia recuperata in fase giurisdizionale, ve in precedenza emessa, la sentenza della CGUE C-517/17

I motivi nuovi posti a fondamento della domanda reiterata

La domanda reiterata è definita come “un’ulteriore domanda di protezione internazionale presentata dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, anche nel caso in cui il richiedente abbia esplicitamente ritirato la domanda ai sensi dell’articolo 23 e nel caso in cui la Commissione territoriale abbia adottato una decisione di estinzione del procedimento o di rigetto della domanda ai sensi dell’art. 23-*bis*, comma 2” (art. 2, comma 1, lett. b-*bis*), d.lgs. 25/2008, introdotto dal d.l. 113/2018, e art. 2, lett. q), Direttiva Procedure)

L’art.29 D.lgs n.25/2008, prevede l’inammissibilità della domanda reiterata, cioè identica ad una già decisa dalla C.T., qualora manchi la proposizione da parte del ricorrente di elementi in merito alle sue condizioni personali e senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine.

Occorre distinguere tra:

- a) motivi sopravvenuti,
- b) motivi nuovi, nel senso di motivi preesistenti ma non rappresentati alla CT (per es. richiesta di status di rifugiato in quanto vittima di tratta/discriminazione per orientamento di genere)⁸,
- c) elementi di fatto aggiunti in giudizio per circostanziare un motivo già stato invocato dinanzi alla CT
- d) nuove prove o nuovi documenti, di cui il ricorrente non disponeva in precedenza

Non appare ovviamente problematica l’ipotesi di motivi sopravvenuti, che è l’ipotesi classica di reiterazione della domanda di protezione internazionale.

Si tenga presente che i nuovi motivi possono consistere, oltre che in nuovi fatti di persecuzione o di grave danno, costitutivi del diritto allo status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria, verificatisi successivamente al rigetto della prima domanda da parte della Commissione Territoriale, anche in nuove prove dei fatti costitutivi del diritto, che il richiedente non abbia potuto, senza sua colpa, produrre in precedenza innanzi alla commissione territoriale, né davanti al giudice introducendo il procedimento giurisdizionale di cui all’art. 35 bis del d.lgs. citato. (così Sez.6, 28/02/2013, n. 5089).

La CGUE ha di recente chiarito che “È solo se sussistono effettivamente simili elementi o risultanze nuovi rispetto alla prima domanda di protezione internazionale che l’esame dell’ammissibilità della domanda reiterata prosegue, ai sensi dell’articolo 40, paragrafo 3, di tale direttiva, al fine di verificare se tali elementi e risultanze nuovi aumentano in modo significativo la probabilità che a detto richiedente possa essere attribuita la qualifica di

⁸ CGUE , C 18/20 “una domanda reiterata può essere fondata sia su elementi o risultanze nuovi, in quanto emersi dopo l’adozione di una decisione relativa alla domanda precedente, sia su elementi o risultanze nuovi in quanto presentati per la prima volta dal richiedente.” (para. 36)

beneficiario di protezione internazionale [sentenza del 10 giugno 2021, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Elementi o risultanze nuovi), C-921/19, EU:C:2021:478, punto 37].

La S.C. ha avuto modo di osservare che “Il ricorrente, nell'osservanza delle norme di rito, ben può produrre nuove prove e anche allegare fatti nuovi, anche non sopravvenuti, rispetto al proprio precedente racconto reso in sede amministrativa, arricchendone la narrazione, colmandone le lacune e correggendone le incongruenze e così introducendo i nova tempestivamente nel dibattito processuale, offrendo, se possibile, una ragionevole spiegazione della mancata precedente allegazione da parte sua, in ottemperanza dell'obbligo generale di cui all'art.3, comma 1, del d.lgs. n.251 del 19/11/2007 di presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale, o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la domanda. Pertanto, in caso di reiterazione della domanda di protezione ex art. 29, lett. b), d.lgs. 28/1/2008 n. 25, **dopo che si sia già svolto un precedente giudizio diretto al riconoscimento della protezione internazionale**, il richiedente asilo, a pena di inammissibilità della nuova istanza, è tenuto a indicare le ragioni per cui, senza colpa, non abbia potuto addurre i «nuovi elementi».”⁹

È perciò ammissibile la reiterazione della domanda quando vengano adottati nuovi motivi o nuovi fatti, anche già sussistenti al momento della precedente richiesta, che il ricorrente non aveva tuttavia potuto, senza sua colpa, prospettare in difetto di prove (Cass. 25 marzo 2015, n. 4522) ovvero per altri motivi che spetterà al ricorrente illustrare (si pensi al timore di ripercussioni per i parenti in patria per le vittime di tratta o al senso di pudore per il richiedente, che fondi la domanda di protezione internazionale sulla base di un diverso orientamento di genere, motivo preso in considerazione dalla CGUE nella sentenza *A, B, C*).

Come abbiamo visto in precedenza al par. 1.1.1, la CGUE nella sentenza *Ahmedbekova*, per l'esame dei nova richiama l'articolo 40, paragrafo 1, della direttiva 2013/32, e chiarisce che il giudice investito di un ricorso contro una decisione di diniego di protezione internazionale è in linea di principio tenuto a valutare, a titolo di «ulteriori dichiarazioni» e dopo aver richiesto un esame di queste ultime da parte dell'autorità accertante, i motivi di riconoscimento della protezione internazionale o gli elementi di fatto che, pur essendo relativi ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione di detta decisione di diniego o addirittura prima della presentazione della domanda di protezione internazionale, sono per la prima volta dedotti durante il procedimento di ricorso. Tale giudice non vi è, per contro, tenuto se constata che tali motivi o detti elementi sono stati dedotti in una fase tardiva del procedimento di ricorso o non sono presentati in maniera sufficientemente concreta per poter essere debitamente esaminati, o ancora, qualora si tratti di elementi di fatto, se esso constata che questi ultimi non sono significativi o non sono sufficientemente distinti dagli elementi di cui l'autorità accertante ha già potuto tenere conto.”

⁹ così CASS. 9 luglio 2019, n. 18440

Si affronterà in questo paragrafo il caso dei nuovi motivi allegati dal ricorrente in sede giurisdizionale, a seguito di precedente declaratoria di inammissibilità della domanda da parte della Commissione Territoriale, ai sensi dell'art. 29 d.lgs 25/08.

In caso di ricorso giurisdizionale contenente elementi nuovi, non allegati dal ricorrente al momento della reiterazione della domanda in sede amministrativa, dichiarata pertanto inammissibile dalla C.T., il giudice deve:

- a) dichiarare il ricorso inammissibile?*
- b) esaminare il ricorso nel merito ed accoglierlo, se fondato?*

Alla luce dell'analisi svolta sinora, sembra che la risposta più adeguata sia la seconda, perché l'art. 35 *bis*, comma 13, d.lgs. 25/2008 prevede che il giudizio sul ricorso avverso qualsiasi decisione della Commissione territoriale debba concludersi con il rigetto del ricorso o il riconoscimento della protezione e non è prevista, invece, una conclusione meramente rescindente, senza statuizione sul merito della domanda.

Deve farsi inoltre rinvio alle considerazioni già svolte nel par. 1.1.1 .

Non va dimenticato che la tardività della nuova allegazione, se non giustificata dal ricorrente, può rilevare sotto il diverso profilo del giudizio di attendibilità della narrazione, ai sensi dell'art. 3, comma 5, d.lgs. 251/2007, conducendo ad un rigetto nel merito, ma non costituisce motivo di inammissibilità della domanda.

Si ritiene, infatti, che il comportamento del ricorrente, il quale non sia in grado di spiegare per quale motivo non abbia offerto in occasione della prima domanda di protezione internazionale e/o del successivo giudizio ex art. 35 bis d.lgs 25/08 i motivi o le risultanze preesistenti, poste poi a fondamento della domanda reiterata, debba essere valutato dal giudice (e prima ancora dalla Commissione territoriale) sul piano dell'attendibilità/inattendibilità del narrato, ma non dell'ammissibilità della domanda, non avendo il nostro legislatore trasposto la disposizione dell'art. 40 par. 4 Dir. 2013/32.

Infatti, come ha chiarito la CGUE nel caso C-18/20 "l'articolo 40, paragrafo 4, della direttiva 2013/32 deve essere interpretato nel senso che esso non consente a uno Stato membro che non ha adottato specifici atti di trasposizione di tale disposizione di rifiutare, in applicazione delle norme generali di procedura amministrativa nazionale, di esaminare il merito di una domanda reiterata, qualora gli elementi o le risultanze nuovi invocati a sostegno di tale domanda esistessero all'epoca del procedimento che ha avuto ad oggetto la domanda precedente e non siano stati presentati nell'ambito di tale procedimento a motivo di una colpa imputabile al richiedente."

Nel caso di domanda reiterata dichiarata inammissibile dalla CT per difetto di novità, la verifica da parte del giudice della sussistenza - nel ricorso giurisdizionale - di elementi di novità rispetto alla prima domanda è necessaria: ove non siano stati allegati dal ricorrente rilevanti motivi o fatti nuovi o sopravvenuti, il giudice dovrà rigettare il ricorso nel merito, non essendo consentita da parte del richiedente la mera reiterazione della medesima domanda, che non presenti elementi di

novità rispetto alla precedente. È una norma di chiusura del sistema, volta ad evitare l'uso distorto della reiterazione da parte dei richiedenti asilo e l'eccessiva durata delle procedure di asilo¹⁰.

Per completezza, si evidenzia che proprio di recente la CGUE, nella sentenza C- 18/20 del 6 giugno 2021, ha precisato che “un elemento o una risultanza deve essere considerato nuovo ai sensi dell'articolo 40, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2013/32 qualora la decisione relativa alla domanda precedente sia stata adottata senza che tale elemento o tale risultanza sia stato portato a conoscenza dell'autorità responsabile di accertare lo status del richiedente. Tale disposizione non opera alcuna distinzione a seconda che gli elementi o le risultanze invocati a sostegno di una domanda reiterata siano emersi prima o dopo l'adozione di tale decisione.”

¹⁰ Il considerando 18 della Dir. 2013/32 così recita: “È nell'interesse sia degli Stati membri sia dei richiedenti protezione internazionale che sia presa una decisione quanto prima possibile in merito alle domande di protezione internazionale, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo.”

3.2. Il dovere di cooperazione dell'autorità amministrativa e del giudice

In questo paragrafo saranno affrontate le seguenti questioni:

Qual è il rapporto tra i poteri istruttori ufficiosi del giudice e l'onere di allegazione del ricorrente?

Sussiste un onere di cooperazione del giudice anche in caso di non credibilità delle dichiarazioni del ricorrente?

In caso positivo, come si articola?

Quali vincoli pone il rispetto del principio del contraddittorio nel giudizio di protezione internazionale, ad esempio con riguardo alle C.O.I.?

RIFERIMENTI NORMATIVI

È bene premettere che il dovere di cooperazione trova le sue radici nella Direttiva CE 13.12.2011 n. 95

L'art.4, rubricato come “*Esame dei fatti e delle circostanze*”, prevede al primo comma che lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda.

Il quinto comma dispone che quando gli Stati membri applicano il principio in base al quale il richiedente è tenuto a motivare la sua domanda di protezione internazionale e qualora taluni aspetti delle dichiarazioni del richiedente non siano suffragati da prove documentali o di altro tipo, la loro conferma non è comunque necessaria se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) il richiedente ha compiuto sinceri sforzi per circostanziare la domanda;
- b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una spiegazione soddisfacente dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;
- c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso di cui si dispone;
- d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto buoni motivi per ritardarla;
- e) è accertato che il richiedente è in generale attendibile.

L'art.3 del d.lgs. n. 251/2007, che ha implementato la Direttiva Qualifiche (n. 2011/95), dispone che il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda e che l'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda. Il quinto comma riproduce il contenuto del corrispondente comma dell'art.4 della Direttiva Qualifiche, prevedendo che qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che:

- a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda;
- b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;
- c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone;
- d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla;
- e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile.

Il dovere di cooperazione del giudice si fonda anche sull'art.8 del d.lgs. n.25/08, ove si dispone che la decisione su ogni singola domanda deve essere assunta in modo individuale, obiettivo ed imparziale e sulla base di un congruo esame effettuato ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251

Il terzo comma prevede, riferendosi alla fase amministrativa di esame della domanda, che ciascuna domanda sia esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'UNHCR, dall'EASO, dal Ministero degli affari esteri anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale, o comunque acquisite dalla Commissione stessa.

Specularmente, il comma 9 dell'art.35 *bis* d.lgs.25/2008, con riferimento alla fase giurisdizionale, prevede che per la decisione il giudice si avvalga anche delle informazioni sulla situazione socio-politico-economica del Paese di provenienza previste dall'articolo 8, comma 3 elaborate dalla Commissione Nazionale e rese disponibili all'autorità giudiziaria.

A rafforzare tale previsione soccorre, infine, per il giudizio di protezione internazionale, l'art. 27, comma 1 bis, D.lgs nr. 25/2008 secondo il quale il giudice acquisisce anche d'ufficio le informazioni relative al **Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente**.

3.2.1 I poteri istruttori ufficiosi del giudice e l'onere di allegazione del ricorrente

Com'è noto dagli artt. 8 e 27 d.lgs. 25/08 e dall'art. 3 d.lgs 251/07 discende il dovere di cooperazione della CT e del giudice nell'accertamento della fondatezza della domanda, che si sostanzia attraverso l'acquisizione delle Country of Origin Information (COI) e di informazioni relative alla situazione specifica del ricorrente, ad integrazione del quadro probatorio prospettato dal ricorrente, ma anche attraverso la consultazione di esperti su aspetti particolari (di ordine sanitario, culturale, religioso, di genere, inerente ai minori), che in giudizio potrà avvenire tramite lo strumento della CTU.

Il fondamento del dovere di cooperazione discende dall'art. 4 Dir. Qualifiche, che espressamente dispone che gli Stati Membri hanno il dovere di valutare i fatti rilevanti su cui si fonda la domanda in cooperazione con il ricorrente, ed implica, alla luce degli art. 10, co. 3 lett. a), d) ed art. 16 Dir. Procedure, che le decisioni siano prese in modo individualizzato, facendo ricorso ad esperti su particolari aspetti, se necessario, alle informazioni sui paesi di origine predisposte da organismi come UNHCR ed EASO, nonché attraverso l'audizione personale in cui si dovrà dare al richiedente la possibilità di esporre tutti gli elementi a sostegno della domanda e di spiegare eventuali incongruenze, imprecisioni o lacune.

Sussiste il corrispondente dovere di cooperazione del ricorrente ex art. 3 d.lgs. 251/07 ed art. 4 D qualifiche e 10 e 13 Dir procedure nell'allegare e rendere disponibili tutti gli elementi significativi posti a fondamento della domanda di protezione internazionale ed eventuali documenti a sua disposizione.

Come precisato dalle Sezioni Unite nella nota pronunzia del 17 novembre 2008, n. 27310 il c.d. dovere di cooperazione istruttoria, «affida all'autorità esaminante un ruolo attivo ed integrativo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, con la possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione reperibile per verificare la sussistenza delle condizioni della protezione internazionale» (Cass., Sez. Un. 27310/08)

Nel contempo la CGUE, nella sentenza *Sacko Moussa* ma anche in *Aletho*, rimarca che “il diritto che l'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva riconosce al richiedente di ottenere un esame completo ed ex nunc dinanzi a un giudice non può attenuare l'obbligo per il richiedente in questione di cooperare con tale organo, quale disciplinato dagli articoli 12 e 13 della medesima direttiva.”

L'estensione del dovere di cooperazione varia in funzione della fase in cui la domanda di protezione internazionale è esaminata.

Infatti, alla luce del complesso normativo su ricordato, deve ritenersi che nella fase amministrativa, in cui il ricorrente deve essere messo nelle condizioni di esporre tutti gli elementi rilevanti della domanda, dopo che l'autorità amministrativa gli abbia illustrato i suoi diritti ed i suoi doveri nonché i mezzi ed i tempi a sua disposizione per addurre tali elementi¹¹, il dovere di cooperazione sia molto più ampio, giacché in tale fase si richiede che l'esame riguardi un insieme variegato di elementi che la CT è tenuta ad esaminare¹². Nel contempo la CT ha il dovere di chiedere chiarimenti su eventuali lacune in relazione ad aspetti rilevanti della domanda, nonché su eventuali inesattezze o contraddizioni, anche alla luce delle COI pertinenti.

Nella fase giurisdizionale, il dovere di cooperazione è in parte condizionato dalle allegazioni del ricorrente che, una volta terminata la fase amministrativa di acquisizione degli elementi pertinenti, devono essere adeguatamente circostanziate in giudizio, in modo che il giudice sappia in quale direzione dirigere il proprio dovere di cooperazione istruttoria. Infatti l'attenuazione del principio dispositivo derivante dalla cooperazione istruttoria non può riguardare il versante dell'allegazione, che deve essere adeguatamente circostanziata dal ricorrente, ma la prova, con la conseguenza che l'osservanza degli oneri di allegazione si ripercuote sulla verifica della fondatezza della domanda. Si può ritenere, dunque, che nel giudizio di protezione internazionale il dovere di cooperazione si collochi esclusivamente sul versante probatorio.

La Corte di Cassazione ritiene, con riferimento al dovere di cooperazione esercitato attraverso l'acquisizione officiosa delle COI, che “l'obbligo di acquisizione di tali informazioni da parte delle Commissioni territoriali e del giudice deve essere osservato in diretto riferimento ai fatti esposti ed ai motivi svolti in seno alla richiesta di protezione internazionale, non potendo per contro

¹¹ Vds. art. 12 co.1 lett. a) Direttiva 2013/32

¹² Si rimanda alla lettura dell'art. 3 co.3 d.lgs 251/07

addebitarsi la mancata attivazione dei poteri istruttori officiosi, in ordine alla ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione, riferita a circostanze non dedotte»^{13 14}

Il giudice deve esercitare il dovere di cooperazione in relazione a motivi di persecuzione o di grave danno non specificamente contenuti nella domanda di protezione internazionale, che siano emersi in sede di audizione del ricorrente o in documenti prodotti in giudizio?

Ove si ritenga che la domanda di protezione internazionale sia autodeterminata, accedendo a quell'orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale la domanda del ricorrente è la sua storia, indipendentemente dalla qualificazione giuridica data in ricorso circa i fatti narrati, potrà darsi risposta affermativa all'interrogativo, non essendo onere di questi specificare il *nomen iuris*, giacché l'onere di qualificazione della domanda incombe senza dubbio sul giudice.¹⁵

La Corte EDU nel caso F.G. v. Sweden.¹⁶ ha affrontato una fattispecie simile concludendo per la risposta affermativa.

La causa riguardava un cittadino iraniano che aveva presentato domanda di rifugio, allegando il timore di persecuzione a causa delle sue opinioni politiche. Durante l'audizione il richiedente produceva la dichiarazione di un ministro di culto svedese il quale attestava che in Svezia F.G. era stato battezzato e dopo quattro anni il suo credo religioso era maturato a tal punto che gli aveva affidato un gruppo di approfondimento della bibbia nella sua parrocchia. Nell'audizione, F.G. dichiarava di considerare la sua conversione come una vicenda strettamente privata e di non volersi avvalere di tale motivo nella sua richiesta di asilo. F.G. presentava ricorso giurisdizionale avverso il diniego, allegando sia i motivi politici sia quelli religiosi. Tuttavia, in sede di interrogatorio, confermava l'intenzione di non voler fondare la sua richiesta di rifugio sul rischio di persecuzione religiosa, pur rappresentando che la conversione gli avrebbe causato problemi in caso di rimpatrio.

¹³ Così Cass. 3 febbraio 2020 n. 2355

¹⁴ Nello stesso senso Cass. ord. 22 giugno 2020 n. 12156 e Cass., ord. 12 giugno 2019 n.5794 «Intanto si concretizza il dovere di cooperazione istruttoria, in quanto si sia in presenza di allegazioni precise, complete, circostanziate e credibili, e non invece generiche, non personalizzate, stereotipate, approssimative e, a maggior ragione, non credibili»

¹⁵ In questo senso si esprime Cass. Sez. I n. 8819/20 secondo cui a prescindere dalla domanda delle parti, il giudice è comunque tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere al ricorrente lo status di rifugiato, pur non richiesto nelle conclusioni del ricorso, qualora i fatti storici addotti a fondamento della domanda risultino ad essa pertinenti, “trattandosi di domanda autodeterminata avente ad oggetto diritti fondamentali. Ciò che rileva non è l'indicazione precisa del *nomen iuris* della fattispecie di protezione internazionale che s'invoca, ma esclusivamente la prospettazione di una situazione che possa configurare il rifugio politico o la protezione sussidiaria (quanto alla legittimità dell'esame delle varie forme di protezione sussidiaria, sebbene non specificamente indicate, Cass. n. 14998 del 2015). Il principio va ulteriormente specificato nel senso che tale regola processuale non cambia pur in presenza (come nella specie) di una espressa limitazione della domanda di protezione internazionale ad alcune soltanto delle sue possibili forme, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita a quella non richiesta, sempre che i fatti esposti con l'atto introduttivo del giudizio siano rilevanti e pertinenti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata (per l'applicazione di un principio non dissimile, *mutatis mutandis*, in tema di nullità negoziali, Cass. S.U. n. 26242/2014).”

¹⁶ Corte EDU, F.G. v. Sweden, 23.3.2016, n. app. 43611/11.

Il giudice di primo grado rigettava l'impugnazione, in relazione ai motivi religiosi osservando che il richiedente vi aveva implicitamente rinunciato. Anche l'appello era stato rigettato e la una nuova domanda di rifugio, fondata esclusivamente su motivi religiosi, era stata qualificata dall'autorità amministrativa come domanda reiterata, poiché tale motivo era già emerso nella prima procedura.

La Corte EDU ha accolto il ricorso di F.G., affermando che vi sarebbe una violazione degli artt. 2 e 3 della CEDU se F.G. fosse rimpatriato senza un esame *ex nunc*, da parte delle autorità svedesi, della sua domanda sotto il profilo dell'intervenuta conversione religiosa *sur place* e delle possibili conseguenze in caso di ritorno in Iran.

La Corte EDU, infatti, ribadito che spetta al richiedente asilo fornire gli elementi che sostanziano la domanda, ritiene da un lato che lo Stato non possa investigare di ufficio su circostanze deliberatamente omesse dal richiedente asilo, dall'altro che, in considerazione della natura assoluta dei diritti garantiti dagli art. 2 e 3 della CEDU e della condizione di vulnerabilità dei richiedenti asilo, sussiste un dovere di cooperazione dello Stato al fine di accertare anche di ufficio e valutare tutte le circostanze da cui possa derivare il rischio di trattamento inumano o degradante, che siano comunque emerse nella procedura.¹⁷

La Corte distingue due ipotesi in cui tale dovere di cooperazione si estrinseca.

La prima concerne le richieste di protezione internazionale fondate sul possibile pregiudizio per il diritto alla vita e/o rischio di trattamenti inumani e degradanti che appaia generalizzato e conosciuto. In questi casi, sussiste un obbligo in capo all'autorità nazionale di valutare di propria iniziativa il rischio cui verrebbe esposto il richiedente asilo in caso di rimpatrio.

Nella diversa ipotesi di domanda fondata su un rischio non generalizzato ma individuale, spetta invece al richiedente di sostanziare la domanda con allegazioni specifiche. Pertanto, osserva la Corte, se il richiedente decide di non esternare un determinato motivo o comunque non fornisce elementi a riguardo, non è possibile ritenere che vi sia un dovere da parte dello Stato di attivarsi in tal senso, salvo che le autorità di uno Stato siano comunque messe a conoscenza di circostanze, riguardanti il richiedente, che possano esporlo a un rischio di trattamento inumano e degradante, poiché in tal caso diviene onere delle autorità statali attivarsi di ufficio e procedere con l'esame di tale motivo, a prescindere dal fatto che il richiedente abbia manifestato l'intenzione di non fondare la sua domanda su tali circostanze. Ciò, osserva la Corte, soprattutto quando il richiedente asilo è plausibilmente membro di un gruppo che risulta sistematicamente esposto, nel paese in cui dovesse essere rinvio, a comportamenti inumani e degradanti¹⁸.

Questa pronuncia indurrebbe a ritenere, a rafforzamento di quanto già espresso nel paragrafo 1.1.1, che in questa materia oggetto della domanda è la protezione internazionale, non anche i motivi su cui essa si fonda, i quali rilevano sotto il profilo probatorio e sulla verifica dell'adempimento da parte del richiedente del suo dovere di cooperazione, ma non in relazione

¹⁷ Corte EDU, F.G. v. Sweden, 23.3.2016, n. app. 43611/11., § 127.

¹⁸ Corte EDU, F.G. v. Sweden, 23.3.2016, n. app. 43611/11., § 126

all'ampiezza del *thema decidendum* in sede giurisdizionale; dal che discende la qualificazione come domanda autodeterminata.

In questa direzione va la recente pronunzia della Corte di Cassazione, 12 maggio 2020, n. 8819 secondo cui a prescindere dalla domanda delle parti, il giudice è comunque tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere al ricorrente lo status di rifugiato, pur non richiesto nelle conclusioni del ricorso, qualora i fatti storici addotti a fondamento della domanda risultino ad essa pertinenti, “trattandosi di domanda autodeterminata avente ad oggetto diritti fondamentali. Ciò che rileva non è l'indicazione precisa del *nomen iuris* della fattispecie di protezione internazionale che s'invoca, ma esclusivamente la prospettazione di una situazione che possa configurare il rifugio politico o la protezione sussidiaria (quanto alla legittimità dell'esame delle varie forme di protezione sussidiaria, sebbene non specificamente indicate, Cass., 16 luglio 2015, n. 14998). Il principio va ulteriormente specificato nel senso che tale regola processuale non cambia pur in presenza (come nella specie) di una espressa limitazione della domanda di protezione internazionale ad alcune soltanto delle sue possibili forme, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita a quella non richiesta, sempre che i fatti esposti con l'atto introduttivo del giudizio siano rilevanti e pertinenti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata.”

3.2.3. Non credibilità delle dichiarazioni ed onere di cooperazione

L'inattendibilità del narrato del ricorrente fa venire meno il dovere di cooperazione istruttoria officiosa con riferimento alla verifica della sussistenza di una situazione di violenza indiscriminata ex art. 14 lett. C) d.lgs 251/07?

La giurisprudenza è divisa nella risposta da fornire a tale interrogativo.

Com'è noto, l'ipotesi della minaccia grave ed individuale derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale implica, alternativamente: -) una contestualizzazione della minaccia suddetta, in rapporto alla situazione soggettiva del richiedente, laddove il medesimo sia in grado di dimostrare di poter essere colpito in modo specifico, in ragione della sua situazione personale; -) la dimostrazione dell'esistenza di un conflitto armato interno nel Paese o nella regione, caratterizzato dal ricorso ad una violenza indiscriminata, che raggiunga un livello talmente elevato da far sussistere fondati motivi per ritenere che un civile, rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione, correrebbe, per la sua sola presenza su quel territorio, un rischio effettivo di subire detta minaccia.

La S.C. ha in una recente pronunzia ritenuto che “Il richiedente ha l'onere di offrire ogni elemento utile allo scrutinio della domanda in un'ottica di schietta collaborazione, evidente essendo che la previsione normativa, laddove impone di procedere all'esame della domanda di protezione internazionale "in cooperazione con il richiedente", richiede un atteggiamento collaborativo reciproco, «giacché, sul piano della logica prima ancora che su quello del diritto, non è pensabile

che la Commissione territoriale, come pure il giudice, possa cooperare, e cioè operare insieme, ad un richiedente che, al contrario, non offra la collaborazione dovuta». (Cass., ord. 14 giugno 2019 n. 16028).

Nello stesso senso si pone altra pronuncia della S.C. in cui, premesso che la riferibilità soggettiva e individuale del rischio di subire persecuzioni o danni gravi rappresenta un elemento costitutivo del rifugio politico e della protezione sussidiaria ex lett. a) e b) dell'art. 14, una volta esclusa l'attendibilità soggettiva del ricorrente, non può riconoscersi il relativo status.¹⁹

Questo ragionamento, invero seguito da diverse pronunce di legittimità, si fonda sulla considerazione che la ritenuta inattendibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente è sufficiente a far escludere la necessità di procedere agli approfondimenti istruttori officiosi ai sensi dell'art. 8, comma terzo, del d.lgs. n. 25 del 2008, poiché il dovere di cooperazione sarebbe dovuto solo nel caso in cui la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità per il richiedente di fornire riscontri probatori, ma non dall'inattendibilità delle sue dichiarazioni (vds. Cass. 22097/20).

Questo filone giurisprudenziale sembra giungere a “sanzionare” il comportamento del ricorrente, laddove una parte delle sue dichiarazioni non sia ritenuta attendibile, giungendo a negare la protezione sussidiaria ex art. 14 lett. c) d.lgs. 251/07 sull'assunto che la non attendibilità delle dichiarazioni rese precluda la ricerca da parte del giudice delle COI relative alla situazione generale del paese di origine, con esonero del giudice dalla valutazione della eventuale sussistenza di una situazione grave ed estesa di conflitto armato, anche nel caso in cui la provenienza geografica non sia revocata in dubbio.

Secondo altro orientamento giurisprudenziale, invece, il principio che le dichiarazioni del richiedente ritenute inattendibili non richiedono approfondimento istruttorio officioso, vale solo con riferimento al racconto concernente la vicenda personale del richiedente, che può rilevare ai fini dell'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o ai fini dell'accertamento dei presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, di cui all'art. 14, lett. a) e b), del d.lgs. 251/2007, ma non certo con riguardo all'ipotesi di cui alla lettera c) dell'articolo citato.

Il dovere del giudice di cooperazione istruttoria, una volta assolto da parte del richiedente la protezione il proprio onere di allegazione, sussisterebbe sempre in relazione alla fattispecie contemplata dall'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007, anche in presenza di una narrazione dei fatti attinenti alla vicenda personale inattendibile e comunque non credibile²⁰. Infatti in tal caso il potere-dovere di indagine d'ufficio del giudice circa la situazione generale esistente nel paese d'origine del richiedente, non trova ostacolo nella non credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente stesso riguardo alla propria vicenda personale, sempre che il giudizio di non credibilità non investa il fatto stesso della provenienza dell'istante dall'area geografica interessata alla violenza indiscriminata che fonda tale forma di protezione²¹.

¹⁹ CASS. 16925/18

²⁰ Cass, 31 gennaio 2019 n.3016 e n. 24573/20

²¹ Cass. Sez. 12954/20

L'onere del giudice di verificare di ufficio la situazione del paese di origine del richiedente asilo, oltre a discendere direttamente dall'art. 8 e dall'art. 35 bis d.lgs. 25/08, è stato ben chiarito dalla CGUE nella sentenza Elgafaji (C-465/07 del 17/2/2009) in cui si evidenzia che, qualora il richiedente provenga da un territorio interessato da una situazione di violenza indiscriminata, in cui il livello del conflitto armato in corso è tale che l'interessato, rientrando in quel paese o in quella regione, correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia, ciò sarà sufficiente al riconoscimento della protezione sussidiaria, indipendentemente dall'allegazione di circostanze specifiche in base alle quali ritenere, in casi di conflitto meno grave ed esteso, che il richiedente sarebbe personalmente esposto a rischio di grave danno.

Pertanto, in caso di conflitto armato di particolare gravità, secondo la Corte di Giustizia, non incomberà sul richiedente uno specifico onere di allegazione ed anzi spetterà al giudice, nell'esercizio del dovere di cooperazione, che si estrinseca anche attraverso l'acquisizione di ufficio di COI attuali circa la situazione del paese di origine del ricorrente, verificare se sussista una situazione di conflitto tale da non richiedere l'assolvimento da parte del ricorrente dell'onere di allegazione specifica di una personale e diretta esposizione al rischio di grave danno, poiché il rischio risulta in *re ipsa*.

Sembra potersi sostenere, alla luce del dovere di cooperazione del giudice che si esplica anche attraverso l'acquisizione officiosa delle COI, che sarebbe in contrasto con il diritto europeo un'interpretazione giurisprudenziale che limitasse tale dovere ai soli casi in cui le dichiarazioni del ricorrente siano ritenute attendibili, salvo il caso in cui, evidentemente l'inattendibilità riguardi proprio la zona di provenienza, non essendo una simile restrizione assolutamente prevista dal CEAS.

Questa conclusione appare rafforzata anche dall'onere che il giudice, tenuto ad una valutazione completa ed ex nunc, ha di prendere in considerazione le circostanze verificatesi nel paese di origine successivamente all'espatrio del richiedente, atteso che la necessità di ricevere protezione dal paese ospitante può sorgere anche in un momento successivo rispetto alla partenza del richiedente dal Paese di origine, tanto per ragioni oggettive, in ordine alle quali scatta il dovere di cooperazione istruttoria officiosa derivante dall'art. 3 d.lgs 251/07 ed art. 8 e 27 d.lgs 25/08, quanto per ragioni soggettive, il cui ingresso nel giudizio è invece subordinato all'onere di allegazione del ricorrente. Non si dimentichi, a questo proposito, che la Direttiva 2011/95/UE, ha espressamente previsto la figura di rifugiato *sur place* all'art. 5, trasfuso dal legislatore italiano nell'art. 4 del d.lgs. n. 251/2007, richiamato, in tema di protezione sussidiaria, dall'art.17 dello stesso decreto, per cui la domanda di protezione sussidiaria può essere motivata anche da avvenimenti successivi alla partenza del ricorrente dal suo paese di origine ovvero da attività svolte dal medesimo dopo la sua partenza, qualora risulti che tali attività costituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel suo paese.

3.2.4. Principio del contraddittorio, onere di allegazione e C.O.I.

Il dovere di cooperazione istruttoria, proceduralizzato attraverso il combinato disposto dagli artt. 3 co 5 D. lvo 251/2007 ed 8 co 3 D.lvo 25/2008, esige che la decisione del giudice sia basata su una rappresentazione all'attualità della situazione del paese di origine del ricorrente, cronologicamente coerente con la data della decisione; ove le COI consultate dal giudice nel potere-dovere di cooperazione officiosa siano risalenti, esse non appaiono idonee ad ammettere o escludere i rischi paventati e fronteggiati dal sistema interno ed internazionale attraverso le varie forme di protezione internazionale previste. Infatti, il dovere di cooperazione istruttoria rappresenta una peculiarità processuale del giudizio di protezione internazionale che il giudice di merito deve adempiere d'ufficio, fondando la propria decisione su fonti informative riconducibili a quanto previsto dall'art. 8 co 3 D.lgs 25/2008, idonee allo scopo informativo rispetto alla vicenda narrata ed aggiornate alla data della decisione, in ragione della rapida mutevolezza delle condizioni sociopolitiche, economiche, climatiche e sanitarie dei paesi di provenienza dei richiedenti asilo.²²

L'assunzione di COI d'ufficio nell'esercizio dell'attività di cooperazione istruttoria può ledere il principio del contraddittorio?

In primo luogo, deve evidenziarsi che una corretta applicazione del principio del rimedio effettivo ex art. 47 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali richiede che il tribunale renda palese nella motivazione a quali informazioni abbia fatto riferimento, indicandole con precisione²³.

Qualora il giudice abbia acquisito di ufficio informazioni sul paese di origine del ricorrente, in linea generale non si ritiene sussistente una violazione del principio del contraddittorio in caso di inerzia della parte o di allegazioni del tutto generiche, potendosi anzi ritenere che il giudice, nell'esercizio del dovere di cooperazione, in questo modo supplisca all'impossibilità per il ricorrente di provare o documentare quanto narrato.

Diversamente può ritenersi che sussista una violazione del diritto di difesa del richiedente quando costui abbia esplicitamente indicato le COI a supporto delle proprie dichiarazioni, ma il giudice ne abbia utilizzato altre, di fonte diversa o più aggiornate, che depongano in senso opposto a quelle offerte dal ricorrente, senza prima sottoporle al contraddittorio²⁴

²² Cass. ord., 12 novembre 2020 n. 25545

²³ In questo senso, tra le altre, Cass. 26 aprile 2019, n. 11312; Cass. 17 maggio 2019, n. 13449; Cass. 22 maggio 2019, n. 13897; Cass. 20 maggio 2020, n. 9230; Cass. 26 ottobre 2020 n. 29031/20

²⁴ Cass., ord. 11 novembre 2019 n.29056

3.3. I rimedi giurisdizionali in caso di mancato rispetto delle garanzie nella fase del procedimento amministrativo

3.3.1 Gli obblighi informativi (rinvio al capitolo 5 sui “Paesi sicuri”)

3.3.2 La mancanza di idoneo interprete nella fase amministrativa e la rinnovazione dell’audizione in udienza

Il tema della violazione di previsioni procedurali della Dir. UE 2013/32, è stato di recente affrontato dalla CGUE nella sentenza C-517/17.

Il caso riguarda il ricorso del sig. Addis innanzi al tribunale tedesco contro una decisione di inammissibilità della domanda di protezione internazionale, in quanto adottata senza il previo colloquio con il richiedente, in violazione dell’art. 14 Dir. Procedure.

La CGUE, premesso che dalla sua giurisprudenza emerge che, affinché una violazione dei diritti della difesa comporti l’annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo in questione, è necessario, in linea di principio, che, in assenza di tale irregolarità, il procedimento di cui trattasi avrebbe potuto comportare un risultato diverso (v. sentenza del 10 settembre 2013, G. e R., C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, punto 38 nonché giurisprudenza ivi citata), tuttavia ritiene che tale giurisprudenza non sia applicabile alla violazione degli articoli 14, 15 e 34 della direttiva procedure.

Infatti, da un lato, questi ultimi enunciano, in termini vincolanti, l’obbligo per gli Stati membri di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale, nonché norme specifiche e dettagliate sulle modalità in cui tale colloquio deve essere svolto. Dall’altro, siffatte norme mirano a garantire che il richiedente sia stato invitato a fornire, in collaborazione con l’autorità responsabile di tale colloquio, tutti gli elementi pertinenti per valutare l’ammissibilità e, se del caso, la fondatezza della sua domanda di protezione internazionale, il che conferisce a tale *“colloquio un’importanza primaria nel procedimento di esame di tale domanda”*.

Ciò nel caso di specie ha indotto la Corte a ritenere sussistente una violazione procedurale da parte della normativa nazionale che non preveda la possibilità di espletare il colloquio personale in caso di inammissibilità della domanda, a prescindere dalla verifica della effettiva incidenza di tale omissione sull’esito del procedimento, poiché il venir meno di una garanzia essenziale per il ricorrente, nell’ottica dell’art. 47 della Carta, implica di per sé una lesione del diritto al rimedio effettivo.

La sentenza richiama espressamente la centralità anche delle garanzie previste dall’art. 15 della Dir. Procedure per l’espletamento del colloquio (tra cui ad es. la presenza di un interprete) per evidenziare che la circostanza che il legislatore dell’Unione non si sia limitato a enunciare, agli articoli 14 e 34 della direttiva procedure, l’obbligo di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale, ma abbia scelto di imporre inoltre agli Stati membri norme specifiche e dettagliate quanto alle modalità di svolgimento di tale colloquio, dimostra l’importanza

fondamentale che si attribuisce non solo allo svolgimento stesso di un siffatto colloquio, ma anche alle condizioni in cui quest'ultimo deve svolgersi e il cui rispetto costituisce un presupposto per la validità di una decisione che dichiara inammissibile una domanda di asilo.

La CGUE conclude che “è altresì possibile, in linea di principio, che il giudice investito del ricorso proceda all'audizione del richiedente riguardo all'applicabilità alla sua particolare situazione di uno dei motivi di inammissibilità previsti dall'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva procedure, qualora la decisione di rigetto sia stata basata su tale motivo, ma l'autorità accertante non abbia previamente dato al richiedente la possibilità di essere sentito in merito nel corso di un colloquio personale.”

Ancora una volta, come già nella sentenza *Alheto*, la Corte ribadisce che in un'ottica di celerità delle decisioni in ordine alle domande di protezione internazionale e di effettività del rimedio, il giudice investito del ricorso potrà direttamente procedere all'audizione del ricorrente, con tutte le garanzie dell'art. 15 Dir. Procedure, anziché rinviare gli atti all'autorità amministrativa.

Operando una trasposizione dei suddetti principi alla questione in esame, si potrebbe concludere che laddove la violazione di talune garanzie procedurali si traduca nella violazione assoluta del diritto di difesa del ricorrente, come avviene nel caso di violazione delle garanzie volte ad assicurare un colloquio completo ed esaustivo sugli elementi pertinenti della domanda di protezione o sulle cause di inammissibilità, ad esempio per l'assenza di un idoneo interprete in grado di parlare e comprendere la lingua parlata dal ricorrente, il giudice dovrà ripristinare le garanzie omesse nella fase amministrativa, anche procedendo, se del caso, a rinnovare in udienza l'audizione del ricorrente.

In generale, sulla scorta dei principi sinora declinati, sulla centralità dell'audizione in quanto volta a garantire il diritto al rimedio effettivo di cui all'art. 47 della Carta ed all'art. 46 Direttiva Procedure, può concludersi che per il giudice sarà necessario rinnovare l'audizione in udienza del ricorrente ogni qualvolta nel colloquio innanzi alla Commissione territoriale siano rimasti inesplorati alcuni aspetti fondamentali della domanda oppure non siano stati richiesti chiarimenti su tali aspetti, a fronte di contraddizioni emerse nel corso del verbale nella fase amministrativa (in questo senso, da ultimo Cass. 18311/21).

Tale dovere, peraltro, è esplicitamente previsto dall'art. 16 Dir. Qualifiche a mente del quale “Nel condurre un colloquio personale sul merito di una domanda di protezione internazionale, l'autorità accertante assicura che al richiedente sia data una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2011/95/UE nel modo più completo possibile. In particolare, il richiedente deve avere l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni.”

3.3.3 La mancata traduzione in lingua conosciuta dal ricorrente degli avvisi su modi e termine per impugnare: la rimessione in termini

Il giudizio ex art. 35 bis d.lgs. 25/08 non ha per oggetto l'impugnazione del provvedimento di diniego da parte della Commissione territoriale, ma “il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata, sulla quale comunque il giudice deve statuire, non rilevando in sé la nullità del provvedimento ma solo le eventuali conseguenze di essa sul pieno dispiegarsi del diritto di difesa” (*ex multis*: Cass., 22 marzo 2017, n. 7385; 08 giugno 2016, n. 11754; 03 settembre 2014, n. 18632; 13 gennaio 2012, n. 420; 09 dicembre 2011, n. 26480, Cass. n. [13086](#) del 15 maggio 2019).

Sussiste pertanto la necessità di allegazione specifica da parte del ricorrente del vulnus al diritto di difesa, derivato dal mancato rispetto di talune garanzie nella procedura amministrativa, che si siano tradotte nell'impossibilità per il ricorrente di poter adeguatamente sostanziare la domanda di protezione internazionale ovvero di poter spiegare tempestivo ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento amministrativo.

Un esempio calzante riguarda l'istanza di rimessione in termini.

Ai sensi dell'art. 153 c.p.c., sarà onere del ricorrente allegare in modo puntuale la causa a lui non imputabile del ritardo nella prima difesa utile. Nel contempo il giudice dovrà valutare con attenzione le motivazioni addotte, ad esempio la mancata traduzione del provvedimento di diniego nella lingua parlata dal ricorrente, valutando tutte le circostanze del caso concreto, tra cui anche il livello di istruzione del medesimo, ovvero la sussistenza di particolari condizioni di vulnerabilità che potrebbero aver impedito con carattere di assolutezza e non di mera difficoltà di proporre tempestivamente l'impugnazione.

Un'ipotesi siffatta potrebbe ravvisarsi in caso di omessa informazione dei modi e dei tempi per impugnare la decisione negativa della Commissione Territoriale in una delle lingue veicolari, in violazione dell'art. 10 comma 4 d.lgs 25/08 a mente del quale “il richiedente è tempestivamente informato della decisione. Tutte le comunicazioni concernenti il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale sono rese al richiedente nella prima lingua da lui indicata, o, se ciò non è possibile, in lingua inglese, francese, spagnola o araba, secondo la preferenza indicata dall'interessato. In tutte le fasi del procedimento connesse alla presentazione ed all'esame della domanda, al richiedente è garantita, se necessario, l'assistenza di un interprete della sua lingua o di altra lingua a lui comprensibile.”

È interessante riportare la motivazione della sentenza della Corte di Appello di Catania, 31 ottobre 2013, in cui si è ritenuta fondata un'istanza di rimessione in termini per oggettiva impossibilità, nel caso di patrocinio infedele in danno di “soggetto che fugge dal suo paese ed entra in modo irregolare in Italia, senza conoscere né la lingua né le leggi, nelle concrete condizioni in cui si è trovato l'istante, di prevedere una macchinazione che riguarda proprio l'istanza di richiesta di asilo e di verificare il percorso di affidamento del mandato professionale; la vicenda per come configurata è tale da poter sfuggire non solo al controllo ma anche alla tempestiva conoscenza della parte, che verosimilmente non ha avuto, in ragione della sua condizione, la stessa possibilità di scelta del cittadino italiano. L'istituto della rimessione in termini

deve infatti essere letto alla luce dei principi costituzionali di effettività del contraddittorio e delle garanzie difensive, al fine di assicurare alla parte un equo processo (Cass. 9792/12, *id.*, Rep. 2012, voce *Procedimento civile*, n. 160; Corte eur. diritti dell'uomo 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, *id.*, Rep. 2007, voce *Diritti politici e civili*, n. 128), e ciò non può farsi se non tenendo conto della peculiarità del caso ed anche del diritto che viene in evidenza nel processo: nella fattispecie, e pur se il processo è soggetto al rito civile, il fondamentale diritto alla libertà e all'integrità personale."

3.3.4 L'inattendibilità del richiedente asilo affermata dalla CT, l'omissione di richiesta di chiarimenti nella fase amministrativa ed il potere dovere del giudice di disporre l'interrogatorio libero ex art. 35 bis co. 11 lett. b) d.lgs 25/08

Nei giudizi in materia di protezione internazionale il giudice, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinnanzi alla Commissione territoriale, ha l'obbligo di fissare l'udienza di comparizione, ma non anche quello di disporre l'audizione del richiedente, a meno che: a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda; b) il giudice ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente; c) quest'ultimo nel ricorso non ne faccia istanza, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire i predetti chiarimenti, e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile.²⁵

La previsione di cui alla lett. b) del comma 10 dell'art. 35 bis d.lgs 25/08 rientra tra le ipotesi in cui il giudice può fissare l'udienza; tuttavia nella recentissima pronuncia n. 21584/20 la S.C. ha evidenziato come in realtà essa sia una delle ipotesi in cui il giudice dovrà altresì disporre il libero interrogatorio del ricorrente, adempimento diverso dall'onere di fissazione dell'udienza, per dare compiuta attuazione all'art. 46 Dir. Procedure "quantomeno nei casi in cui il giudice ritenga indispensabile richiedere chiarimenti alle parti in ordine ad eventuali incongruenze e/o contraddizioni riguardanti il racconto reso dal richiedente innanzi alla Commissione Territoriale. In tali casi, ove il giudice si limitasse a richiedere ed ottenere i chiarimenti soltanto mediante allegazioni di natura cartolare, a prescindere dal rilievo che senza l'audizione dell'interessato verrebbe meno uno strumento essenziale per valutare la coerenza e credibilità del racconto, in ogni caso, si impedirebbe l'acquisizione di materiale probatorio utile per la decisione, soprattutto se favorevole al richiedente, tenuto conto che, a norma dell'art. 3 comma 5°, in virtù del c.d. principio dell'onere della prova attenuato, anche le stesse dichiarazioni del richiedente possono essere poste a fondamento del diritto vantato dal ricorrente con la domanda di protezione internazionale" alle condizioni determinate da tale comma.

Il dovere del giudice, nella suddetta ipotesi, di procedere all'audizione del ricorrente in ordine alle incongruenze o contraddizioni rilevate sulla scorta del colloquio svolto innanzi alla CT, discende dall'art. 16 (contenuto del colloquio personale) della direttiva procedure (2013/32/UE), secondo cui "Nel condurre il colloquio personale sul merito di una domanda di protezione internazionale, l'autorità accertante assicura che al richiedente sia data una congrua possibilità di presentare gli

²⁵ Cass., 7 ottobre 2020, n.21584

elementi necessari a motivare la domanda ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2011/95/UE nel modo più completo possibile. In particolare, il richiedente deve avere l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni".

Orbene, anche se non vi è dubbio che la norma si riferisca, per quanto concerne il sistema italiano, alle modalità con cui le Commissioni territoriali devono condurre il colloquio, tuttavia può certamente affermarsi che la stessa norma esprime anche un'esigenza di tutela del diritto di difesa che deve essere garantita all'interessato non solo nella fase amministrativa, ma anche nell'ambito del procedimento di natura giurisdizionale.

La Corte di Cassazione, richiamando la sentenza Sacko della Corte di Giustizia, ha evidenziato che anche se l'art. 35 bis comma 10 lett. b) si limita a prevedere come doverosa la sola fissazione dell'udienza di comparizione, un'interpretazione della norma in linea con il principio della tutela effettiva, di cui all'art. 46 par. 1 della direttiva 2013/32 ed all'art. 47 della Carta, impone l'audizione in udienza del ricorrente "quantomeno nei casi in cui il giudice ritenga indispensabile richiedere chiarimenti alle parti in ordine ad eventuali incongruenze e/o contraddizioni riguardanti il racconto reso dal richiedente innanzi alla Commissione Territoriale", qualora tali spiegazioni non siano state richieste nella fase amministrativa.

Una particolare cautela andrà adottata dal giudice, nel valutare la necessità di disporre l'audizione del richiedente asilo, nel caso in cui la parte ricorrente sia un soggetto vulnerabile e tuttavia tale condizione non sia stata tenuta in debito conto dalla Commissione Territoriale durante il colloquio.

Una delle ipotesi più frequenti e problematiche è quella delle giovani donne provenienti da alcuni Stati della Nigeria, in particolare da Edo State, di famiglia povera, non istruite, che spesso presentano indicatori di tratta (vds. Manuale UNHCR), alle quali non sempre viene fornito il sostegno cui avrebbero diritto in base all'art. 17 d.lgs 142/15 ed art. 13 d.lgs 25/08 né talvolta vengono loro fornite tutte le informazioni di cui all'art. 18 d.lgs 286/98 ed art. 10 L. 24/14.

Appare fondamentale, in tali casi, procedere all'audizione in udienza della ricorrente, al fine di recuperare in sede giurisdizionale quelle garanzie che sono mancate nella fase amministrativa²⁶.

Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che, qualora il giudice di merito "percepisca un quadro indiziario, ancorché incompleto, che faccia temere che la ricorrente sia stata vittima, non dichiarata, di tratta, non possa arrestarsi di fronte al difetto di allegazione (ed anzi all'esistenza di allegazione contraria) ma debba quantomeno procedere all'audizione della ricorrente, che, come sopra ricordato ne aveva fatto richiesta, per consentire alla intraveduta realtà sotterranea di emergere in sede giurisdizionale."

In particolare, i giudici di legittimità hanno attribuito particolare importanza al fatto che la ricorrente fosse persona vulnerabile, in quanto possibile vittima di tratta di esseri umani, e che

²⁶ Vds. Cass. Ord. 4 novembre 2020 n.24573

alla predetta non fosse stato fornito l'avviso di cui al comma 2 dell'art. 10 del d.lgs. 4/3/2014 n. 24, secondo il quale nelle ipotesi di cui al comma 1 dell'articolo 18 del d.lgs.25/7/1998, n. 286, allo straniero sono fornite adeguate informazioni, in una lingua a lui comprensibile, in ordine alle disposizioni di cui al predetto comma 1, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, informazioni sulla possibilità di ottenere la protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19/11/2007, n. 251.

L'omissione di tale garanzia procedurale nella fase amministrativa ha inciso in modo rilevante sul diritto al rimedio effettivo della richiedente protezione internazionale, di cui all'art. 47 della Carta, sebbene non esplicitamente richiamato nell'ordinanza citata, ed ha indotto la Corte a ritenere necessaria nella fattispecie l'audizione in udienza “in conformità al disposto dell'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32/UE nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia UE (Corte di Giustizia, sez.II, 26/7/2017 in causa C-348/16 e sez.II, 9/2/2017 in causa 560/2014).”

4. Il rimedio effettivo nelle procedure di esame della domanda di protezione internazionale.

(Francesca Capotorti)¹

SOMMARIO: 4.1. Introduzione: il rapporto tra la disciplina processuale degli Stati membri ed il diritto dell'Unione europea - 4.2. L'accesso al rimedio - 4.2.1. La sospensione degli effetti del provvedimento di diniego dell'autorità amministrativa e del decreto di rigetto del ricorso del giudice di primo grado - 4.2.2.1. La sospensiva di cui al comma 4 dell'art. 35 *bis* - 4.2.2.2. La sospensiva di cui al comma 13 dell'art. 35 *bis* - 4.3. Il rimedio effettivo endoprocessuale - 4.3.1. Il diritto all'udienza - 4.3.2. Il diritto di essere sentiti.

QUESTIONI

Quali limiti incontra il diritto del richiedente di permanere nel territorio in attesa di una decisione definitiva e come si tutela il suo diritto ad un ricorso effettivo nel bilanciamento con l'interesse dello Stato membro ad eseguire i rimpatri?

*Quali sono i presupposti per la sospensiva di cui al comma 4?
Il decreto che rigetta l'istanza di sospensione è impugnabile?*

*Quali i presupposti per la sospensiva ai sensi del comma 13?
Possono ritenersi fondati motivi quelli relativi alla pandemia da Covid-19?*

In che modo il diritto ad un rimedio effettivo nel processo si riverbera sui principi e sulle regole della procedura civile?

In cosa si sostanzia il c.d. dovere di cooperazione istruttoria del giudice?

Come si bilancia l'obbligo in capo al giudice di garantire un esame completo ed ex nunc della domanda con l'esigenza di garantire una definizione celere del processo?

Il diritto all'udienza viene riconosciuto, a livello sovranazionale, come un diritto assoluto o suscettibile di compressione nel bilanciamento con altri valori, tra cui l'esigenza di ottenere una decisione in tempi rapidi?

Il diritto all'audizione è un diritto riconosciuto come assoluto nell'ambito della protezione internazionale o suscettibile di bilanciamento? Che ruolo svolge il principio di proporzionalità?

Quando è necessario rinnovare l'audizione in virtù dei principi di effettività della tutela e di leale cooperazione?

La nuova audizione disposta dal Giudice garantisce le stesse garanzie della fase amministrativa ed una tutela effettiva?

¹ Giudice presso il Tribunale di Busto Arsizio.

4.1. Introduzione: il rapporto tra la disciplina processuale degli Stati membri ed il diritto dell'Unione europea

È noto il principio generale dell'autonomia degli Stati membri in ordine agli aspetti processuali nell'attuazione del diritto dell'Unione europea, in mancanza di norme dell'Unione europea che disciplinino la materia²: in tal caso sono gli Stati membri a stabilire, nel proprio ordinamento interno, le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento.

Tale principio, che trova applicazione anche, e a maggior ragione, nella materia della protezione internazionale, materia inizialmente inserita nel c.d. terzo pilastro³ e che ricade nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁴, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia incontra due limiti ben precisi, dovendosi sempre verificare il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza della tutela, che, indirettamente, portano a garantire il primato del diritto UE.

Al riguardo vale la pena ricordare che, secondo l'interpretazione che ne è stata data dal Giudice di Lussemburgo, il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti impone che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto UE non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario⁵. Siffatto principio, discendente dal dovere generale di leale collaborazione in capo agli Stati membri, investe anche le autorità giurisdizionali nazionali, nel senso che queste ultime devono assicurare sempre e in ogni caso una protezione giudiziaria effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione⁶.

Il principio di equivalenza, il quale presuppone che la norma nazionale si applichi indistintamente ai procedimenti fondati sul diritto dell'Unione e a quelli fondati sul diritto nazionale⁷, impone, poi, che la norma interna garantisca un eguale trattamento processuale a situazioni giuridiche che, pur se di analogo contenuto sostanziale, traggono la loro origine da ordinamenti differenti.

Al fine di verificare se il principio di equivalenza sia rispettato, spetta al giudice nazionale, unico a disporre di conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi nell'ambito dell'ordinamento nazionale, accertare se le modalità procedurali dirette a garantire, nel diritto interno, la tutela dei diritti derivanti ai singoli dal diritto comunitario siano conformi a tale principio ed esaminare tanto l'oggetto, quanto gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna

² Cfr. *ex multis*, CGUE 15 marzo 2017, causa C-3/16, *Lucio Cesare Aquino c. Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2017:209, punto 48; 17 marzo 2016, causa C-161/15, *Bensada Benallal*, EU:C:2016:175, punto 24 e giurisprudenza ivi citata.

³ Sul punto si ricorda che le materie dell'immigrazione e dell'asilo erano state collocate, con il Trattato di Maastricht, nel c.d. "Terzo Pilastro" dell'Unione Europea; con il Trattato di Amsterdam, poi, sono entrate a far parte del c.d. Primo Pilastro, con il conseguente superamento della cooperazione intergovernativa.

⁴ Cfr. art. 67.1 TFUE: "L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

⁵ Cfr., in particolare, CGUE 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, EU:C:1976:188, punto 5; 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, EU:C:1976:191, punti 13-16; 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, EU:C:1995:437, punto 12; 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, *van der Weerd e a.*, EU:C:2007:318, punto 28.

⁶ CGUE 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria*, EU:C:2003:297, punti 38-42; 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163, punti 41-42; 8 novembre 2016, causa C-243/15, *Lesoochranské zoskupenie VĽK*, EU:C:2016:838, punto 50; 9 febbraio 2017, C-560/14, *M*, EU:C:2017:101, punto 30.

⁷ V., in tal senso, CGUE 28 gennaio 2015, causa C-417/13, *ÖBB Personenverkehr*, EU:C:2015:38, punto 74.

con i quali si asserisce che sussista un'analogia⁸. A tale titolo, il giudice nazionale deve accertare in modo oggettivo ed astratto l'analogia delle norme di cui trattasi in considerazione della loro rilevanza nel procedimento complessivamente inteso, dello svolgimento del procedimento medesimo e delle specificità di tali norme⁹.

Su questo assetto di principi si inserisce l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*", che riprende, ampliandolo¹⁰, il contenuto degli artt. 6 e 13 CEDU¹¹, e che codifica i principi generali già riconosciuti dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia ed in particolare il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva quale limite all'autonomia procedurale degli Stati membri nell'attuazione del diritto UE, imponendo a questi ultimi, pur in assenza di una disciplina UE specifica, di garantire delle procedure giurisdizionali idonee ad assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto UE.

Calando i descritti principi generali nell'ambito della protezione internazionale, viene innanzitutto in rilievo la direttiva 2013/32/UE¹², c.d. direttiva procedure, ed in particolare l'art. 46, rubricato "*diritto a un ricorso effettivo*"¹³, che disciplina la fase giurisdizionale dell'impugnazione del provvedimento amministrativo.

Leggendo le norme contenute nel citato articolo ci si avvede subito che, nell'ambito della tutela giurisdizionale, la direttiva procedure, che si pone, quale obiettivo, quello di "*stabilire procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE*"¹⁴, prevede una tutela minima e non già un'armonizzazione completa.

Ciò comporta che, da un lato, gli Stati membri sono liberi di prendere anche *standard* di tutela maggiori rispetto a quelli indicati nella direttiva, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, né l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione¹⁵, e, dall'altro lato, che, per tutto ciò che non è disciplinato dalla direttiva, vale

⁸ CGUE 1 dicembre 1998, causa C-326/96, *Levez*, EU:C:1998:577, punti 39 e 43; 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston e a.*, EU:C:2000:247, punto 49.

⁹ In tal senso, sentenza *Preston* cit., punti 61-63.

¹⁰ La dottrina ha evidenziato, in particolare, che il secondo comma dell'art. 47 applica i principi del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU, a tutte le situazioni discendenti dal diritto dell'UE e, quindi, anche all'immigrazione e all'asilo, ambiti, invece, sottratti alle tutele dell'art. 6 CEDU secondo la giurisprudenza della Corte EDU, ma su quest'aspetto v. più diffusamente *infra*, par. 2.3.1.

¹¹ Si ricorda qui che, ai sensi dell'art. 52, comma 3, della Carta, "*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione*".

¹² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, in *GUUE* L 180 del 29.6.2013, pp. 60-95, che ha abrogato la direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005.

¹³ V. anche il principio dell'obbligo di cooperazione con il richiedente nell'esaminare tutti gli elementi della domanda (*ex art. 4.1, dir. 2011/95/UE*), principio che grava in capo agli Stati e che è dunque applicabile tanto nella fase amministrativa, quanto in quella giurisdizionale.

¹⁴ Art. 1 della direttiva.

¹⁵ CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, EU:C:2013:107, punti 55 e ss. In particolare, la Corte ha ricordato che "*in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. pag. I-6079, punto 21, e 1/09, dell'8 marzo 2011, Racc. pag. I-1137, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, Winner Wetten, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61). È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle*

il principio dell'autonomia in ordine agli aspetti processuali nell'attuazione del diritto UE, con i limiti già esposti.

È chiaro, quindi, come, anche in materia di protezione internazionale, i principi generali in tema di giusto processo e di effettività del ricorso ricavabili da diritto UE e dalla CEDU giochino un ruolo centrale nel verificare la conformità delle regole procedurali nazionali al diritto sovranazionale.

In particolare, intendendo l'effettività del ricorso come effettività del rimedio, vale a dire come idoneità dell'azione intrapresa a garantire la pretesa sostanziale fatta valere dal richiedente, occorre osservare che l'effettività deve essere assicurata innanzitutto sul piano dell'accesso alla tutela e, una volta che il pieno accesso alla tutela sia garantito, sul piano dei rimedi.

Questi due aspetti saranno oggetto di analisi nel presente capitolo, andando a verificare innanzitutto come e in che misura l'ordinamento italiano garantisca l'accesso ad un rimedio effettivo, analizzando i profili della disciplina nazionale che possono risultare problematici (2.2), per poi stabilire, una volta che sia garantito l'accesso al rimedio, come le norme processuali nazionali si coniughino con il diritto ad un rimedio effettivo (2.3).

4.2. L'accesso al rimedio

Quali garanzie devono essere attribuite al richiedente la protezione sul piano dell'accesso alla tutela perché il diritto al ricorso possa dirsi effettivo?

L'art. 46, par. 1, direttiva procedure, impone innanzitutto agli Stati membri di prevedere “che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice”; si tratta, per vero, di un'applicazione del più generale principio del diritto ad un rimedio effettivo, che porta con sé la garanzia di poter ricorrere avverso le decisioni amministrative dinanzi ad un'autorità giurisdizionale indipendente e imparziale, così come prescritto dall'art. 47 Carta¹⁶. Sul punto, vale la pena sottolineare che, sebbene l'art. 47 Carta non sia direttamente applicabile al procedimento amministrativo, in questa materia, stante la stretta connessione tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale, che trova espressione nel ricorso avverso il provvedimento della Commissione territoriale, si assiste ad una peculiare applicazione dell'art. 47 al procedimento unitariamente inteso, quale espressione del principio di effettività della tutela, come si avrà modo di osservare nel proseguo.

Ebbene, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, si può affermare con ragionevole certezza che l'accesso al giudice, nel senso appena illustrato, sia garantito in materia di protezione internazionale, prevedendosi, in ogni caso, la possibilità di ricorrere dinanzi al giudice avverso il provvedimento di diniego della Commissione territoriale competente¹⁷.

autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione” (punti 59 e 60).

¹⁶ Ed invero, le caratteristiche del ricorso previsto dall'art. 46 della direttiva 2013/32 devono essere determinate conformemente all'art. 47 Carta, che costituisce una riaffermazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva (CGUE 18 ottobre 2018, causa C-662/17, E.G., EU:C:2018:847, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

¹⁷ Non si tratta, tuttavia, di uno *standard* minimo di tutela scontato: a tal proposito, basti ricordare la recente CGUE 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS, FNZ e SA, SA junior, ECLI:EU:C:2020:367, con cui la Corte è

Occorre, tuttavia, che il pur garantito accesso alla tutela giurisdizionale abbia caratteri tali da rendere il rimedio effettivo. Sotto quest'ultimo profilo, sono molteplici gli aspetti che meriterebbero, sul piano di una riflessione più generale di sistema, approfondimento¹⁸; ci si limita qui ad indagarne alcuni per la rilevanza che assumono nell'attuale dibattito giurisprudenziale, correlati alla possibilità per il richiedente protezione di permanere nel territorio in attesa di una decisione definitiva, quale corollario dell'accesso ad un rimedio effettivo.

stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 13 della direttiva 2008/115, in combinato disposto con l'art. 47 Carta, della normativa ungherese in forza della quale la modifica, da parte di un'autorità amministrativa, del Paese di destinazione figurante in una decisione di rimpatrio anteriore, può essere impugnata dal cittadino di un paese terzo interessato solo mediante un ricorso presentato dinanzi a un'autorità amministrativa, le cui decisioni non sono impugnabili in sede giurisdizionale. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha evidenziato che, per quanto l'art. 13 della direttiva ammetta che il ricorso, per essere considerato effettivo, possa essere esperito anche nei confronti di un'autorità amministrativa, una simile facoltà deve comunque essere ricompresa nel perimetro dell'art. 47 Carta. I caratteri di indipendenza ed imparzialità richiesti all'autorità decidente ai fini dell'effettività del ricorso, quali applicazioni dello stato di diritto, presuppongono che un provvedimento adottato da un'autorità amministrativa, che, di per sé, non soddisfi tali requisiti, debba essere sottoposta a un successivo controllo da parte di un organo giurisdizionale; gli Stati membri, pertanto, al fine di assicurare una tutela effettiva, devono necessariamente garantire, almeno in un dato stadio del procedimento decisorio, la possibilità di avviare una causa innanzi ad un organo di natura giurisdizionale. Considerando che, in Ungheria, le decisioni di rimpatrio possono essere contestate esclusivamente innanzi ad un organo di natura amministrativa, direttamente incardinato nel potere esecutivo, la Corte ha ritenuto che, in ragione del principio di separazione tra poteri dello Stato, debba escludersi il carattere d'imparzialità richiesta dall'articolo 47 Carta in campo all'organo nazionale competente. È stata, quindi, riconosciuta al giudice *a quo* la competenza a conoscere del ricorso avverso il provvedimento che ha modificato la destinazione del rimpatrio dei ricorrenti.

¹⁸ Si fa qui riferimento alla previsione di termini di decadenza ragionevoli per la proponibilità del ricorso giurisdizionale con riferimento, in particolare, alle procedure accelerate, nonché al controllo da parte di altro giudice della decisione presa in prima istanza, aspetti che richiedono una verifica del rispetto dei principi generali sovranazionali per come interpretati dalle Corti, in quanto la direttiva procedure non detta disposizioni dettagliate in ordine a tali punti.

Con riguardo alle procedure accelerate si evidenzia solamente che il termine di quindici giorni di cui dispone il ricorrente per proporre il ricorso, di per sé considerato, non pare, in linea di principio, irragionevole in quanto non appare materialmente insufficiente per la preparazione e la presentazione di un ricorso (così, CGUE 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Brabim Samba Dionf*, EU:C:2011:524, punti 65-67), pur dovendosi precisare che il giudice nazionale deve tenere conto, caso per caso, delle difficoltà che possono presentarsi ai richiedenti “*a causa della situazione umana e materiale difficile in cui essi possono trovarsi*” (arg. da CGUE 20 ottobre 2016, causa C-429/15, *Evelyn Danqua*, EU:C:2016:789, punti 46 e 47).

Sulla rimessione in termini del ricorrente, laddove il provvedimento della Commissione territoriale contenga informazioni erronee o contraddittorie rispetto al suo contenuto, vedi Cass. 12 luglio 2019, n. 18860. Resta, inoltre, inteso che, nel caso in cui la Commissione territoriale non abbia dato ingresso alla procedura accelerata e, ciononostante, sia pervenuta ad una decisione di manifesta infondatezza, il termine per impugnare sarà quello ordinario di trenta giorni, e non quello ridotto di quindici, cfr. *ex multis*, Cass. 25 marzo 2020, n. 7520 e Cass. 12 settembre 2019, n. 25876.

Con riguardo all'eliminazione del grado di appello operata dal d.l. n. 13/2017, basti ricordare che Cass. 30 ottobre 2018, n. 27700, e, successivamente, Cass. ord. 17 luglio 2020 n. 15331, hanno dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 *bis*, comma 13, d.lgs. n. 25/2008, per violazione degli artt. 3, comma 1, 24 e 111 Cost., nella parte in cui stabilisce che il procedimento per l'ottenimento della protezione internazionale è definito con decreto non reclamabile, evidenziando che nell'ordinamento italiano il principio del doppio grado di giurisdizione è privo di copertura costituzionale, che tale principio del doppio grado non opera affatto in una pluralità di ipotesi già nel procedimento di cognizione ordinaria, e che l'esclusione dell'impugnazione in appello nella materia della protezione internazionale risulta giustificata dal fine di soddisfare l'esigenza di celerità, nonché dal fatto che il ricorso in esame è preceduto da una fase amministrativa, destinata a svolgersi dinanzi ad un personale dotato di apposita preparazione, nell'ambito del quale l'istante è posto in condizioni di illustrare pienamente le proprie ragioni attraverso il colloquio destinato a svolgersi dinanzi alle Commissioni territoriali. Si osserva, tuttavia, che questi ultimi rilievi non appaiono dirimenti nel senso di escludere una violazione del principio di equivalenza della tutela rispetto a domande aventi anch'esse ad oggetto diritti fondamentali: da un lato, infatti, “*il diritto alla protezione umanitaria ha, al pari del diritto allo status di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi*” (così, Cass. Sez. Un., ord. 27 novembre 2018, n. 30658); non può, quindi, essere considerata “*una politica a sé*”; dall'altro lato, anche le cause la cui giurisdizione spetta al G.A., dove pure si impugna un provvedimento amministrativo emanato al termine di un procedimento amministrativo nel quale la p.a. è tenuta ad essere imparziale, ai sensi dell'art. 97 Cost., prevedono l'appello al Consiglio di Stato.

4.2.1. La sospensione degli effetti del provvedimento di diniego dell'autorità amministrativa e del decreto di rigetto del ricorso del giudice di primo grado

Quali limiti incontra il diritto del richiedente di permanere nel territorio in attesa di una decisione definitiva e come si tutela il suo diritto ad un ricorso effettivo nel bilanciamento con l'interesse dello Stato membro ad eseguire i rimpatri?

Occorre, innanzitutto, premettere, che, in applicazione del principio generale del diritto ad un rimedio effettivo, la direttiva c.d. procedure prevede, quale regola generale, l'effetto sospensivo automatico dei provvedimenti di diniego dell'autorità amministrativa. Ai sensi dell'art. 46, par. 5, infatti, *“gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso”*.

Ed invero, la previsione secondo cui i richiedenti sono autorizzati a permanere nel territorio fino all'esito del ricorso è imprescindibilmente legata all'esercizio dei diritti della difesa, al principio della parità delle armi e del contraddittorio¹⁹, al diritto di ricorso ad un giudice, nonché alla facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare, tutti diritti che rientrano a pieno titolo nel diritto ad un ricorso effettivo²⁰ e che risultano tutti codificati proprio nella direttiva c.d. procedure.

Si fa riferimento, in particolare, al diritto di consultare un avvocato, anche in caso di decisione negativa, sancito dall'art. 22. Sotto questo profilo deve evidenziarsi che, in seguito ad una decisione negativa, la posizione del richiedente protezione diviene “irregolare” ed egli risulta esposto al concreto rischio di un rimpatrio forzato nel paese d'origine; in tal caso, appare estremamente difficile ipotizzare come concreta la possibilità di un confronto con il difensore, allo scopo di concordare una strategia processuale comune.

D'altro canto, ciò permette altresì al ricorrente di contribuire ad un esame completo ed *ex nunc* della domanda da parte dell'autorità giudiziaria, richiesto dal par. 3 dall'art. 46²¹.

La regola generale di sospensione automatica appena illustrata non è priva di eccezioni: è lo stesso par. 5 dell'art. 46, infatti, a fare salvi i casi illustrati nel successivo par. 6, in relazione ai quali è previsto che il giudice è competente a decidere, caso per caso, su istanza del richiedente o d'ufficio, se autorizzare o meno la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato membro²².

¹⁹ Parte integrante del diritto di difesa è certamente il diritto al contraddittorio, che implica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate davanti al giudice e di discuterle: una decisione basata su fatti e documenti di cui le parti non hanno avuto conoscenza e su cui non hanno dunque potuto esprimersi costituirebbe infatti una gravissima lesione del contraddittorio, cfr., sul punto, CGUE 4 giugno 2013, causa C-300/11, ZZ, EU:C:2013:363, punti 55-56.

²⁰ CGUE 26 giugno 2007, causa C- 305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, EU:C:2007:383, punti 29-31; 6 novembre 2012, causa C- 199/11, *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 48.

²¹ Profilo che verrà meglio esaminato *infra*, al par. 2.3.2. Cfr., comunque, sul punto, CGUE 26 luglio 2017, causa C-348/16, *Moussa Sacko*, EU:C:2017:591.

²² Ai sensi del par. 6 *“Qualora sia stata adottata una decisione: a) di ritenere una domanda manifestamente infondata conformemente all'articolo 32, paragrafo 2, o infondata dopo l'esame conformemente all'articolo 31, paragrafo 8, a eccezione dei casi in cui tali decisioni si basano sulle circostanze di cui all'articolo 31, paragrafo 8, lettera b); b) di ritenere inammissibile una domanda a norma dell'articolo 33, paragrafo 2, lettere a), b) o d); c) di respingere la riapertura del caso del richiedente, sospeso ai sensi dell'articolo 28; o d) di non esaminare o di non esaminare esaurientemente la domanda ai sensi dell'articolo 39, un giudice è competente a decidere, su istanza del richiedente o d'ufficio, se autorizzare o meno la permanenza*

Nulla dice, poi, la direttiva in ordine alla sospensione degli effetti del provvedimento emesso dal giudice di primo grado, laddove l'ordinamento nazionale preveda più gradi di giudizio.

Ebbene, nel nostro ordinamento, con riguardo alla prima ipotesi, il legislatore italiano si è avvalso della possibilità di escludere l'automatica sospensione del provvedimento dell'autorità amministrativa, prevedendo che tale esame venga compiuto su domanda del richiedente.

del richiedente nel territorio dello Stato membro, se tale decisione mira a far cessare il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro e, ove il diritto nazionale non preveda in simili casi il diritto di rimanere nello Stato membro in attesa dell'esito del ricorso.

7. Il paragrafo 6 si applica soltanto alle procedure di cui all'articolo 43 a condizione che: a) il richiedente disponga dell'interpretazione e dell'assistenza legale necessarie e, al meno, di una settimana per preparare la domanda e presentare al giudice gli argomenti a sostegno della concessione del diritto di rimanere nel territorio in attesa dell'esito del ricorso; e b) nel quadro dell'esame della domanda di cui al paragrafo 6 il giudice esamini la decisione negativa dell'autorità accertante in termini di fatto e di diritto. Se le condizioni di cui alle lettere a) e b) non sono soddisfatte si applica il paragrafo 5".

Riferimenti normativi

L'art. 35 *bis*, d.lgs. 25/2008 – introdotto dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito nella l. 13 aprile 2017, n. 46 –, ai commi 3 e 4, prevede, infatti, che “*La proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che nelle ipotesi in cui il ricorso viene proposto:*

- a) da parte di un soggetto nei cui confronti è stato adottato un provvedimento di trattenimento in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286;*
- b) avverso il provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale;*
- c) avverso il provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettera b-bis);*
- d) avverso il provvedimento adottato nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 28-bis, comma 2, lettera c).*

In questi casi “*l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa, quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni e assunte, ove occorra, sommarie informazioni, con decreto motivato, pronunciato entro cinque giorni dalla presentazione dell'istanza di sospensione e senza la preventiva convocazione della controparte. Il decreto con il quale è concessa o negata la sospensione del provvedimento impugnato è notificato, a cura della cancelleria e con le modalità di cui al comma 6, unitamente all'istanza di sospensione. Entro cinque giorni dalla notificazione le parti possono depositare note difensive. Entro i cinque giorni successivi alla scadenza del termine di cui al periodo precedente possono essere depositate note di replica. Qualora siano state depositate note ai sensi del terzo e quarto periodo del presente comma, il giudice, con nuovo decreto, da emettersi entro i successivi cinque giorni, conferma, modifica o revoca i provvedimenti già emanati. Il decreto emesso a norma del presente comma non è impugnabile. Nei casi di cui alle lettere b), c) e d), del comma 3 quando l'istanza di sospensione è accolta, al ricorrente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo*”.

Il comma 5, come modificato dal d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, prevedeva, inoltre, che la proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare ai sensi del comma 4 non sospendesse l'efficacia esecutiva del provvedimento che aveva dichiarato inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b), nonché del provvedimento adottato nei confronti del richiedente per il quale ricorrevano i casi e le condizioni di cui all'articolo 32, comma 1-*bis*.

Tale norma è stata di recente sostituita dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173, prevedendosi ora che, la proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare ai sensi del comma 4 non sospende l'efficacia esecutiva unicamente “*del provvedimento che dichiara inammissibile, per la seconda volta, la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ai sensi dell'articolo 29, comma 1, lettera b), ovvero dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale, ai sensi dell'articolo 29 bis*”.

Con riguardo, poi, all'esecutorietà del provvedimento amministrativo nel caso in cui venga rigettato in primo grado il ricorso, la normativa nazionale, innovando rispetto al regime previgente²³, prevede che, in questo caso, la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato venga meno.

²³ Vale la pena ricordare che la Corte di Cassazione (cfr. Cass. 27 luglio 2017, n. 18737, confermata dalle successive Cass. 12 gennaio 2018, n. 699 e Cass. 16 aprile 2018, n. 9357), nel vigore del regime previgente, aveva chiarito che – atteso che la sospensione del provvedimento impugnato era disposta non con provvedimento giudiziale, ma direttamente prevista dalla legge (art. 19, comma 4, d.lgs. 150/2011, come modificato dall'art. 27, comma 1, lett. c), d.lgs. 142/2015) –, doveva ritenersi che l'effetto sospensivo cessasse solo con il passaggio in giudicato della sentenza che definisce l'intero giudizio.

Riferimenti normativi

Ai sensi dell'art. 35-bis, comma 13, "Quando sussistono fondati motivi, il giudice che ha pronunciato il decreto impugnato può disporre la sospensione degli effetti del predetto decreto, con conseguente ripristino, in caso di sospensione di decreto di rigetto, della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione. La sospensione di cui al periodo precedente è disposta su istanza di parte da depositarsi entro cinque giorni dalla proposizione del ricorso per cassazione. La controparte può depositare una propria nota difensiva entro cinque giorni dalla comunicazione, a cura della cancelleria, dell'istanza di sospensione. Il giudice decide entro i successivi cinque giorni con decreto non impugnabile".

4.2.2.1. La sospensiva di cui al comma 4 dell'art. 35 bis

*Quali sono i presupposti per la sospensiva di cui al comma 4?
Il decreto che rigetta l'istanza di sospensione è impugnabile?*

Così delineati, in maniera sommaria, i casi in cui, secondo il diritto nazionale, non vi è automatica sospensione degli effetti del provvedimento amministrativo di diniego, nonché la procedura che deve essere eseguita, occorre esaminare più da vicino le due ipotesi di sospensiva non automatica.

Partendo dalla sospensiva descritta al comma 4, deve innanzitutto ribadirsi che le ipotesi descritte al comma 3, cui il comma 4 fa rinvio non sono altro che la trasposizione di quanto previsto dalla direttiva procedure, all'art. 46, par. 6, già illustrato²⁴.

È il legislatore dell'Unione europea stesso, in questi casi, ad avere operato un bilanciamento tra diritto ad un rimedio effettivo (che, come si è visto, viene compiutamente garantito laddove sia assicurata la permanenza del richiedente sul territorio durante il giudizio) ed esigenza dello Stato membro di assicurare la celere espulsione dei richiedenti le cui domande siano manifestamente infondate o inammissibili (nel caso in cui: un altro Stato membro abbia concesso la protezione internazionale; un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell'articolo 35; la domanda è una domanda reiterata, qualora non

²⁴ Occorre dare comunque atto che, nel vigore della previgente normativa, la quale prevedeva la possibilità, nelle more della decisione sull'istanza cautelare, di dare esecuzione al provvedimento impugnato nel caso in cui la Commissione territoriale avesse dichiarato inammissibile la domanda reiterata, si è posto il problema della sua compatibilità con il par. 8, dell'art. 46, direttiva procedure, ai sensi del quale gli Stati membri devono in ogni caso autorizzare il richiedente a rimanere nel territorio in attesa dell'esito della procedura volta a decidere se questi possa rimanere nel territorio.

Tale garanzia minima di inespellibilità del richiedente, almeno fino al momento in cui il giudice competente per l'impugnazione non abbia deciso sulla sua richiesta di sospensione, infatti, non era soddisfatta. A fronte di siffatta incompatibilità con il diritto sovranazionale, il rimedio più efficace consisteva nel procedere alla disapplicazione della norma nella parte in cui non assicurava l'effetto sospensivo del provvedimento impugnato nelle more della decisione del giudice in relazione all'istanza cautelare, sospendendo l'esecutività del provvedimento impugnato fino al momento della decisione sull'istanza cautelare.

siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE).

Ciò chiarito, facendo riferimento il legislatore alla ricorrenza di “*gravi e circostanziate ragioni*”, è opportuno innanzitutto chiarire cosa si intenda con questa locuzione.

Quali sono i presupposti per la sospensiva di cui al comma 4?

Sul significato da attribuire alle gravi e circostanziate ragioni²⁵, in via generale può ritenersi che tali ragioni sussistano nel caso in cui il giudice ravvisi la ragionevole fondatezza dei motivi su cui si fonda il ricorso o, ancora, anche in via alternativa, il pericolo di un grave pregiudizio nelle more della decisione. Il *periculum*, in effetti, in questa materia, assume particolare rilevanza, tenuto conto che vi è il rischio che il richiedente, nelle more del giudizio, venga espulso verso un Paese d'origine non sicuro.

Il decreto che rigetta l'istanza di sospensione è impugnabile?

Come già evidenziato, il legislatore prevede espressamente che tale provvedimento non sia impugnabile.

Al riguardo, pur dovendosi ribadire che la direttiva procedure nulla disciplina sul punto, con conseguente applicabilità del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, ci si può domandare se tale scelta risulti compatibile con i principi di effettività ed equivalenza della tutela, come già delineati.

Non pare dubitabile il rispetto del principio di effettività della tutela, per come interpretato dalla Corte di giustizia: come si avrà modo di meglio evidenziare nel prosieguo, infatti, il rimedio, per poter essere considerato effettivo, non richiede la sussistenza di un doppio grado di giudizio (cfr., più nel dettaglio, il par. 2.2.3).

Si potrebbero, invece, porre dei dubbi in ordine al rispetto del principio di equivalenza, laddove si qualificasse la sospensiva in esame come un giudizio cautelare, in quanto, come è noto, i provvedimenti cautelari di accoglimento o di rigetto sono sempre reclamabili dinanzi al Collegio ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Non pare, tuttavia, che il provvedimento di sospensiva possa essere accostato *sic et simpliciter* ai procedimenti cautelari.

Al riguardo riveste particolare interesse la pronuncia della Corte costituzionale n. 189/2018 relativa alla sospensiva prevista dall'art. 5, d.lgs. n. 150/2011, la quale, peraltro, pure fa espresso riferimento alle “*gravi e circostanziate ragioni*”, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, sollevate, *inter alia*, con riferimento all'art. 3 Cost. “*Ciò anche in considerazione della natura solo latamente cautelare delle ordinanze che decidono sulla sospensione o meno dell'efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati nelle controversie oggetto del riordino in questione. Ordinanze peraltro strutturalmente analoghe a quelle interne al procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo,*

²⁵ La medesima espressione si rinviene all'art. 5, d.lgs. 150/2011.

nell'ambito del quale del pari non impugnabili sono sia l'ordinanza del giudice della opposizione che decide sull'istanza di concessione della provvisoria esecuzione del decreto (art. 648 cod. proc. civ.), sia l'ordinanza che decide (a contrario) sulla richiesta di sospensione dell'esecuzione provvisoria già concessa inaudita altera parte (art. 649 cod. proc. civ.)"²⁶.

La Corte costituzionale, quindi, non pare attribuire rilievo all'elemento distintivo tra le due fattispecie, costituito dal fatto che, nel caso di cui all'art. 649 c.p.c. si discute della sospensione di un provvedimento giurisdizionale (il decreto ingiuntivo), mentre nel caso di cui all'art. 5, così come nel nostro caso, di un atto amministrativo.

Ciò precisato e dovendosi escludere, sulla scorta della considerazione per cui il procedimento *de quo* è solo latamente cautelare, anche un *vulnus* al principio di effettività della tutela, è opportuno ricordare che, in ogni caso, sarà ammissibile, così come avviene per la sospensiva *ex art. 649 c.p.c.*, in caso di rigetto (diversamente, che in caso di accoglimento²⁷), la reiterazione della domanda.

Tale ricostruzione, del resto, pare suffragata anche dalla Corte di Cassazione, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da un ricorrente che aveva impugnato la decisione del Tribunale di Napoli di non sospendere l'efficacia esecutiva della decisione di diniego della Commissione Territoriale, chiarendo che l'inammissibilità del ricorso discendeva dalla natura non decisoria dell'ordinanza impugnata, avverso la quale il ricorrente avrebbe potuto reiterare la domanda di sospensione, sulla base di elementi diversi²⁸.

4.2.2.2. La sospensiva di cui al comma 13 dell'art. 35 *bis*

Quali i presupposti per la sospensiva ai sensi del comma 13?

Possono ritenersi fondati motivi quelli relativi alla pandemia da Covid-19?

Passando ora ad esaminare la sospensiva di cui al comma 13, appurato che la direttiva procedure nulla indica in ordine alla sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto di una domanda volta ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, occorre chiedersi innanzitutto se una sospensione automatica e generalizzata sia richiesta in applicazione dei principi di effettività ed equivalenza e, in ogni caso, se il rimedio nazionale di cui al comma 13, già illustrato, per come disciplinato, sia idoneo ad assicurare una tutela effettiva ed equivalente del diritto fatto valere.

La Corte di Giustizia ha dato risposta negativa al primo interrogativo con la sentenza X, Y del 2018²⁹: dopo avere ricordato che nessuna delle disposizioni della direttiva procedure impone

²⁶ Corte Cost. 19 ottobre 2018, n. 189.

²⁷ L'art. 649 c.p.c., infatti, chiarisce che l'ordinanza con cui è disposta la sospensione non è impugnabile e, pertanto, nemmeno revocabile, ai sensi dell'art. 177 c.p.c.

²⁸ Cfr. Cass. 12 aprile 2018, n. 9166.

²⁹ CGUE 26 settembre 2018, causa C-180/17, X, Y, EU:C:2018:775. La Corte di Giustizia si è pronunciata su domanda del Raad van State olandese, che le aveva domandato se l'art. 46 della direttiva 2013/32 e l'art. 13 della direttiva 2008/115, letti alla luce dell'art. 18 e dell'art. 19, par. 2, nonché dell'art. 47 Carta, debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, la quale, pur prevedendo un appello contro le sentenze di primo grado confermate di decisioni che respingono domande di protezione internazionale e impongono un obbligo di rimpatrio, non dota tale mezzo di impugnazione

agli Stati membri di riconoscere ai richiedenti protezione internazionale il diritto di proporre appello avverso la decisione giurisdizionale di rigetto della loro domanda in primo grado, né, a maggior ragione, un suo effetto sospensivo automatico, ha affermato che un obbligo siffatto non possa ricavarsi né dalla struttura generale o dalle finalità della direttiva, tenuto conto che il principio di effettività del ricorso di cui all'art. 46, par. 3, della direttiva, si riferisce esclusivamente al primo grado di giudizio, né dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il quale, letto alla luce delle garanzie contenute all'art. 18 e all'art. 19, par. 2, della medesima, richiede unicamente che un richiedente protezione internazionale, la cui domanda sia stata respinta e nei confronti del quale sia stata adottata una decisione di rimpatrio, possa esperire un ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale, e che, quindi, il mero fatto che un grado di giudizio aggiuntivo, previsto dal diritto nazionale, non abbia effetto sospensivo automatico non permette di ritenere che il principio di effettività sia stato violato.

Il medesimo principio di diritto è stato confermato dalla Corte di Giustizia con ordinanza del 27 settembre 2018, in risposta alle pregiudiziali svolte dal Tribunale di Milano relative proprio all'art. 35 *bis*, comma 13^{30,31}.

Chiarito, quindi, che la scelta del legislatore italiano di prevedere la sospensione del decreto di primo grado non in automatico, come avveniva *ante* riforma del 2017, ma unicamente nell'ipotesi in cui venga ravvisata, da parte del giudice, la sussistenza di “*fondati motivi*”, secondo le indicazioni della Corte di Giustizia, non è in contrasto con il diritto ad un rimedio effettivo, occorre, tuttavia, chiedersi se il meccanismo congeniato dalla normativa italiana rispetti i principi di equivalenza e di effettività della tutela.

Due sono i profili della nuova disciplina nazionale che, come evidenziato dal Tribunale di Milano, appaiono problematici: il comma 13, infatti, richiede all'autorità giudiziaria di subordinare la sospensione della decisione di rigetto in primo grado solo alla verifica della sussistenza di “*fondati motivi*”, vale a dire della fondatezza del ricorso in Cassazione, e non al rischio di un danno

di effetto sospensivo automatico, neanche quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non respingimento.

³⁰ CGUE ord. 27 settembre 2018, *FR c. Ministero dell'interno*, causa C-422/18, EU:C:2018:784, punto 36. Il Tribunale di Milano – chiamato a pronunciarsi sul ricorso di un cittadino nigeriano che, dopo aver visto respinta la sua domanda sia dalla Commissione Territoriale, in via amministrativa, che dal Tribunale, in via giurisdizionale, ha proposto ricorso in Cassazione chiedendo al giudice di primo grado la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto – ha sottoposto alla Corte di Giustizia le seguenti questioni interpretative pregiudiziali: se sia compatibile con il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, la previsione di un effetto sospensivo non automatico alle procedure di impugnazione di una decisione di primo grado; se l'interpretazione dei “fondati motivi”, come possibile fondatezza del ricorso in Cassazione, da valutarsi da parte dello stesso giudice che ha emesso il decreto impugnato in Cassazione, sia compatibile con il diritto UE, atteso che il Tribunale potrebbe rigettare l'istanza di sospensiva, così precludendo al ricorrente la possibilità di permanere sul territorio nazionale sino alla conclusione del procedimento volto all'impugnativa del diniego della sua domanda di protezione internazionale.

³¹ Vale la pena rilevare che la pronuncia si pone in parziale difformità con le precedenti pronunce *Tall* e *Abdida*. Con la sentenza 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Abdida*, EU:C:2014:2453, infatti, la Corte di Giustizia, sebbene il diritto derivato (in quel caso l'art. 13 della direttiva “rimpatri”) non prevedesse l'effetto sospensivo del ricorso avverso una decisione di rimpatrio, proprio partendo dal presupposto che le caratteristiche di tale ricorso devono essere determinate conformemente agli artt. 47 e 19, par. 2, Carta di Nizza, letti alla luce delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, era giunta alla conclusione che l'effettività del ricorso impone che lo straniero disponga di un ricorso con effetto sospensivo *ex lege*, in casi “*caratterizzati dalla gravità e dall'irreparabilità del pregiudizio derivante dall'allontanamento (...) verso un paese in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti*” (punto 50).

Proprio in applicazione del principio di *non refoulement*, inoltre, nella sentenza 17 dicembre 2015, causa C-239/14, *Tall*, EU:C:2015:824, la Corte di giustizia aveva riconosciuto che il ricorso giurisdizionale deve avere effetti sospensivi *ex lege* anche nelle ipotesi prescritte dall'art. 46, par. 6, della direttiva 2013/32 (non oggetto di sospensione automatica), ogniquale volta la decisione di rigetto impugnata sia in grado di esporre il ricorrente ad un rischio di trattamento contrario all'art. 3 CEDU.

grave e irreparabile per il ricorrente; la valutazione di fondatezza dell'impugnazione, d'altra parte, è demandata al medesimo giudice che in primo grado ha già rigettato il ricorso³².

Ed invero, come evidenziato dal Tribunale di Milano nell'ordinanza di rinvio, l'identità tra il giudice che ha emesso in primo grado la decisione negativa e l'autorità adita in sede di sospensiva, porterebbe con sé il pericolo di una compromissione dell'indipendenza ed imparzialità dell'organo giudicante nel decidere in merito alla sospensione del decreto, poiché il medesimo giudice, in seguito al ricorso di impugnazione, si trova a valutare una seconda volta, sia pure sommariamente, la fondatezza della propria precedente decisione; l'irragionevolezza di una scelta siffatta, secondo l'ordinanza di rinvio, si manifesta anche sotto il profilo del rispetto del principio di equivalenza, in quanto il codice di procedura civile italiano, quando demanda al giudice che si è già pronunciato nel merito di valutare, in sede cautelare, la sospensione del provvedimento pendente il ricorso, fonda la sua valutazione sul rischio di un danno grave ed irreparabile, senza dare, invece, rilievo all'elemento della fondatezza del ricorso (così l'art. 373 c.p.c.).

Ebbene, con riguardo a quest'ultimo profilo, la Corte di Giustizia, si è limitata a demandare al giudice nazionale il compito di verificare *“la somiglianza tra i ricorsi di cui trattasi”* quanto ad oggetto, causa ed elementi essenziali, senza null'altro statuire³³; è, poi, rimasta silente con riguardo alla violazione del principio di imparzialità del giudice.

Ciò posto, le questioni aperte che permangono in relazione a siffatti aspetti dopo la pronuncia della Corte di giustizia, inducono a ragionare sull'interpretazione da dare all'espressione *“fondati motivi”* di cui all'art. 35 *bis*, comma 13.

Quali i presupposti per la sospensiva ai sensi del comma 13?
--

Come già evidenziato, secondo il suo significato letterale, la locuzione *“fondati motivi”* dovrebbe essere intesa come sommaria delibazione circa la fondatezza dell'impugnazione proposta in Cassazione.

In questo senso, il Tribunale di Napoli, con decreto dell'8 luglio 2019, ha ritenuto che il giudice di primo grado, investito dell'istanza di sospensione, debba procedere ad una valutazione

³² Non sembra, tuttavia, che vi siano spazi per affermare che sussista, in questi casi, un'ipotesi di incompatibilità tra il giudice estensore e i componenti del Collegio che avevano deciso il provvedimento impugnato in Cassazione e i giudici chiamati a decidere sulla sospensiva, che possa dare luogo ad un obbligo di astensione ex art. 51 c.p.c.: sul punto si può richiamare Corte cost., 23 dicembre 2015, n. 460, che ha stabilito come l'obbligo di astensione, presuppone che il procedimento che si svolge dinanzi al medesimo ufficio giudiziario sia solo apparentemente bifasico, mentre, in realtà, esso, per le caratteristiche decisorie potenzialmente definitive del provvedimento che chiude la prima fase, e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi si articola in due momenti, il secondo dei quali assume valore di vera e propria impugnazione e acquista in tal modo i caratteri essenziali di “altro grado del processo”. Ebbene, nel caso di specie, il procedimento di sospensione ha un oggetto diverso da quello di impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione, sicché non può qualificarsi come altro grado del processo.

³³ La Corte ha statuito, al punto 44, *“Per quanto riguarda la comparabilità dei ricorsi, spetta al giudice nazionale, che dispone di una conoscenza diretta delle modalità processuali applicabili, verificare la somiglianza tra i ricorsi di cui trattasi quanto a oggetto, causa ed elementi essenziali [sentenza del 26 settembre 2018, Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (effetto sospensivo dell'appello), C-180/17, EU:C:2018:775, punto 39 e giurisprudenza ivi citata]”*.

evidentemente sommaria e cautelare in ordine alla verosimiglianza dell'accoglimento del ricorso da parte della Corte di Cassazione.

Si riscontrano, tuttavia, posizioni eterogenee sul punto da parte della giurisprudenza di merito.

Il Tribunale di Milano, con decreto del 26 giugno 2019, ha affermato che “*fondati motivi*” possano essere sia aspetti legati ad un esame sommario della possibile fondatezza del ricorso, nel senso di consentire, ad esempio, la valutazione di questioni processuali già deliberate dalla Corte di Cassazione, come ad esempio la riforma dei decreti emessi all’esito di procedimenti nei quali non era stata fissata l’udienza, sia questioni relative alla prospettazione di nuove e ulteriori circostanze, suscettibili di autonoma valutazione, in forza del principio di equivalenza, anche sotto il profilo della irreparabilità del danno derivante dalla esecutività del decreto oggetto di impugnazione.

Altri Tribunali hanno ritenuto, nel valutare la sussistenza dei fondati motivi, che, trattandosi di istanza in materia cautelare, nella valutazione della domanda di sospensiva debba esservi necessariamente una valutazione del *periculum in mora*, in relazione al grave ed irreparabile danno che possa derivare al ricorrente dalla messa in esecuzione della decisione, anche in ragione di un’interpretazione costituzionalmente orientata.

In particolare, il Tribunale di Bologna, con decreto del 27 ottobre 2018, ai fini del *fumus boni iuris* ha valutato che i motivi dedotti (con riguardo alle contestate violazioni di cui agli artt. 3 e 14, lett. b), d.lgs. 251/2007, art. 5 comma 6, d.lgs. 286/98) si traducevano astrattamente in violazioni di legge e, con riferimento al *periculum in mora*, che, a prescindere dalla fuoriuscita dal sistema di accoglienza, la perdita dell’attività lavorativa, reperita in epoca successiva al decreto di rigetto, avrebbe determinato un grave pregiudizio al ricorrente.

Il Tribunale di Firenze, con decreto del 28 agosto 2019, richiamando espressamente la decisione resa dalla Corte di Giustizia nella causa C-422/18, ha rilevato che i “*fondati motivi*” dovevano essere vagliati sia alla luce del *fumus boni iuris*, consistente in una prognosi di fondatezza dei motivi di gravame, sia con riferimento al *periculum in mora*, come nell’ipotesi di cui all’art. 283 c.p.c., disposizione che disciplina una fattispecie analoga.

Il Tribunale di Catanzaro, con decreto del 20 settembre 2018, pochi giorni prima della decisione della Corte di giustizia, ha ritenuto non conforme al diritto UE la previsione che subordina la sospensione del provvedimento impugnato all’esclusiva valutazione dei “*fondati motivi*” del ricorso, espressione che rinvia alla valutazione della fondatezza nel merito del proposto ricorso in Cassazione e non già del *periculum in mora*, ossia sul pericolo di pregiudizio nel caso di rimpatrio del richiedente, evidenziando come il principio sovranazionale di *non refoulement* imponga di valutare anche la sussistenza di un pericolo di pregiudizio per il ricorrente in caso di rientro nel Paese di origine nei termini di cui all’art. 3 CEDU.

Infine, il Tribunale di Cagliari, con decreto del 12 giugno 2020, ha sospeso l’efficacia esecutiva del decreto di rigetto della domanda di protezione, ritenendo che i “*fondati motivi*” possano ritenersi integrati in ragione di una condizione di “*grave vulnerabilità*” in capo al ricorrente, nel caso di specie rinvenuta nel fatto che il ricorrente avesse abbandonato il Paese d’origine quando era ancora minorenne, sicché tale scelta non poteva costituire il frutto di una ponderata valutazione di convenienza economica, ma, piuttosto, appariva “*dettata dal bisogno impellente e dalla percezione istintiva di non poter avere una vita dignitosa nel quadro sociale e familiare di riferimento*”, nonché

una condizione di instabilità politica e sociale del Paese di origine (il Gambia), che, pur non rilevando ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, rendeva maggiormente gravosa la condizione a cui sarebbe stato esposto il ricorrente in caso di rimpatrio forzoso.

Si può, quindi, concludere che la giurisprudenza di merito assolutamente maggioritaria ritiene necessario e sufficiente verificare la sussistenza di un pericolo per il richiedente laddove venga rimpatriato al fine di concedere la sospensiva, invocando ora un'interpretazione conforme al diritto UE, ora analogica di altre norme nazionali, come l'art. 283 c.p.c.

In verità, più che di interpretazione conforme – ammissibile solo a patto che si ritenga il ragionamento dei giudici di merito non *contra legem* – potrebbe ritenersi che si tratti di una disapplicazione della disciplina dettata per l'art. 35 *bis*, in applicazione dei principi di equivalenza ed effettività della tutela.

La violazione di tali principi ad opera della norma in commento, laddove interpretata in modo letterale, del resto, potrebbe configurare altresì una violazione degli artt. 11 e 117 Cost., che impongono il rispetto del principio di equivalenza, quale principio di diritto UE, oltre che degli artt. 3, 24 e 111, comma 2, Cost., letti anche alla luce dell'art. 6 CEDU.

In un'ottica di tutela multilivello, potrebbe, quindi, essere utile sottoporre una questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, anche solo al fine di verificare se sia davvero ipotizzabile un'interpretazione conforme della disciplina (in quel caso, infatti, la Corte potrebbe in ogni caso pronunciarsi con una pronuncia interpretativa di rigetto).

Ad oggi, la Corte di Cassazione³⁴, senza smentire la tesi secondo cui l'espressione “*fondati motivi*” deve essere intesa quale vaglio sulla fondatezza del ricorso, non ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-*bis*, comma 13, giustificando la diversità di disciplina tra l'art. 35-*bis* e l'art. 373 c.p.c. alla luce della “*diversità dei rispettivi ambiti applicativi, operando l'art. 35 bis in un sistema speciale, qual è quello della “politica nazionale in tema di immigrazione”, nel quale il legislatore ordinario ha “un’ampia discrezionalità”, come la ha nella disciplina degli istituti processuali, e dove vi è l’esigenza di celere attuazione delle decisioni giurisdizionali*”³⁵.

Possono ritenersi fondati motivi quelli relativi alla pandemia da Covid-19?

In applicazione di quanto appena rilevato in ordine alla necessità di interpretare i “*fondati motivi*” nel senso di valutare, se del caso, anche il grave ed irreparabile danno, la giurisprudenza di merito, durante l'emergenza sanitaria in atto, ha ritenuto che anche ragioni relative alla pandemia possano integrare i fondati motivi che consentono la sospensione.

In particolare, il Tribunale di Milano, con decreto del 14 maggio 2020, ha ritenuto che, nell'esame del *periculum* non può prescindere dalla considerazione della eccezionale emergenza sanitaria determinata dall'epidemia da virus COVID-19 e dalle eccezionali misure adottate dal

³⁴ Cfr. Cass. 13 dicembre 2018, n. 32319; Cass. 13 dicembre 2018, n. 32321.

³⁵ Deve rilevarsi, tuttavia, che le argomentazioni della Suprema Corte non tengono conto del fatto che il giudizio in questione, come si avrà modo di approfondire *infra* al par. 3 è un giudizio volto al riconoscimento di un diritto fondamentale.

Governo per contrastarla³⁶, rilevando che il rigetto della sospensione comporterebbe la revoca in capo al richiedente del permesso di soggiorno temporaneo per richiesta di asilo, che precluderebbe, di conseguenza, l'accesso del richiedente al servizio sanitario nazionale ed alle cure del medico di famiglia, con conseguente impossibilità di osservanza delle prescrizioni dell'Istituto Superiore della Sanità a tutela della salute individuale e collettiva.

Ed invero la condizione di irregolarità precluderebbe al richiedente asilo di rivolgersi al medico di famiglia per l'avvio delle procedure di monitoraggio e verifica della malattia al di fuori del circuito ospedaliero, con conseguente incremento del rischio per la salute individuale e collettiva che le suddette misure mirano, invece, a prevenire³⁷.

In questo contesto, l'eccezionale situazione di pandemia, secondo il Tribunale di Milano, rende concreto ed attuale un pregiudizio grave ed irreparabile per la salute individuale e collettiva per il caso di rigetto dell'istanza di sospensione, che, pertanto, deve essere accolta.

³⁶ Il Tribunale, in particolare, ha rilevato che, al fine di contrastare la diffusione dell'epidemia il Governo, con DPCM dell'8, 9, 11 e 22 marzo, ha imposto progressive stringenti limitazioni al movimento delle persone a tutela della salute individuale e collettiva, sancendo, infine, con il decreto del 22 marzo, il divieto di allontanamento dalla dimora attuale, salve ragioni di lavoro, assoluta urgenza o salute.

Al fine di tutelare il personale sanitario operante degli ospedali e le persone ivi degenti ed assicurare una razionale organizzazione delle cure, sempre a tutela della salute individuale e collettiva, l'Istituto Superiore della Sanità (ISS), in collaborazione con lo European Centre for Disease Control e il Ministero della Salute, ha inoltre diffuso, il 9 marzo 2020, prescrizioni per le persone che presentino sintomi della malattia. Le istruzioni dell'ISS prevedono che la persona con sintomi: debba restare in casa e consultare il medico di famiglia, il pediatra o la guardia medica; non debba accedere al pronto soccorso per evitare di contagiare altre persone; possa essere avviato ad un test sulla presenza del virus solo quando il medico di famiglia lo ritenga necessario.

³⁷ Sul punto il Tribunale ricorda che l'art. 34 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) che regola l'Assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale (S.S.N.) stabilisce, al comma 1, che: *"Hanno l'obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale e hanno parità di trattamento e di piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per (punto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale: (...)) b) gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza"*.

La circolare del 24 marzo 2000 n. 5 del Ministero della Sanità, intitolata *"Indicazioni applicative del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero - Disposizioni in materia di assistenza sanitaria"*, chiarisce che, ai sensi dell'articolo 34 del T.U. sull'immigrazione, sono destinatari della iscrizione obbligatoria al S.S.N. *"tutti gli stranieri che, in relazione alle disposizioni che disciplinano il rilascio del permesso di soggiorno, abbiano ottenuto il permesso stesso o ne abbiano chiesto il rinnovo per i seguenti motivi: (...) 6) richiesta di asilo (...); l'iscrizione obbligatoria riguarda coloro che hanno presentato richiesta di asilo sia politico che umanitario. Rientra in questa fattispecie la tutela del periodo che va dalla richiesta all'emanazione del provvedimento, incluso il periodo dell'eventuale ricorso contro il provvedimento di diniego del rilascio del permesso di soggiorno, e viene documentata mediante esibizione della ricevuta di presentazione dell'istanza alle autorità di polizia"*. La circolare chiarisce ulteriormente che *"in presenza di tali requisiti e presupposti non soltanto si deve provvedere, anche d'ufficio, all'iscrizione al S.S.N. ma altresì ad erogare immediatamente le prestazioni sanitarie necessarie"* e che si debba, invece, *"procedere alla cancellazione contestualmente alla scadenza o alla revoca del permesso di soggiorno"*.

La tutela sanitaria degli stranieri cui sia, appunto, revocato il permesso di soggiorno è invece regolata dal successivo articolo 35 del testo unico sull'immigrazione che, al comma 3, stabilisce quanto segue: *"Ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. Sono, in particolare garantiti: (...) c) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai"*. La già menzionata circolare del 24 marzo 2000 n. 5 chiarisce poi che *"In ordine alla tipologia di prestazioni previste dal terzo comma dell'art. 35 del testo unico (...) per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona; per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)"*. Da qui la conclusione, condivisibile, che la revoca del permesso di soggiorno, con cancellazione dell'iscrizione al servizio sanitario nazionale, consentirebbe al ricorrente di rivolgersi solo a cure "ospedaliere", urgenti o essenziali, e gli precluderebbe invece di rivolgersi al medico di famiglia.

4.3. Il rimedio effettivo endoprocessuale

In che modo il diritto ad un rimedio effettivo nel processo si riverbera sui principi e sulle regole della procedura civile?

In cosa si sostanzia il c.d. dovere di cooperazione istruttoria del giudice?

Come si bilancia l'obbligo in capo al giudice di garantire un esame completo ed ex nunc della domanda con l'esigenza di garantire una definizione celere del processo?

Passando ora ad esaminare il diritto ad un rimedio effettivo quale diritto nel processo, che, come già evidenziato, ricomprende il diritto al contraddittorio e alla parità delle armi, nonché eventuali alleggerimenti dell'onere probatorio in capo al richiedente, occorre innanzitutto evidenziare l'importanza che assumono, nel garantire un rimedio effettivo, il diritto all'udienza e il diritto ad essere ascoltati personalmente.

Al riguardo, vale la pena ricordare che il richiedente solitamente non è in grado di documentare, o di documentare in maniera precisa e completa, la propria condizione legittimante l'invocata forma di tutela, tenuto altresì conto della sua condizione di fuggitivo dal proprio Paese; viene, pertanto, attribuito al richiedente unicamente l'onere di allegare in modo specifico e il più possibile completo i fatti che integrano la sua storia personale e che comunque sono posti a base della sua domanda di protezione; spetta, poi, al giudice, in ossequio ad un dovere di cooperazione istruttoria, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 8, comma 3, e art. 35-*bis*, comma 9, d.lgs. n. 25/2008, attivarsi, consultando le fonti internazionali a sua disposizione e svolgendo ogni altro accertamento ritenuto opportuno, al fine di acquisire la conferma delle allegazioni del richiedente e di verificare l'effettiva condizione dello Stato di provenienza di quest'ultimo, fermo restando che i fatti allegati devono essere ritenuti veritieri qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 251/2007.

Ed invero, poiché il richiedente non è in possesso di fonti documentali o testimoniali e non può che fondare la domanda sulle proprie dichiarazioni, le dichiarazioni rese dallo stesso, se ritenute credibili, costituiscono la prova "principe" del processo; si deve, pertanto, assicurare al richiedente la possibilità di rendere le proprie dichiarazioni in sede giudiziale, in modo completo e idoneo ad assicurare la pienezza del contraddittorio e la completa esplicazione del diritto di difesa e a garantire che il giudice possa decidere sulla domanda di protezione in base ad una conoscenza effettiva e diretta della storia personale e dell'atteggiamento dello straniero.

Sotto quest'ultimo profilo, il diritto ad essere sentiti si intreccia inevitabilmente con l'obbligo in capo al giudice di garantire un esame completo ed *ex nunc* della domanda: si può invero affermare che l'audizione del ricorrente è il momento centrale in cui il dovere di cooperazione può adempiersi.

Tanto premesso, anche con riguardo al rimedio effettivo endoprocessuale, deve evidenziarsi che, nella pratica, si pone la necessità di operare un bilanciamento di tale diritto con altre esigenze, tra cui spicca quella di garantire una definizione celere del processo nell'interesse tanto dello Stato membro quanto dello stesso richiedente, nonché di utilizzare in maniera efficiente la risorsa giustizia, che, come noto, costituisce una risorsa limitata.

Occorrerà, pertanto, nell'esaminare la disciplina nazionale del processo, come descritta a livello normativo ed interpretata dalla giurisprudenza interna, tenere sempre a mente l'esistenza di una tensione tra valori in parte confliggenti, andando a verificare in quali ipotesi una compressione del rimedio effettivo possa ritenersi ammissibile, anche alla luce dei principi sovranazionali.

Ciò chiarito, va altresì evidenziato, sempre in via preliminare, che le nozioni del diritto all'udienza e del diritto ad essere sentiti devono essere tenute distinte: se è evidente, infatti, che il diritto del richiedente ad essere ascoltato personalmente dal "suo" giudice si realizza all'udienza all'uopo fissata, e, quindi, la presuppone, al contrario, non necessariamente all'udienza fissata per la comparizione delle parti si procederà all'audizione del richiedente protezione.

La sostanziale differenza tra udienza e audizione emerge con tutta evidenza ai tempi del Covid: laddove, infatti, il giudice non ritenga necessario sentire nuovamente il ricorrente, disponendo già di tutti gli elementi ai fini della decisione, il contraddittorio processuale potrà essere assicurato anche con lo scambio di note scritte, così come previsto dapprima dall'art. 83.7, lett h), d.l. n. 18/2020 e poi dall'art. 221 d.l. 34/2020, le cui disposizioni sono state prorogate, ad oggi, al 31.7.2021.

Mentre l'udienza, per come configurata, non si discosta da una qualsiasi udienza dinnanzi al giudice delegato dal Collegio, sicché non occorre soffermarsi sul suo svolgimento, può essere, invece, utile provare ad inquadrare, dal punto di vista processualcivilistico, l'audizione del richiedente, quale mezzo di prova.

Sul punto, deve ritenersi che le dichiarazioni rese dal richiedente al giudice istruttore debbano essere qualificate come prova costituenda tipica, con *iter* procedimentalizzato di valutazione, come si desume dalla previsione di cui all'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 251/2007³⁸.

Ed invero, la dichiarazione del richiedente costituisce strumento di assolvimento dell'onere probatorio di parte e non di adempimento di un obbligo processuale, anche se può essere ammessa, oltre che su istanza di tutte le parti, anche d'ufficio.

Poiché, quindi, la dichiarazione del richiedente può produrre la piena prova dei fatti allegati, il procedimento della sua assunzione non è innanzitutto un interrogatorio libero ai sensi dell'art. 117 c.p.c., anche se connotato dal dovere di cooperazione istruttorio e quindi sottratto al principio dispositivo, in quanto, in questo caso, le dichiarazioni rese dalle parti al giudice non costituiscono una prova ai sensi della norma citata.

Al tempo stesso, come si evince anche dalla formulazione dell'art. 3, comma 5, citato, la dichiarazione resa dal richiedente al giudice non è né una prova legale, come la confessione resa

³⁸ La norma così recita: *"Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che: a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il primo possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile"*.

in sede di interrogatorio formale, né un mero argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., ma una prova libera, ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.p.c.

4.3.1. Il diritto all'udienza

Il diritto all'udienza viene riconosciuto, a livello sovranazionale, come un diritto assoluto o suscettibile di compressione nel bilanciamento con altri valori, tra cui l'esigenza di ottenere una decisione in tempi rapidi?

Passando ad esaminare più nel dettaglio come è strutturata la fase di trattazione ed istruttoria del processo di primo grado in questa materia, occorre prendere le mosse dall'art. 35 *bis*, introdotto dal d.l. n. 13/2017, che, al comma 9, prevede, quale regola generale, che la decisione venga emessa in Camera di Consiglio³⁹ dopo un contraddittorio cartolare e senza trattazione in udienza.

Il comma 10, dedicato ai casi in cui il giudice ritenga di esercitare i suoi poteri officiosi in adempimento del dovere di cooperazione, e il comma 11 dell'art. 35 *bis*, indicano, invece, i casi nei quali è fissata udienza di comparizione delle parti, adempimento che, nel rito delineato dalla norma in esame, assume carattere eccezionale.

Riferimenti normativi

Ai sensi dell'art. 35 *bis*, comma 10, *“È fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente quando il giudice:*

- a) visionata la videoregistrazione di cui al comma 8, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato;*
- b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti;*
- c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova.*

Il comma 11 dispone, poi, *“L'udienza è altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi:*

- a) la videoregistrazione non è disponibile;*
- b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione;*
- c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado”.*

Il processo, quindi, in ciò discostandosi dai riti descritti nel codice di procedura civile, non prevede lo svolgimento della trattazione, passandosi direttamente dalla fase introduttiva alla fase decisoria, fatte salve le eccezioni appena indicate.

³⁹ La Corte di Cassazione, con sentenza 5 luglio 2018, n. 17717, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del nuovo rito camerale speciale, ritenendo che *“il procedimento camerale, da sempre impiegato anche per la trattazione di controversie su diritti e status, sia idoneo a garantire l'adeguato dispiegarsi del contraddittorio con riguardo al riconoscimento della protezione internazionale, neppure potendo riconoscersi rilievo all'eventualità della soppressione dell'udienza di comparizione, sia perché essa è circoscritta a particolari frangenti nei quali la celebrazione dell'udienza si risolverebbe in un superfluo adempimento, tenuto conto dell'attività in precedenza svolta, sia perché il contraddittorio è comunque pienamente garantito dal deposito di difese scritte”*; nel senso che il legislatore, al fine di accelerare il processo, è libero di adottare il rito camerale anche per la tutela dei diritti soggettivi e degli *status* e che tale procedimento non è, di per sé, lesivo del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., cfr. anche Corte cost. 26 febbraio 2002, n. 35; 30 gennaio 2002, n. 1; 23 aprile 1998, n. 141; 31 marzo 1994, n. 121; 14 dicembre 1989, n. 543. v. anche Cass. 6 novembre 2018, n. 28205.

Un processo che elimini la fase di trattazione è sicuramente suscettibile di realizzare l'esigenza di ottenere una decisione in tempi rapidi⁴⁰; appare chiaro, infatti, che la fissazione dell'udienza è suscettibile, in astratto, di determinare un allungamento dei tempi giudiziari.

Ciononostante, come già evidenziato, l'esigenza di rendere più rapida possibile la definizione del giudizio necessita di adeguato bilanciamento con il diritto ad un rimedio effettivo endoprocessuale, che è certamente valore preminente.

Il diritto all'udienza viene riconosciuto, a livello sovranazionale, come un diritto assoluto o suscettibile di compressione nel bilanciamento con altri valori, tra cui l'esigenza di ottenere una decisione in tempi rapidi?

Occorre, allora, innanzitutto chiedersi se il diritto allo svolgimento dell'udienza, quale corollario del diritto ad un rimedio effettivo nel senso appena indicato, debba essere qualificato come diritto assoluto, insuscettibile di compressione, o se, invece, il diritto in questione possa, a determinate condizioni, essere limitato (ragionamento che, invero, può essere replicato anche in relazione agli altri diritti endoprocessuali in cui si articola il diritto ad un rimedio effettivo).

Sul punto, partendo dall'analisi delle fonti di diritto sovranazionale, si deve rilevare che né la CEDU né la Carta di Nizza, per come interpretate dalle Corti sovranazionali, considerano il diritto all'udienza un diritto assoluto.

Prima di addentrarsi nell'analisi della giurisprudenza sovranazionale sul diritto all'udienza, vale, tuttavia, la pena chiarire che l'art. 6 CEDU, secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, non risulta applicabile in via diretta alla materia della protezione internazionale.

Al riguardo merita di essere richiamata la pronuncia della Corte EDU *Maaouia c. Francia*⁴¹, che ha negato l'applicabilità della norma in questione al settore dell'immigrazione, evidenziando che, con il Protocollo n. 7 CEDU, gli Stati contraenti avevano previsto specifiche garanzie procedurali in tema di espulsione degli stranieri, sicché doveva escludersi che volessero ricondurre questi procedimenti all'art. 6, par. 1. A questa conclusione, secondo la pronuncia in esame, non è di ostacolo né il fatto che l'ordine di espulsione possa avere, accessoriamente, delle conseguenze sulla vita familiare o sull'attività lavorativa dell'immigrato, potenzialmente rilevanti *ex art. 8 CEDU*, né il fatto che esso possa avere un'apparenza sanzionatoria, poiché tali tipologie di misure, nella maggior parte degli Stati contraenti, costituiscono misure di prevenzione specifica in materia di polizia degli stranieri, per cui si tratta di misure amministrative e non già penali.

⁴⁰ Sul punto si ricorda il considerando 20 della direttiva 2013/32: “*In circostanze ben definite per le quali una domanda potrebbe essere infondata o vi sono gravi preoccupazioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, gli Stati membri dovrebbero poter accelerare la procedura di esame, introducendo in particolare termini più brevi, ma ragionevoli, in talune fasi procedurali, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo e un accesso effettivo del richiedente ai principi fondamentali e alle garanzie previsti dalla presente direttiva*”.

⁴¹ Corte EDU, Grande Chambre, 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98. v. già Commissione EDU, 16 ottobre 1986, *Lukka c. Regno Unito*, ric. n. 12122/86. Nella giurisprudenza successiva, Corte EDU 28 febbraio 2002, *Mehemi c. Francia*, ric. n. 53470/99; 18 aprile 2002 *Aronica c. Germania*, ric. n. 72032/01; 17 aprile 2003, *Yılmaz c. Germania*, ric. n. 52853/99; 4 gennaio 2005, *Naumov c. Albania*, ric. n. 10513/03.

L'esclusione della diretta applicabilità dell'art. 6 CEDU⁴², non comporta, tuttavia, che l'interpretazione datane dalla Corte EDU non possa essere utilizzata con riferimento all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali, che ne riproduce il dettato: al riguardo basti ricordare il dettato dell'art. 52, par. 3, Carta, ai sensi del quale il significato e la portata dei diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione (sebbene non sia precluso al diritto dell'Unione concedere una protezione più estesa).

D'altro canto, anche escludendo l'applicazione dell'art. 6 CEDU al procedimento di asilo, viene in ogni caso in rilievo il diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 13 CEDU, anche in relazione al principio di *non refoulement*. Ed invero, ai sensi degli artt. 2, 3 e 13 CEDU, letti in combinato disposto, le autorità nazionali sono tenute a garantire allo straniero la possibilità, concreta ed effettiva, di proporre domanda di asilo e far valere, così, che in caso di espulsione verso il Paese di origine egli rischierà la vita ovvero sarà sottoposto a tortura o altri maltrattamenti vietati dall'art. 3 CEDU⁴³, nonché, a fronte di una decisione di espulsione, anche conseguente ad un diniego di protezione internazionale, di disporre di un ricorso ad effetto sospensivo, quantomeno nella misura in cui egli possa invocare in maniera "difendibile" che tale misura lo espone al rischio di violazioni degli artt. 2 o 3 CEDU⁴⁴.

Ciò chiarito in via generale in ordine alle norme sovranazionali a cui occorre fare riferimento quale parametro per stabilire entro che limiti il diritto all'udienza sia suscettibile di compressione, bisogna partire dalla premessa che, secondo la Corte di Giustizia, l'art. 47 della Carta non attribuisce un diritto all'udienza assoluto, per cui dell'udienza è consentito fare a meno allorché essa "*non sia necessaria a causa di circostanze eccezionali del caso, per esempio quando non si pongano questioni di fatto o di diritto che non possano essere adeguatamente risolte sulla base dei documenti allegati e delle osservazioni scritte dalle parti*"⁴⁵.

L'esclusione di ogni automatismo nella fissazione dell'udienza da parte del legislatore nazionale non appare, quindi, di per sé, in contrasto con il diritto sovranazionale.

Come già accennato, però, l'udienza assume certamente un ruolo centrale nell'assicurare l'esame *ex nunc* delle questioni di fatto rilevanti da parte del giudice.

Alla luce di tale stretto legame, secondo un'interpretazione comunitariamente orientata della normativa nazionale, deve ritenersi che i commi 10 e 11 dell'art. 35 *bis* debbano essere letti come norme elastiche, nel senso di ammettere che il Giudice abbia la facoltà di fissare l'udienza in tutti i casi in cui vi sia la necessità di acquisire ulteriori elementi necessari per la decisione, in ossequio al dovere di cooperazione e, quindi, anche in assenza di motivata richiesta della parte;

⁴² Si ricorda qui che, comunque, il citato Protocollo 7 contiene garanzie processuali coerenti con l'art. 6 CEDU e che l'art. 7 Protocollo prevede l'applicazione di tutte le altre norme CEDU.

⁴³ Ne discende che l'assenza di informazioni chiare e comprensibili al richiedente sui suoi diritti in materia, l'assenza di mediazione linguistica e culturale, difficoltà pratiche di accesso agli uffici competenti, la carenza di formazione del personale addetto possono annoverarsi tra gli elementi atti a inficiare la concreta accessibilità della procedura di asilo e, dunque, l'effettività del rimedio ex art. 13 CEDU, tenuto conto anche delle condizioni materiali in cui versano i richiedenti asilo. In tal senso, v. Corte EDU, *Sharifi e altri*, parr. 167 ss., sviluppando quanto già affermato da Corte EDU, Grande Chambre, *M.S.S.*, parr. 286 ss.

⁴⁴ V. Corte EDU 13 dicembre 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, ric. n. 22689/07, par. 82.

⁴⁵ CGUE 4 giugno 2015, causa C-682/13 P, *Andechser Molkerei Scheitz*, EU:C:2015:356. I medesimi principi sono stati affermati dalla Corte EDU: cfr. 12 novembre 2002, *Dory c. Svezia*; 23 febbraio 1994, *Fredin c. Svezia*; 26 aprile 1995, *Fischer c. Austria*.

del resto, la lettera b) del comma 10 sembra prevedere proprio tale ipotesi, che può verificarsi, ad esempio, nel caso in cui le dichiarazioni del richiedente necessitino di approfondimento istruttorio relativo alle attuali condizioni socio-politiche del Paese o di alcune aree dello stesso.

Deve, quindi, ritenersi che il giudice conservi sempre la facoltà di fissare l'udienza nelle condizioni di cui sopra, facoltà che deve essere garantita dal legislatore nazionale.

Ebbene, le disposizioni nazionali oggetto di esame, nelle ipotesi di cui al comma 10, lett. c), e comma 11, lett. a) e c), guardando alla loro formulazione letterale, sembrano prevedere non già una facoltà ma un obbligo in capo al giudice di fissazione dell'udienza⁴⁶.

Le ipotesi di cui al comma 10, lett. c), e comma 11, lett. c), non sono particolarmente problematiche, in quanto, in entrambi i casi, la fissazione dell'udienza appare la naturale conseguenza vuoi dell'ammissione dei mezzi di prova, vuoi dell'introduzione di un *novum* nel processo, sicché l'obbligo discende dal rispetto del principio di leale cooperazione con il richiedente asilo.

In particolare, per quanto attiene all'ipotesi disciplinata dal comma 11, lett. c) (ossia il caso in cui l'impugnazione si fondi su elementi non dedotti nel corso della procedura amministrativa), si ricorda qui che, secondo l'interpretazione preferibile, all'esito della fase amministrativa non si verifica alcuna preclusione in punto di allegazione di fatti; ed invero, il giudizio *ex art. 35 bis* non integra impugnazione in senso stretto del provvedimento amministrativo della Commissione territoriale competente, ma consiste in un giudizio che ha ad oggetto il diritto del ricorrente a vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria o il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, e comporta un completo riesame nel merito della domanda.

Si tratta, in ogni caso, di questioni che sono state esaminate in maniera più approfondita nel capitolo 3, cui si rimanda.

Quanto, poi, all'ipotesi descritta al comma 11, lett. a), come è noto, al momento non è ancora stato implementato il procedimento che stabilisce la videoregistrazione; prevedere un obbligo di fissazione dell'udienza laddove manchi la videoregistrazione, significa, quindi, stabilire che l'udienza debba sempre essere fissata, andando a frustrare l'obiettivo di velocizzare e snellire il procedimento e rischiando di rendere l'udienza (che, come già evidenziato, è qualcosa di diverso rispetto all'audizione) un mero adempimento formale⁴⁷.

Sul punto si è pronunciata la Suprema Corte che, ponendo fine al dibattito che la norma aveva generato in seno alla giurisprudenza di merito, a partire dalla sentenza n. 17717/2018, ha statuito che *“in materia di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 13 [...] ove non sia disponibile la videoregistrazione con mezzi audiovisivi del richiedente la protezione dinanzi alla Commissione territoriale, il Tribunale chiamato a decidere del ricorso avverso la decisione adottata dalla Commissione, è tenuto a fissare l'udienza di comparizione delle parti a pena di nullità del suo provvedimento decisorio, salvo il caso dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la*

⁴⁶ Diversamente, la giurisprudenza di legittimità, a partire da Cass. n. 17717 cit., ha costantemente affermato che il comma 10 dell'art. 35 *bis* stabilisce le ipotesi in cui la trattazione orale è rimessa alla discrezionalità del giudice; il comma 11 contempla alcune ipotesi in cui la fissazione dell'udienza è, invece, obbligatoria. Si rileva, tuttavia, che l'ipotesi di fissazione di cui al comma 11, lett. b), è subordinata ad un giudizio di rilevanza dell'udienza effettuato dal giudice.

⁴⁷ Cfr. considerando n. 18 della direttiva 2013/32 cit., secondo cui le domande di protezione internazionale devono essere trattate *“quanto prima possibile (...), fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo”*.

registrazione del colloquio”⁴⁸. Posto, quindi, che il decreto emesso è affetto da nullità, vale la pena precisare che Cass. n. 10786/2019⁴⁹ ha condivisibilmente sottolineato che, in questo caso, il principio secondo cui è inammissibile il ricorso con cui il ricorrente ometta di prospettare anche le ragioni per le quali l’erronea applicazione della regola processuale abbia comportato un pregiudizio per la decisione di merito, debba essere derogato, in quanto la violazione processuale incide su di un elemento centrale del procedimento e ha, pertanto, palesi ricadute sull’esercizio del diritto di difesa del ricorrente⁵⁰.

4.3.2. Il diritto di essere sentiti

Il diritto all’audizione è un diritto riconosciuto come assoluto nell’ambito della protezione internazionale o suscettibile di bilanciamento? Che ruolo svolge il principio di proporzionalità?

Quando è necessario rinnovare l’audizione in virtù dei principi di effettività della tutela e di leale cooperazione?

La nuova audizione disposta dal Giudice garantisce le stesse garanzie della fase amministrativa ed una tutela effettiva?

Come si è già evidenziato, occorre distinguere il diritto all’udienza dal diritto ad essere ascoltati; tale distinzione concettuale che si è provato ad enucleare si riverbera anche sul piano della disciplina, sicché, anche laddove venga fissata l’udienza non necessariamente il giudice procederà alla ripetizione dell’audizione.

Partendo, anche in questo caso, dall’esame della disciplina a livello nazionale, si osserva che l’audizione viene espressamente citata unicamente nella lettera a) del comma 10, dell’art. 35 *bis*, ai sensi della quale il giudice fissa l’udienza quando, visionata la videoregistrazione, “*ritiene necessario disporre l’audizione dell’interessato*”.

Viene, quindi, mantenuta, nella fase giurisdizionale, la possibilità di ripetere il colloquio davanti al giudice non in via automatica, ma subordinatamente ad una sua valutazione.

Per il resto, i commi 10 e 11 della disposizione citata fanno unicamente riferimento all’udienza, che, come si è visto, costituisce un concetto distinto dall’audizione, sicché occorre stabilire quando, in applicazione dei principi sovranazionali, occorra procedere non solo alla fissazione dell’udienza, ma, in quella sede, anche alla rinnovazione dell’audizione, con la precisazione, anche qui, che, allo stato, il sistema di videoregistrazione non è attivo, il che comporta la necessità di interrogarsi in ordine all’applicabilità del comma 11, lett. a).

⁴⁸ Cass. n. 17717 cit.; conf. Cass. ord. 26 ottobre 2018, n. 27182; Cass. 7 novembre 2018, n. 28424; Cass. 11 dicembre 2018, n. 32029; Cass. 31 gennaio 2019, n. 2817; Cass. 31 gennaio 2019 n. 3023; Cass. 28 febbraio 2019 n. 5972; Cass. ord. 23 maggio 2019, n. 14148; Cass. 27 settembre 2019 n. 24112; Cass. 25 marzo 2020 n. 7503. Tale interpretazione, secondo la Corte, è resa evidente non solo dalla lettura, in combinato disposto, dei commi 10 ed 11 dell’art. 35 *bis*, che distinguono, rispettivamente, i casi in cui il giudice può fissare discrezionalmente l’udienza, da quelli in cui egli deve necessariamente fissarla, ma anche dalla valutazione delle intenzioni del legislatore che ha previsto la videoregistrazione quale elemento centrale del procedimento, per consentire al giudice di valutare il colloquio con il richiedente in tutti i suoi risvolti, inclusi quelli non verbali, anche in ragione della natura camerale non partecipata della fase giurisdizionale.

⁴⁹ Cass. 17 aprile 2019 n. 10786; Cass. 23 ottobre 2019 n. 27075.

⁵⁰ *Contra* Cass. 24 luglio 2020 n. 15954, che ha affermato che è onere del ricorrente indicare nel ricorso per cassazione “*su quali elementi il suo ascolto avrebbe potuto, in concreto, condurre il giudice di merito ad una conclusione diversa da quella in concreto adottata*”.

Il diritto all'audizione è un diritto riconosciuto come assoluto nell'ambito della protezione internazionale o suscettibile di bilanciamento? Che ruolo svolge il principio di proporzionalità?

Definire se sia o meno necessario rinnovare in ogni caso l'audizione è questione particolarmente importante, in quanto, come già accennato, nel giudizio di protezione internazionale le dichiarazioni del richiedente in ordine alla sua "storia" costituiscono il mezzo di prova principale sul quale il giudice deve basare la sua decisione⁵¹, laddove rilevanti e ritenute credibili.

Sotto quest'ultimo profilo non può non evidenziarsi come la valutazione del giudice in ordine alla credibilità delle dichiarazioni del richiedente ben possa differire da quella dell'autorità amministrativa che è stata chiamata in prima battuta a sentire il ricorrente; d'altra parte, laddove non sia stato approntato alcun sistema di videoregistrazione, la nuova valutazione del giudice difficilmente potrà basarsi sulle sole dichiarazioni verbalizzate, soprattutto nel caso in cui la verbalizzazione non sia stata puntuale.

Al riguardo, vale la pena ricordare che l'audizione ha esattamente lo scopo di verificare la coerenza del racconto, la sua plausibilità, la sua completezza ed esaustività, al fine di consentire l'accertamento dei fatti dichiarati, in quanto non provati diversamente e che nella prassi molte delle incoerenze vengono chiarite proprio grazie all'audizione del richiedente.

Accade altresì che l'audizione dinnanzi al giudice porti all'accertamento di situazioni anche molto gravi, quali, ad esempio, la tratta al fine di sfruttamento o lo stato di schiavitù che non erano, invece, emerse in sede di colloquio con la Commissione territoriale⁵².

Ciò premesso, utilizzando qui il medesimo schema già proposto con riguardo al diritto all'udienza, vale la pena evidenziare in primo luogo che la mancata previsione in via generalizzata dell'audizione dinnanzi ad un giudice non appare di per sé in contrasto con il diritto UE.

Sul punto vale la pena ricordare che la direttiva procedure non disciplina direttamente l'ascolto nella fase giurisdizionale, imponendo solamente, all'art. 14, l'ascolto personale del richiedente la protezione internazionale nella prima fase amministrativa del procedimento.

Resta, tuttavia, il fatto che l'art. 46 della medesima direttiva, in applicazione dell'art. 47 della Carta, attribuisce al richiedente il diritto ad un ricorso effettivo, di cui il diritto ad essere ascoltato costituisce il corollario.

Ebbene, come chiarito dalla Corte di Giustizia, l'art. 47 Carta, nel riconoscere e garantire il diritto ad essere ascoltato, non prevede che tale diritto rivesta un carattere assoluto⁵³: si ammette, infatti, che anche il rispetto dei diritti della difesa, ivi compreso il diritto ad essere ascoltato, possano soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo

⁵¹ Come chiarito dalla Suprema Corte, il racconto del richiedente asilo è, allo stesso tempo, allegazione dei fatti rilevanti e prova degli stessi (Cass. 11 novembre 2019 n. 29056).

⁵² Sul punto, si osserva che non è infrequente che, anche a causa del notevole carico di lavoro delle Commissioni territoriali, le audizioni nella fase amministrativa siano incomplete o seriali.

⁵³ CGUE 30 giugno 2016, causa C-205/15, *Toma e Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, EU:C:2016:499, punti 40 e 41 e giurisprudenza citata.

perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti⁵⁴.

Quando è necessario rinnovare l'audizione di una corretta in virtù dei principi di effettività della tutela e di leale cooperazione?

Con particolare riguardo alla protezione internazionale, la necessità dell'audizione deve essere correlata al principio di effettività della tutela, che passa anche attraverso una corretta esplicazione del dovere di cooperazione, tenuto altresì conto che l'audizione del richiedente nella fase amministrativa si svolge senza la difesa tecnica e che l'audizione ha un ruolo determinante per valutare la credibilità.

Ed invero, occorre partire dal presupposto che in capo allo Stato membro sussiste sempre l'obbligo di cooperare attivamente con il richiedente per consentire di riunire tutti gli elementi che consentono di valutare la sua domanda⁵⁵.

In particolare, qualsiasi decisione relativa al riconoscimento dello *status* di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria deve essere fondata su una valutazione individuale⁵⁶, diretta a determinare se, tenuto conto della situazione personale del richiedente, le condizioni per il riconoscimento di un siffatto *status* siano soddisfatte⁵⁷.

Partendo da siffatte considerazioni, la Corte di giustizia, con la pronuncia *M. c. Irlanda*, resa nel 2017, ha ritenuto che il colloquio orale deve essere organizzato nella fase amministrativa tutte le volte in cui “*l'autorità competente non sia oggettivamente in grado, sulla base degli elementi di cui dispone in seguito al procedimento scritto ed al colloquio orale del richiedente svoltosi nell'ambito dell'esame della sua domanda di asilo, di determinare con piena cognizione di causa se esistano fondati motivi di ritenere che tale richiedente, se ritornasse nel paese di origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno, e se egli non possa o, a causa di tale rischio, non voglia avvalersi della protezione di detto paese*”, precisando altresì che l'audizione è necessaria “*nel caso in cui, alla luce delle circostanze personali o generali in cui si inserisce la domanda di protezione sussidiaria, segnatamente l'eventuale vulnerabilità specifica del richiedente, dovuta per esempio alla sua età, al suo stato di salute o al fatto che abbia subito forme gravi di violenza, risulti che siffatto colloquio sia necessario al fine di consentirgli di esprimersi in modo completo e coerente sugli elementi idonei a suffragare tale domanda*”⁵⁸.

Con la sentenza *Sacko Moussa*, pronunciata nel medesimo anno, la Corte di Giustizia, chiamata ad esaminare proprio la normativa italiana prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 13/2017⁵⁹, con riferimento all'audizione in sede giurisdizionale ha evidenziato nuovamente lo

⁵⁴ V., in tal senso, CGUE 10 settembre 2013, causa C-383/13 PPU, *G. e R.*, EU:C:2013:533, punto 33; 11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida*, EU:C:2014:2431, punto 43, nonché 7 luglio 2016, causa C-70/15, *Lebek*, EU:C:2016:524, punto 37.

⁵⁵ CGUE 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.*, EU:C:2012:744, punto 66.

⁵⁶ CGUE 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F.*, EU:C:2018:36, punto 41.

⁵⁷ CGUE 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11, *Y e Z*, EU:C:2012:518, punto 68.

⁵⁸ CGUE 9 febbraio 2017, *M. c. Irlanda*, causa C-560/2014, punti 48 e 51.

⁵⁹ Secondo il diritto vigente all'epoca dei fatti, il procedimento per le controversie in tema di protezione internazionale era regolato dal rito sommario di cognizione che prevedeva come obbligatoria la fissazione d'udienza ex art. 702 c.p.c., mentre ad essere eventuale era l'audizione del richiedente. A seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 13/2017, le controversie in questione sono disciplinate dal nuovo art. 35-*bis*, introdotto nel d.lgs. n. 25 del 2008, oggetto di esame.

stretto legame tra l'obbligo in capo al giudice di procedere ad un esame *ex nunc* e il diritto all'ascolto, chiarendo che *“Tale giudice può decidere di non procedere all'audizione del richiedente nell'ambito del ricorso dinanzi ad esso pendente solo nel caso in cui ritenga di poter effettuare un esame siffatto in base ai soli elementi contenuti nel fascicolo, ivi compreso, se del caso, il verbale o la trascrizione del colloquio personale con il richiedente in occasione del procedimento di primo grado. In circostanze del genere, infatti, la possibilità di omettere lo svolgimento di un'udienza risponde all'interesse sia degli Stati membri sia dei richiedenti, menzionato al considerando 18 della direttiva citata, che sia presa una decisione quanto prima possibile in merito alle domande di protezione internazionale, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo. Laddove, invece, il giudice adito con il ricorso consideri che sia necessaria un'audizione del richiedente onde poter procedere al prescritto esame completo ed ex nunc, siffatta audizione, disposta da detto giudice, costituisce una formalità cui esso non può rinunciare per i motivi di celerità menzionati al considerando 20 della direttiva 2013/32. In effetti, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 67 delle conclusioni, sebbene tale considerando consenta agli Stati membri di accelerare il procedimento di esame in talune ipotesi, in particolare laddove una domanda potrebbe essere infondata, esso non autorizza affatto l'eliminazione delle formalità necessarie al fine di garantire il diritto del ricorrente alla tutela giurisdizionale effettiva”*.

Ha, quindi, concluso che *“Nel caso di una domanda manifestamente infondata ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 2, della direttiva 2013/32, come quella oggetto del procedimento principale, l'obbligo imposto al giudice del rinvio di procedere all'esame completo ed ex nunc di cui all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva risulta, in linea di principio, adempiuto quando detto giudice prende in considerazione le memorie prodotte dinanzi al giudice investito del ricorso nonché gli elementi oggettivi versati al fascicolo amministrativo risultante dalla procedura di primo grado, ivi compresi, all'occorrenza, il verbale o la registrazione del colloquio personale effettuato nel contesto di tale procedura”*, precisando altresì che *“sebbene l'articolo 46 della direttiva 2013/32 non obblighi il giudice adito con un ricorso avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale ad ascoltare il richiedente in tutti i casi, cionondimeno esso non autorizza il legislatore nazionale a impedire a tale giudice di ordinare lo svolgimento di un'audizione qualora detto giudice, considerando insufficienti le informazioni raccolte in occasione del colloquio personale condotto durante la procedura di primo grado, ritenga necessario organizzare siffatta audizione ai fini dell'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva”*⁶⁰.

Secondo la Corte di Giustizia, quindi, posta l'esigenza di un esame completo ed *ex nunc*, il giudice investito dell'impugnazione procederà all'audizione personale, a meno che questi ritenga di poter effettuare l'esame sulla base dei soli elementi contenuti nel fascicolo, ivi compreso, se del caso, il verbale o la trascrizione del colloquio personale dinanzi all'autorità amministrativa.

Le indicazioni di *Sacko Moussa* hanno trovato conferma nella giurisprudenza successiva.

In particolare, vale la pena citare la sentenza *Alheto*, con cui la Corte, in applicazione del principio secondo cui l'esame, per essere effettivo, deve essere completo e attuale, ha precisato alcuni principi importanti:

- che *“in caso di nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto di impugnazione, il giudice è tenuto, come deriva dall'articolo 47 della Carta, a offrire al richiedente la possibilità di presentare osservazioni ove tali elementi possano recargli pregiudizio”*⁶¹;

⁶⁰ CGUE 26 luglio 2017, causa C-348/2016, *Sacko Moussa c. Italia* cit., punti 44 ss.

⁶¹ Così anche CGUE 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, EU:C:2019:626 e 19 marzo 2020, causa C-406/18, *PG*, EU:C:2020:216.

- che la locuzione “*se del caso*», contenuta nella parte di frase «*compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva [2011/95]*», evidenzia che l'esame completo ed *ex nunc* incombente al giudice “*non deve necessariamente vertere sull'esame nel merito delle esigenze di protezione internazionale e può dunque riguardare l'ammissibilità della domanda di protezione internazionale, qualora il diritto nazionale lo consenta in applicazione dell'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2013/32*”⁶², e che “*nel caso in cui il motivo d'inammissibilità esaminato dal giudice investito dell'impugnazione sia stato esaminato anche dall'autorità accertante prima dell'adozione della decisione contestata nell'ambito di tale impugnazione, detto giudice possa basarsi sul verbale del colloquio personale condotto dall'autorità summenzionata, senza procedere a un'audizione del richiedente, a meno che non la ritenga necessaria*”; diversamente, se non previamente esaminato, il giudice “*deve procedere all'audizione del richiedente al fine di consentirgli di esporre di persona, in una lingua che conosce, il suo punto di vista sull'applicabilità di detto motivo alla sua situazione particolare*”⁶³

Ancora, con la pronuncia LH⁶⁴ la Corte ha ribadito che, anche nell'ipotesi di un ricorso avverso una decisione che respinge una domanda di protezione in quanto inammissibile, in particolare per i motivi di inammissibilità relativi al primo paese di primo asilo o al paese terzo sicuro, nell'ambito dell'esame completo e aggiornato incombente al giudice chiamato a pronunciarsi su un ricorso siffatto, quest'ultimo è tenuto, in particolare, a verificare se il richiedente protezione internazionale benefici di una protezione sufficiente in un paese terzo o se un paese terzo possa essere considerato paese terzo sicuro per il richiedente, e che, ai fini di tale verifica, detto giudice deve esaminare rigorosamente se ciascuna delle condizioni cumulative alle quali è subordinata l'applicazione di tali motivi di inammissibilità – come quelle previste, per quanto riguarda il motivo relativo al paese di primo asilo, all'art. 35 della direttiva 2013/32, e, per quanto riguarda il motivo relativo al paese terzo sicuro, all'art. 38 di tale direttiva – sia soddisfatta, assicurandosi “*prima di decidere sul ricorso, che il richiedente abbia avuto la possibilità di esporre di persona il proprio punto di vista sull'applicabilità del motivo d'inammissibilità alla sua situazione particolare (v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2018, Alheto, C-585/16, EU:C:2018:584, punti 121 e 124)*”⁶⁵. Se il giudice investito del ricorso ritiene che un'audizione del richiedente sia necessaria per effettuare l'esame completo ed *ex nunc* cui è tenuto, detto giudice deve, quindi, organizzare una siffatta audizione, e in tal caso il richiedente, laddove necessario, deve ricevere, durante la sua audizione da parte del giudice, l'assistenza di un interprete per spiegare la propria situazione⁶⁶.

⁶² CGUE 25 luglio 2018, *Alheto*, causa C-585/16, EU:C:2018:584, punti 114 e 115.

⁶³ Punti 126 e 130.

⁶⁴ CGUE 19 marzo 2020, LH c. *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, causa C-564/18, EU:C:2020:218.

⁶⁵ Punti 68 e 69. La Corte ricorda altresì che “*nell'ambito del ricorso giurisdizionale previsto all'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, un certo numero di diritti processuali specifici sono garantiti ai ricorrenti in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, di tale direttiva, ossia il diritto a un interprete, la possibilità di comunicare in particolare con l'Alto Commissariato delle Nazioni (HCR) Unite per i rifugiati e l'accesso a talune informazioni, dell'articolo 20 di detta direttiva, vale a dire la possibilità di assistenza e rappresentanza legali gratuite, dell'articolo 22 della medesima direttiva, relativo all'accesso a un consulente legale, nonché degli articoli 24 e 25 della medesima, relativi ai diritti delle persone con esigenze specifiche e dei minori non accompagnati*” (punto 70).

⁶⁶ Punto 71. Sulla scorta di tali considerazioni ed in particolare sulla scorta del fatto che il termine imperativo di otto giorni per decidere previsto dalla normativa ungherese può rivelarsi materialmente insufficiente per consentire al giudice investito del ricorso di procedere ad un esame completo della domanda, e così garantire il diritto a un ricorso effettivo dei richiedenti protezione internazionale, la Corte di giustizia ha concluso che l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, osta a una normativa nazionale (come quella ungherese) che impartisce al giudice, investito di un ricorso avverso una decisione che respinge una domanda di protezione internazionale in quanto inammissibile, un termine di

Anche la sentenza *PG*⁶⁷, resa il medesimo giorno, ha ribadito che, in linea di principio, è necessario prevedere, nella fase giurisdizionale, un'audizione personale del richiedente, nel rispetto di tutti i diritti previsti dalla direttiva procedure⁶⁸, a meno che non ricorrano le condizioni cumulative indicate nella pronuncia *Sacko*, già richiamata.

Può, quindi, affermarsi che il diritto dell'Unione non ammette un livello di controllo attenuato nel riesame delle decisioni adottate, nemmeno nel contesto di procedure accelerate.

Se, infatti, nei casi di inammissibilità della domanda, l'art. 46, par. 3, non impone al giudice del ricorso di procedere necessariamente ad un esame nel merito delle esigenze di protezione internazionale, ciò non equivale a ritenere che il predetto giudice sia esonerato dall'effettuare un esame rigoroso circa la sussistenza effettiva dei motivi di inammissibilità, anche, laddove ritenuto necessario, attraverso l'audizione del richiedente la protezione.

Poiché il diritto ad essere sentiti in giudizio non è un diritto assoluto e può dunque essere soggetto a limitazioni, anche a fronte dell'interesse a che la decisione sia assunta quanto prima, il giudice nazionale sarà, pertanto, chiamato a verificare se sussistano quelle condizioni per omettere l'audizione del richiedente, specificamente individuate in quanto derogatorie al principio che vorrebbe garantito il diritto all'audizione (il ricorso deve essere avverso una decisione di manifesta infondatezza; il ricorrente deve essere stato previamente sentito nella fase amministrativa e il verbale essere disponibile; al giudice deve essere sempre consentito disporre l'audizione ove lo ritenga necessario).

In ultimo, merita di essere citata la sentenza *Milkeyos Addis*⁶⁹, con cui la Corte di Giustizia, ribadendo quanto già affermato in *Albeto*, ha statuito che “*sarebbe incompatibile con l'effetto utile della direttiva procedure, in particolare con gli articoli 14, 15 e 34, che il giudice investito del ricorso possa confermare una decisione adottata dall'autorità accertante in violazione dell'obbligo di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, senza procedere esso stesso all'audizione del richiedente nel rispetto delle condizioni e delle garanzie fondamentali applicabili al caso di specie. Infatti, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 103 delle sue, in mancanza di una siffatta audizione, il diritto del richiedente a un colloquio personale conclusioni in condizioni che assicurino la riservatezza adeguata e gli consentano di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda, compresi gli elementi che depongono a favore dell'ammissibilità di quest'ultima, non sarebbe garantito in nessuna fase della procedura d'asilo, il che vanificherebbe una garanzia che il legislatore dell'Unione ha ritenuto fondamentale nell'ambito di tale procedura*”⁷⁰.

I medesimi principi sono stati invocati dalla giurisprudenza italiana maggioritaria, anche di legittimità, per affermare il principio secondo cui, anche nel caso in cui manchi la videoregistrazione del colloquio, il giudice, fermo l'obbligo di fissazione dell'udienza, può decidere di non rinnovare l'audizione in sede giudiziale, purché sia stata garantita al richiedente

otto giorni per pronunciarsi, qualora tale giudice non sia in grado di assicurare, entro un simile termine, l'effettività delle norme sostanziali e delle garanzie processuali riconosciute al richiedente dal diritto dell'Unione.

⁶⁷ CGUE 19 marzo 2020, *PG*, cit..

⁶⁸ Tra questi, in particolare, a norma degli articoli 12, 20, 22, 24 e 25 della direttiva, il diritto ad un interprete, la possibilità di comunicare con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, l'accesso a talune informazioni, la possibilità di assistenza e rappresentanza legali gratuite, l'accesso a un avvocato e infine, l'accesso a specifiche garanzie previste nei confronti di persone aventi particolari bisogni e di minori non accompagnati. cfr. punti 30 e 31.

⁶⁹ CGUE 6 luglio 2020, causa C-517/17, *Milkeyos Addis*, EU:C:2020:579.

⁷⁰ Par. 69.

la facoltà di rendere le sue dichiarazioni davanti alla Commissione territoriale; il Giudice può, quindi, respingere una domanda di protezione internazionale se risulti manifestamente infondata sulla sola base degli elementi di prova desumibili dal fascicolo e di quelli emersi attraverso l'audizione o la videoregistrazione svoltesi nella fase amministrativa, senza che sia necessario rinnovare l'audizione del richiedente⁷¹.

Tale ricostruzione appare contrastante con quella di altra parte della giurisprudenza di legittimità, che ritiene obbligatorio, in assenza di videoregistrazione, non solo procedere alla fissazione dell'udienza, ma anche il rinnovo dell'audizione, e che tale incombente possa essere evitato soltanto in via eccezionale, qualora il giudice ritenga, con adeguata motivazione, che le contraddizioni e le carenze esterne della storia non possano essere superate dall'audizione⁷².

In particolare, la Suprema Corte, con sentenza n. 9228/2020, ha evidenziato la sussistenza del diritto del richiedente ad avere un *“momento di contatto”* con *“il suo giudice”*, consentendo a quest'ultimo di *“poter assumere la propria decisione sulla domanda di protezione in base ad una conoscenza effettiva e diretta della storia personale e dell'atteggiamento dello straniero”*. Ed invero *“la generale cameralizzazione del rito nella materia della protezione internazionale, unitamente alla previsione di un solo grado di merito, pur trovando la propria ragione nelle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio, non può comportare una compressione del diritto della persona ad essere sentita dal “suo” giudice, o direttamente, mediante audizione personale in sede giudiziale, ovvero indirettamente, attraverso l'acquisizione agli atti del giudizio della videoregistrazione del colloquio svoltosi innanzi la Commissione territoriale. Tale diritto, invero, è da ritenersi inerente all'essenza stessa della tutela giurisdizionale in uno Stato democratico, ispirato al principio della precostituzione del giudice naturale; una diversa ricostruzione sarebbe in contrasto con la costituzione e con le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione E.D.U., non potendosi ammettere la conformità a dette disposizioni di un giudizio interamente affidato alla deliberazione, in segreto, della decisione da parte del giudice, senza il preventivo svolgimento di un contraddittorio pieno ed effettivo tra le parti”*, tenuto altresì conto che le controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria, riguardano diritti soggettivi fondamentali e proprio per questa ragione sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

La Suprema Corte giunge, quindi, alla conclusione dell'obbligatorietà dell'espletamento dell'audizione nel caso in cui manchi la videoregistrazione (e, quindi, nell'attuale sistema, sempre) evidenziando la valenza centrale del racconto del richiedente asilo che risulti credibile nell'ambito di un sistema che prevede, come già visto, un onere probatorio attenuato in capo al richiedente. In particolare, secondo la Suprema Corte, assume *“un'importanza centrale proprio il contatto tra richiedente e giudice, poiché la credibilità della storia dipende anche dal modo con cui la narrazione viene riferita, dall'atteggiamento dello straniero, dalle sue esitazioni, dal coinvolgimento che egli mostra durante il colloquio. Per questo del D.Lgs. n. 25 del 2008, artt. 14 e 35-bis, prevedono che l'audizione del richiedente dinanzi la Commissione territoriale sia videoregistrata e che la videoregistrazione, insieme al verbale riassuntivo delle dichiarazioni rese dallo straniero sia messa immediatamente a disposizione del giudice: per consentire a quest'ultimo di apprezzare in modo completo le dichiarazioni predette e di percepire tutti i dettagli della narrazione che possono rivelarsi utili ai fini del giudizio, necessariamente discrezionale, circa la credibilità o meno della storia personale. E per questo dell'art. 35-bis, comma 10, prevede che il giudice possa comunque fissare l'udienza di comparizione*

⁷¹ Cass. n. 1777 cit.; Cass. 31 gennaio 2019, n. 2817; Cass. 28 febbraio 2019, n. 5973; Cass., 20 gennaio 2020, n. 1088, Cass. 12 agosto 2020, n. 16970 e 16971; Cass. ord. 11 agosto 2020, n. 16925.

⁷² Cass. 20 maggio 2020, n. 9228.

quando, visionata la videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi la Commissione territoriale, ritenga comunque necessaria l'audizione diretta dello straniero, o quando ritenga indispensabile chiedere chiarimenti alle parti, ovvero quando consideri necessario disporre consulenza tecnica o assumere mezzi istruttori (cfr. lett. a), b) e c) del comma da ultimo richiamato)".

Tale posizione è, tuttavia, rimasta isolata: ed invero, pur non potendosi che condividere l'assunto secondo cui, in linea di principio, il ricorrente ha diritto ad essere ascoltato dal suo giudice, non può che ribadirsi che rendere obbligatorio in via automatica per il giudice procedere l'audizione (come sarebbe in assenza di videoregistrazione), anche laddove il giudice abbia la certezza che la domanda non possa essere accolta e ciò a prescindere da una successiva audizione, si porrebbe in contrasto con le esigenze di celerità e di efficiente utilizzo della risorsa giustizia, aggirando una valutazione di ammissibilità e rilevanza della prova che il giudice è sempre chiamato ad effettuare.

È chiaro, invece, come affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, alla luce del principio di effettività della tutela e dell'art. 46, par. 3, della direttiva, che, ove il ricorso contro il provvedimento di diniego di protezione contenga motivi o elementi di fatto nuovi, il giudice, se richiesto, non può sottrarsi all'audizione del richiedente, trattandosi di strumento essenziale per verificare, anche in relazione a tali nuove allegazioni, la coerenza e la plausibilità del racconto, quali presupposti per attivare il dovere di cooperazione istruttoria.

In tal caso, infatti, non appare sufficiente a garantire la tutela del contraddittorio la mera fissazione dell'udienza di comparizione, atteso che l'esame completo ed *ex nunc* della pretesa del richiedente, affermato dal citato art. 46, par. 3, della direttiva 2013/31, non può prescindere dall'audizione, sui nuovi fatti, del richiedente medesimo, se da costui sollecitata, quale necessario strumento per la realizzazione dell'effettività della tutela, affermata dall'art. 46, par. 1, della direttiva citata⁷³.

È opportuno segnalare, infine, che la Corte di Cassazione, con ordinanza del 27 luglio 2020, ha ritenuto di disporre la trattazione in pubblica udienza del primo motivo di ricorso sia in ordine alla legittimità della formulazione di un giudizio d'inattendibilità delle dichiarazioni del ricorrente per genericità o imprecisione dei riferimenti storici o geografici che segua al rigetto dell'istanza di audizione, sia, più in generale, sulla conformazione del potere discrezionale del giudice del merito che sia investito della richiesta di audizione⁷⁴.

⁷³ Cass. 23 ottobre 2019, n. 27073.

⁷⁴ Cass. 27 luglio 2020, n. 15979. La Corte nell'ordinanza ha dato atto della sentenza del 19 dicembre 2019, n. 33858, con cui la stessa sezione aveva evidenziato che l'intrinseca inattendibilità delle dichiarazioni del richiedente, alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva di cui all'art. 3 d.lgs. n. 251/2007, osta al compimento di approfondimenti istruttori officiosi, cui il giudice di merito sarebbe tenuto in forza del dovere di cooperazione istruttoria, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori; ne consegue che, in caso di racconto inattendibile e contraddittorio e per di più variato nel tempo, non è nulla la sentenza di merito che rigetti la domanda senza che il giudice abbia proceduto a nuova audizione del richiedente per colmare le lacune della narrazione e chiarire la sua posizione. V. anche Cass. 22 gennaio 2019, n. 1681, con cui è stato affermato che il diritto al contraddittorio riconosciuto dalla direttiva 2013/32, per come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, riguarderebbe la fase amministrativa della richiesta e che, pertanto, le contraddizioni presenti nella narrazione, ove non rilevate in sede amministrativa dovranno essere spiegate, su iniziativa del difensore della parte, in sede di ricorso innanzi al tribunale: onde, ove tale rilievo sia mancato e il tribunale abbia posto a base della valutazione di non credibilità proprio quelle contraddizioni o incongruenze, la questione non può essere posta, per la prima volta, innanzi al giudice di legittimità.

Provando a riassumere quanto fin qui osservato, può, quindi, concludersi, anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale, che l'audizione personale debba essere disposta:

- nel caso in cui il colloquio personale davanti all'autorità amministrativa non abbia avuto luogo;

- qualora il richiedente proponga nel ricorso giurisdizionale motivi nuovi, o anche solo elementi di fatto nuovi, che si riferiscano, integrandoli in modo significativo, ai motivi già proposti, laddove i nuovi motivi o i nuovi elementi di fatto risultino sufficientemente circostanziati e rilevanti, o ancora, laddove il giudice intenda esaminare un motivo d'inammissibilità che non è stato esaminato dall'autorità accertante, ipotesi entrambe accomunate dalla circostanza che la Commissione territoriale non abbia sentito il ricorrente (affatto o sugli elementi di fatto successivamente allegati);

- ragionando a contrario rispetto a *Sacko Moussa*, in presenza di un qualsiasi dubbio in ordine alla fondatezza della decisione dell'autorità amministrativa, per cui il ricorso non appaia manifestamente infondato o inammissibile;

- parimenti, nel caso in cui il giudice nutra dubbi in ordine alla correttezza dal punto di vista procedurale dell'intervista, ovvero quando si avveda che il colloquio dinanzi all'autorità amministrativa non sia stato completo e rispettoso di tutte le garanzie apprestate dalla direttiva.

- nel caso in cui il richiedente, che non sia stato ritenuto credibile dalla Commissione territoriale, sotto il profilo della coerenza logica od intrinseca domandi di circostanziare e precisare quanto già dichiarato e tali allegazioni, in astratto, siano rilevanti ai fini della concessione della protezione.

Si tratta, a ben vedere, di ipotesi in cui si rende necessario un supplemento di istruttoria.

A tale ultimo riguardo, deve ribadirsi che, sebbene l'art. 47 Carta non si applichi al procedimento amministrativo, il principio di effettività della tutela porta in ogni caso il giudice a dover considerare la sequenza tra l'uno e l'altro procedimento nel suo complessivo valore funzionale in relazione alla risposta di giustizia resa all'avente diritto. Le garanzie giurisdizionali finiscono infatti per sopperire, correggere o comunque completare quelle previste (e magari non assicurate) nel procedimento amministrativo.

La nuova audizione disposta dal Giudice garantisce le stesse garanzie della fase amministrativa ed una tutela effettiva?

Così descritti i casi in cui è necessario procedere all'audizione personale, da altra prospettiva, occorre interrogarsi sul ruolo dell'audizione dinanzi al giudice rispetto all'audizione prevista nella fase amministrativa.

La questione assume preminente rilievo nell'ipotesi in cui l'audizione dinanzi al giudice si configuri quale l'unica audizione personale del richiedente, vuoi in assoluto, nel caso in cui si mancata l'audizione in fase amministrativa, ad esempio perché il ricorrente, ritualmente convocato, non si è presentato, vuoi sui *nova* allegati dal richiedente per la prima volta in sede di

ricorso⁷⁵, per tali intendendosi sia motivi nuovi in relazione ai quali si invoca la protezione internazionale, sia elementi di fatto che, pur essendo relativi ad eventi o minacce asseritamente verificatesi prima dell'adozione della decisione di diniego o addirittura prima della domanda, vengono dedotti per la prima volta davanti al giudice del ricorso.

In questi casi, sempre che il giudice ritenga necessario disporre l'audizione sulla scorta dei fatti allegati dal ricorrente, secondo quanto già osservato sopra, ci si deve domandare se l'audizione in questione assicuri le stesse garanzie della fase amministrativa, o se, invece, per assicurare il diritto ad un rimedio effettivo, si debba procedere, e con quali strumenti, ad un rinvio alla fase amministrativa, per consentire il recupero delle garanzie mancate.

La questione non è invero sconosciuta a livello sovranazionale, avendo la Corte di Giustizia già avuto modo di affrontarla, seppure incidentalmente.

Sul punto deve premettersi che la risposta al quesito non può prescindere dall'analisi della natura della fase giudiziale della procedura di protezione internazionale, che assume sembianze diverse negli Stati membri, sempre in applicazione del principio di autonomia processuale, con i consueti limiti dell'equivalenza ed effettività della tutela.

Un conto, infatti, è ipotizzare il processo come un'impugnazione della decisione amministrativa sulla domanda d'asilo, caso in cui il giudice si limita all'annullamento della decisione, rimettendo all'autorità amministrativa la valutazione degli elementi di fatto e di diritto su cui inizialmente l'autorità non si era pronunciata; diverso è il caso in cui il giudizio viene considerato come sostanzialmente autonomo rispetto alla precedente procedura amministrativa, e, quindi, il giudice può accertare, secondo criteri legislativamente predeterminati, la sussistenza o meno del diritto del richiedente al riconoscimento di una delle tre forme di protezione, anche al di là ed a prescindere da quanto accaduto dinanzi all'autorità amministrativa.

Ciò chiarito, nel caso in cui il ricorrente, nel corso del giudizio di primo grado, abbia reso ulteriori dichiarazioni o abbia riferito fatti nuovi rispetto a quelli emersi nella fase amministrativa o anche indicati nel ricorso, occorre stabilire se il giudice abbia il potere-dovere di sostituirsi alla autorità amministrativa nella valutazione di questi fatti e le conseguenze che una scelta, in un senso o nell'altro, comporta in termini di effettività della tutela.

Si tratta di questioni che, invero, sono state già esaminate in maniera più approfondita nel capitolo 3, cui si rimanda.

Basti qui evidenziare che, in merito a ciò, la Corte di Giustizia, nelle sentenze *Albeto* e *Ahmedbekova*, ha indicato soluzioni non perfettamente coincidenti con riferimento al contenuto dei poteri del giudice e alla necessità di sottoporre le ulteriori dichiarazioni all'autorità amministrativa, pur avendo evidenziato in entrambe le pronunce che, in forza dei considerando 16 e 22, dell'art. 4, nonché dell'impianto sistematico della direttiva 2013/32, l'esame della domanda di protezione internazionale da parte dell'autorità amministrativa, dotata di mezzi specifici e di personale specializzato in materia, costituisce una fase essenziale delle procedure comuni istituite da tale direttiva.

⁷⁵ Si ricorda qui che come affermato da Cass. 23 ottobre 2019, n. 27073, solo con il ricorso introduttivo il richiedente ha l'onere di indicare gli elementi costitutivi della domanda (*petitum* e *causa petendi*) e, dunque, di allegare i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della pretesa, oltre all'indicazione specifica di eventuali mezzi di prova e documenti dei quali intenda valersi. Si rimanda sul punto comunque al capitolo I.

Nella sentenza *Albeto*⁷⁶, infatti, la Corte, interrogata dal giudice del rinvio sulla questione se l'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32, in combinato disposto con l'art. 47 Carta, debba essere interpretato nel senso che il giudice investito in primo grado di un'impugnazione contro una decisione relativa a una domanda di protezione internazionale debba, nel caso in cui annulli tale decisione, pronunciarsi esso stesso su tale domanda di protezione internazionale accogliendola o respingendola, ha affermato che il giudice nazionale deve esaminare la domanda senza necessità di rinviare il fascicolo all'autorità accertante⁷⁷.

Nella di poco successiva pronuncia *Ahmedbekova*⁷⁸, invece, la Corte di Giustizia, dopo avere evidenziato che possono essere definite “*ulteriori dichiarazioni*” di cui all'art. 40 della direttiva i motivi allegati per la prima volta dopo la decisione dell'autorità accertante, ma relativi a fatti verificatisi prima dell'adozione della decisione o anche prima della presentazione della domanda, ha statuito che, in tali casi, il giudice è tenuto ad esaminare tale motivo nell'ambito della decisione, purché ciascuna delle autorità competenti (e, quindi, anche l'autorità accertante amministrativa), abbia la possibilità di esaminare detta ulteriore dichiarazione; sarà, quindi, necessario che il giudice investito del ricorso di impugnazione richieda all'autorità amministrativa accertante, entro un termine che sia conforme all'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 2013/32, un esame sui motivi o sui fatti sostanzialmente nuovi, il cui risultato e le cui ragioni fondanti dovranno essere comunicati al richiedente e al giudice prima che quest'ultimo proceda all'audizione del richiedente e valuti il caso⁷⁹.

Seguendo la distinzione che si è fatta in apertura, non può non evidenziarsi che la sentenza sopra citata è stata resa con riferimento ad un ordinamento giuridico (quello bulgaro) nel quale il giudice della protezione internazionale ha poteri solo di annullamento, e non anche di riconoscimento della protezione. Diversamente, nell'ordinamento italiano, il giudice non è tenuto solo ad annullare il diniego dell'autorità amministrativa, ma deve, invece, valutare la spettanza o meno al richiedente asilo del diritto al riconoscimento della protezione internazionale⁸⁰.

In particolare, poiché il diritto alla protezione umanitaria ha, al pari del diritto allo *status* di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo⁸¹, per cui la giurisdizione spetta al g.o., non possono essere utilizzati i medesimi strumenti che il legislatore mette a disposizione del g.a., ipotizzando una sorta di annullamento vincolato e successivo giudizio di ottemperanza, nel caso in cui l'amministrazione non si conformi a quanto

⁷⁶ CGUE 25 luglio 2018, *Albeto*, cit. Il giudice amministrativo chiedeva alla Corte di Giustizia se, tenendo in considerazione l'obbligo su di esso gravante, ai sensi dell'art. 46, par. 3, direttiva 2013/32/UE, di procedere ad un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della domanda, fosse tenuto a procedere lui stesso a valutare i nuovi fatti della domanda, ai fini dell'applicazione della clausola di cui all'art. 12, comma 1, lett. a), e ciò anche d'ufficio, o se dovesse, in alternativa, rimettere alla commissione amministrativa la valutazione dei nuovi elementi rilevati, così come prescritto dal diritto nazionale.

⁷⁷ Punto 112.

⁷⁸ CGUE 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova*, EU:C:2018:801.

⁷⁹ Punto 100.

⁸⁰ Cfr., sul punto, Cass. ord. 21 novembre 2011, n. 26480.

⁸¹ Cass. Sez. Un. ord. 27 novembre 2018, n. 30658.

statuito dal giudice; nemmeno è prevista una sorta di sospensione del giudizio e rimessione degli atti all'amministrazione⁸².

Deve, pertanto, escludersi che, allo stato, il giudice ordinario italiano disponga degli strumenti per operare un siffatto rinvio all'autorità amministrativa, in assenza di una pronuncia della Corte di Giustizia che imponga, in nome dell'effettività della tutela, una siffatta strada in un ordinamento che prevede il potere del giudice di decidere in ordine alla spettanza del diritto.

D'altra parte, l'autonomia processuale dello Stato membro, che per vero non viene messa in discussione con la sentenza *Abmedbekova*, non pare poter essere limitata nel senso di prevedere sempre e comunque il rinvio all'autorità amministrativa in caso di *nova*, in quanto il fatto che il ricorrente sia sentito dal giudice non pare integrare *sic et simpliciter* una lesione del diritto al rimedio effettivo.

Ed invero, sebbene sia innegabile che, almeno secondo la direttiva, solo all'autorità accertante e non anche al giudice è richiesta un'adeguata specializzazione⁸³, sicché "perdere" il colloquio dinnanzi all'autorità accertante potrebbe, in astratto, costituire un *vulnus* al diritto ad un rimedio effettivo, oltre a doversi rilevare che una siffatta lesione sarebbe prospettabile più che altro a livello di fatto (dipendendo, in buona sostanza, dal grado di preparazione in concreto del giudice e dell'autorità amministrativa), è la direttiva stessa ad ammettere che l'esame possa essere svolto direttamente dal giudice, il quale deve sempre assicurare un esame aggiornato della domanda.

⁸² Sulla scorta della tecnica di "remand" all'amministrazione utilizzata dal G.A. nella tutela cautelare.

⁸³ Ed invero, oltre ad elementi giuridici e linguistici, devono essere considerati profili etnici, psicologici e antropologici che rendono il colloquio estremamente complesso e difficile da svolgere senza adeguata preparazione.

5. La procedura accelerata “Paesi sicuri”.

(Erika Colombo e Martina Flamini)¹

SOMMARIO: 5.1. Rapporto tra fonti sovranazionali e fonti nazionali - 5.1.1. La Direttiva Procedure e le disposizioni introdotte dal D.L. 113/2018 (come convertito nella legge 132/2018) - 5.1.2. Il decreto interministeriale 4.10.2019 - 5.1.3. Profili problematici - 5.2. La sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto per manifesta infondatezza - 5.3. La presunzione relativa di sicurezza del Paese d'origine: oneri di allegazione e oneri della prova - 5.4. La motivazione del provvedimento di diniego.

QUESTIONI

- *Qual è la distinzione tra i concetti di «Paese terzo sicuro», «Paese di primo asilo» e «Paese di origine sicuro»?*
- *Qual è il regime intertemporale applicabile con riferimento al decreto interministeriale con il quale vengono designati i Paesi di origine sicuri?*
- *Quali sono la natura e il contenuto dell'obbligo di verificare che il paese terzo sia un paese “sicuro”? L'applicazione della presunzione di sicurezza è automatica oppure è comunque soggetta a valutazione di merito da parte della P.A. ed eventualmente del giudice?*
- *Quali sono i possibili profili di non conformità delle disposizioni interne rispetto alle fonti sovranazionali? Quali sono le tecniche di raccordo e di coordinamento in siffatte ipotesi?*
- *Le disposizioni introdotte dal d.l. 113/2018 (come convertito nella legge 132/2018) presentano profili di incompatibilità con le norme costituzionali?*
- *Il mancato riconoscimento dell'effetto sospensivo automatico nei casi di domanda manifestamente infondata si pone in contrasto con il diritto dell'Unione e con la CEDU?*
- *Ma quando un'istanza cautelare può ritenersi “difendibile”?*
- *Come si interpretano le «gravi e circostanziate ragioni»?*
- *La violazione degli obblighi informativi o altri profili di illegittimità del provvedimento amministrativo possono essere rilevati d'ufficio?*
- *Quando può ritenersi assolto l'onere per il ricorrente di invocare gravi motivi?*
- *Può, dunque, ritenersi che, a prescindere dalla credibilità delle dichiarazioni del ricorrente, per superare la presunzione di sicurezza, a fronte dell'allegazione di “gravi motivi” l'Autorità debba procedere con procedura ordinaria e non con la procedura accelerata prevista per i richiedenti provenienti dai Paesi Sicuri?*
- *Possiamo ritenere che il dovere di cooperazione debba essere esercitato anche nei procedimenti relativi ai ricorrenti provenienti da Paesi Sicuri? E dunque, in cosa può ritenersi “alleviato” il dovere di cooperazione?*
- *Se il ricorrente non invoca tali motivi nella fase amministrativa, il giudice può esaminare tali motivi nella successiva fase giurisdizionale?*
- *In particolare, ove il giudice ritenga sussistenti i “gravi motivi”, può procedere direttamente all'esame o deve, invece, consentire il recupero della prima fase amministrativa e rinviare il procedimento alla fase amministrativa?*

¹ Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo, Università degli studi di Milano; giudice della Prima Sezione Civile del Tribunale di Milano.

- *Il dovere di cooperazione deve essere esercitato anche ove le dichiarazioni del ricorrente siano ritenute parzialmente non credibili?*
- *Qual è il tenore dell'obbligo di motivazione previsto dalla norma nazionale con riferimento al provvedimento di diniego?*
- *Quali sono i profili di non conformità della normativa nazionale rispetto alle fonti sovranazionali?*
- *Quali sono le tecniche di raccordo e di coordinamento utilizzabili per superare i profili di contrasto con il diritto europeo?*

5.1. Rapporto tra fonti sovranazionali e fonti nazionali

QUESTIONI:

- *Qual è la distinzione tra i concetti di «Paese terzo sicuro», «Paese di primo asilo» e «Paese di origine sicuro»?*
- *Qual è il regime intertemporale applicabile con riferimento al decreto interministeriale con il quale vengono designati i Paesi di origine sicuri?*
- *Quali sono la natura e il contenuto dell'obbligo di verificare che il paese terzo sia un paese “sicuro”?
L'applicazione della presunzione di sicurezza è automatica oppure è comunque soggetta a valutazione di merito da parte della P.A. ed eventualmente del giudice?*
- *Quali sono i possibili profili di non conformità delle disposizioni interne rispetto alle fonti sovranazionali?
Quali sono le tecniche di raccordo e di coordinamento in siffatte ipotesi?*
- *Le disposizioni introdotte dal d.l. 113/2018 (come convertito nella legge 132/2018) presentano profili di incompatibilità con le norme costituzionali?*

Riferimenti normativi

L'art. 7-bis del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (cd. decreto sicurezza), introdotto in sede di conversione dall'art. 1 della L. 1° dicembre 2018, n. 132, ha inserito nel **d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25**, l'art. 2-bis, intitolato "**Paesi di origine sicuri**": *«[c]on decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, è adottato l'elenco dei Paesi di origine sicuri»*, elenco, che viene aggiornato periodicamente ed è notificato alla Commissione europea (co. 1).

Al **comma 2**, si stabilisce che *«[u]no Stato non appartenente all'Unione europea può essere considerato Paese di origine sicuro se, sulla base del suo ordinamento giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione (...), né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale»*. Si precisa, altresì, che la designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone.

Per operare suddetta valutazione si tiene conto, ai sensi del **comma 3**, *«della misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante:*

- a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del Paese ed il modo in cui sono applicate;*
- b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, aperto alla firma il 19 dicembre 1966, ratificato ai sensi della legge 25 ottobre 1977, n. 881, e nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984, in particolare dei diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della predetta Convenzione europea;*
- c) il rispetto del principio di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra;*
- d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà»*.

Inoltre, siffatta valutazione deve basarsi sulle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, nonché da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti (co. 4).

Infine, affinché un Paese designato possa essere considerato Paese di origine sicuro per il richiedente, questi deve avere «*la cittadinanza di quel Paese*» o essere «*un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese*» e non avere invocato «*gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova.*» (co. 5).

L'introduzione di questo concetto rende operative altre disposizioni modificative del d. lgs. n. 25 del 2008, introdotte dallo stesso art. 7-bis del d.l. n. 113 del 2018, che concernono il procedimento (amministrativo e giurisdizionale) di riconoscimento della protezione internazionale.

a) **In tema di obblighi informativi:**

- È stato riformulato il **comma 1 dell'art. 10**: «*L'ufficio di polizia informa il richiedente che, ove proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-bis, la domanda può essere rigettata ai sensi dell'articolo 9, comma 2-bis.*».
- È stata aggiunta la **lettera d-bis al comma 2 dell'art. 10**, in forza della quale l'opuscolo che la Commissione nazionale deve redigere a fini di informazione dei richiedenti asilo, contiene «*l'elenco dei Paesi designati di origine sicuri ai sensi dell'articolo 2-bis.*».

b) **In tema di procedure:**

- È stata inserita la **lettera c-ter al comma 1 dell'art. 28**, che aggiunge un **nuovo caso di esame prioritario delle domande di protezione internazionale**, facendo riferimento a quelle dei richiedenti che provengono da un Paese designato di origine sicuro;
- È stato introdotto l'**art. 28-ter**: «*La domanda è considerata **manifestamente infondata**, ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettera b-bis), quando ricorra una delle seguenti ipotesi: (...) b) **il richiedente proviene da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-bis***»
- È stato riformulato il **comma 3 dell'art. 35-bis**: una delle **eccezioni alla previsione secondo la quale la proposizione del ricorso giurisdizionale determina la sospensione automatica dell'efficacia esecutiva del provvedimento di rigetto** della domanda di asilo, è rappresentata proprio dal **caso in cui in cui la domanda sia stata rigettata per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b-bis** (norma che rinvia al novellato art. 28-ter e, dunque, al **caso in cui il richiedente provenga da un Paese designato come sicuro**).

5.1.1. La Direttiva Procedure e le disposizioni introdotte dal D.L. 113/2018 (come convertito nella legge 132/2018)

Avvalendosi di una facoltà prevista dalla c.d. direttiva procedure (dir. 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013), il legislatore italiano, con la legge n. 132/2018, ha introdotto nell'ordinamento interno il concetto di «*Paesi di origine sicuri*».

L'articolo 37 della menzionata direttiva statuisce che gli Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre una normativa che consenta di designare a livello nazionale Paesi di origine sicuri ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale.

In merito a ciò, una precisazione appare necessaria: la scelta del legislatore italiano ha comportato l'introduzione nel nostro ordinamento esclusivamente della nozione di «*Paesi di origine sicuro*» e non, invece, dei distinti concetti di «*Paese terzo sicuro*», «*Paese di primo asilo*».

Qual è la differenza tra i concetti di «Paese terzo sicuro», «Paese di primo asilo» e «Paese di origine sicuro»?

Il «Paese terzo sicuro» è una nozione giuridica che consente di enucleare una presunzione di sicurezza rispetto a Paesi che presentino determinate caratteristiche, elencate all'articolo 38, paragrafo 1 della direttiva procedure. Nello specifico, ai fini della valutazione di sicurezza, devono essere rispettati i seguenti criteri:

- a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale;
- b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE;
- c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra;
- d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e
- e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra.

La provenienza del cittadino straniero da un Paese terzo sicuro comporta la possibilità per gli Stati membri di dichiarare inammissibile la domanda di asilo promossa (art. 33, par. 2, lett. c)), quando, a motivo di un legame sufficiente con un Paese terzo sicuro, sia ragionevole che il richiedente cerchi protezione in tale Stato.

In proposito, si sottolinea che, secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza *LHP*², il mero transito di un richiedente asilo attraverso un Paese terzo considerato sicuro non può costituire criterio sufficiente da far presumere un legame rilevante tra il ricorrente e suddetto Paese, tale da rendere applicabile la correlata ipotesi di irricevibilità della domanda di protezione internazionale (art. 33, par. 2, lett. c)).

D'altra parte, la direttiva consente agli Stati membri di non procedere all'esame o all'esame completo delle domande di protezione internazionale dei richiedenti che entrano nel loro territorio in provenienza da Paesi europei di origine o provenienza, che rispettano norme particolarmente elevate in materia di diritti dell'uomo e di protezione dei rifugiati. I suddetti Paesi rientrano nel concetto di «Paese terzo europeo sicuro», di cui all'art. 39 della direttiva, e possono essere considerati tali se:

- a) hanno ratificato e osserva la convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche;
- b) dispongono di una procedura di asilo prescritta per legge; e
- c) hanno ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ne rispetta le disposizioni, comprese le norme riguardanti i ricorsi effettivi.

Ancora differente è la nozione di «Paese di primo asilo». Ai sensi dell'articolo 35 della direttiva procedure, uno Stato è considerato Stato di primo asilo se riconosca all'individuo ivi inviato o la protezione di cui questi abbia goduto in passato o una protezione che il legislatore europeo definisce sufficiente e che comprenda, quanto meno, la tutela dal *refoulement*. Anche questa

² Corte di giust, 19 marzo 2020, causa C-564/18, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, ECLI:EU:C:2020:218, punti 45 e ss. Negli stessi termini: Core di giust, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 PPU e C 925/19 PPU, *FMS FNZ e SA, SA junior*, punti 156-157.

nozione si ricollega ad un'ipotesi di inammissibilità della domanda di asilo: a norma dell'art. 33, par. 2, lett. b), «*Gli Stati membri possono giudicare una domanda di protezione internazionale inammissibile soltanto se: (...) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell'articolo 35*».

È opportuno precisare che i concetti di «*Paese terzo sicuro*» e «*Paese di primo asilo*», in quanto nozioni di derivazione sovranazionale, hanno piena rilevanza giuridica nel nostro ordinamento. Tuttavia, dal momento che il legislatore italiano non ha trasposto con norme interne le disposizioni di natura procedurale, previste dalla direttiva europea, correlate a suddetti concetti, esse non possono trovare spazio nell'ordinamento italiano – che, in questo senso, risulta maggiormente garantista. Dunque, in Italia, non operano le ulteriori condizioni di inammissibilità della domanda di asilo previste dalla direttiva e connesse ai suddetti concetti.

Invece, il legislatore italiano, con la legge n. 132/2018, si è limitato a recepire nell'ordinamento interno il concetto di «*Paese di origine sicuro*», unitamente all'apparato di norme procedurali ad esso connesse.

Tale nozione risulta espressamente definita all'allegato I della direttiva 2013/32, in forza del quale «*[u]n paese è considerato paese di origine sicuro se, sulla base dello status giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni (...) né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*».

Inoltre, l'articolo 36 della medesima direttiva detta le condizioni soggettive affinché un Paese possa essere considerato Paese d'origine sicuro per un determinato richiedente asilo. In particolare, è necessario che quest'ultimo:

- sia cittadino del Paese di provenienza definito sicuro o apolide che in quel Paese abbia soggiornato abitualmente; e
- non abbia invocato gravi motivi a lui riferibili, tesi a escludere che il Paese di origine sia sicuro.

L'articolo 37 precisa altresì che «*[g]li Stati membri riesaminano periodicamente la situazione nei paesi terzi designati paesi di origine sicuri conformemente al presente articolo*» (par. 2) e la relativa valutazione deve basarsi «*su una serie di fonti di informazioni, comprese in particolare le informazioni fornite da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti*» (par. 3). Gli Stati membri sono poi tenuti a notificare alla Commissione l'elenco dei paesi designati come sicuri (par. 4).

L'introduzione di questo concetto è utile al fine di rendere operative una serie di conseguenze di carattere procedurale, quali: una presunzione *iuris tantum* di manifesta infondatezza della domanda di asilo (art. 32, par. 2), cui sono connessi l'esame prioritario e una procedura accelerata (art. 31, par. 8, lett. b)), con inversione dell'onere della prova a carico del richiedente in ordine alle condizioni di “non sicurezza” del Paese stesso in relazione alla propria situazione particolare. Inoltre, l'art. 46, par. 6, lett. a) nega effetto sospensivo automatico al provvedimento di manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale nel caso di provenienza da un paese terzo di origine sicuro.

5.1.2. Il decreto interministeriale 4.10.2019

In forza del primo comma dell'art. 2-bis d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, il 4 ottobre 2019, è stato emanato un decreto interministeriale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 ottobre 2019, contenente un elenco di Paesi d'origine sicuri. In particolare, l'art. 1, comma 1, del decreto individua quali Paesi sicuri: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina.

Inoltre, all'art. 1, comma 2 del medesimo decreto, si legge che, «[n]ell'ambito dell'esame delle domande di protezione internazionale, la situazione particolare del richiedente è valutata alla luce delle informazioni sul Paese d'origine risultanti dall'istruttoria di cui in premessa». Tale riferimento rimanda direttamente alla nota del 3 aprile 2019, con la quale sono state trasmesse le informazioni della Commissione Nazionale per il diritto d'asilo, nonché all'«*appunto n. 167189 del 1.10.2019*» elaborato dai «*competenti uffici geografici del Ministero degli affari esteri*».

Quanto all'entrata in vigore del decreto, l'articolo 4 prevede quanto di seguito: «*Il presente decreto si applica dal quindicesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*», avvenuta, come anticipato, il 7 ottobre 2019.

Qual è il regime intertemporale applicabile?

Le norme dell'art. 2-bis si profilano, da un lato, come norme sulla prova³, in quanto introducono una presunzione relativa di infondatezza della domanda di protezione internazionale dei migranti provenienti da Paesi sicuri, e, dall'altro, investono altresì profili di impugnabilità dei provvedimenti, dal momento che comportano il venir meno dell'efficacia sospensiva dell'impugnazione giudiziale del provvedimento della Commissione territoriale.

È opportuno dunque considerare che le disposizioni relative al concetto di Paesi di origine sicuri non si limitano a modificare semplicemente gli strumenti processuali utilizzabili dal giudice, ma orientano i comportamenti dei consociati e incidono sul contenuto della decisione finale rischiando di comprimere *de facto* il diritto di asilo di taluni richiedenti. Dunque, nonostante l'irrisolta questione relativa alla natura sostanziale ovvero processuale delle norme in materia di prove e di impugnabilità dei provvedimenti, le norme in questione non possono essere applicate retroattivamente.

Pertanto, il decreto di designazione dei Paesi sicuri e le norme la cui efficacia è subordinata alla sua emanazione, in quanto irretroattivi, non possono trovare applicazione rispetto alle domande

³ È possibile evidenziare una differenza rispetto alle norme sul riconoscimento della protezione umanitaria, che hanno costituito oggetto delle **pronunce delle Sezioni Unite del 13 novembre 2019, nn. 29459, 29460, 29461**. Con queste pronunce, le Sezioni Unite, confermando l'orientamento della 1 sez. civile della Cassazione, contenuto nella pronuncia del 19 febbraio 2019, n. 4890, hanno espressamente sancito che «[I]n tema di successione delle leggi nel tempo in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta a ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile; ne consegue che la normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina contemplata dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione aa domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari (...) convertito nella compoterà il rilascio del permesso di soggiorno per "casi speciali" previsto dall'art. 1, comma 9, del [d.l.113/2018]».

amministrative e giudiziali presentate prima dell'entrata in vigore del decreto stesso, ovvero prima del 22 ottobre 2019 (il «*quindicesimo giorno successivo a quello della (...) pubblicazione [del decreto]*»).

Quindi, per quanto concerne le procedure instaurate prima del 22 ottobre 2019, deve ritenersi illegittimo un rigetto della domanda amministrativa, per manifesta infondatezza, motivato solo con riferimento alla mancanza dell'invocazione dei gravi motivi di cui all'art. 2-bis, comma 5, del d. lgs. n. 25 del 2008. Deve inoltre ritenersi perdurante l'efficacia dell'impugnazione del provvedimento amministrativo di rigetto (se motivato con la provenienza del richiedente da un Paese sicuro) a determinare la sospensione automatica della sua efficacia esecutiva.

In questo senso, si è recentemente espressa la Corte di Cassazione, con la sentenza 11 novembre 2020, n. 25311, con la quale ha affermato che «*in tema di protezione internazionale, la designazione di Paese di origine sicuro può produrre i suoi effetti solo per i ricorsi giurisdizionali dei soggetti provenienti dagli Stati indicati nell'elenco (o dagli apolidi presenti nel loro territorio) proposti dopo l'entrata in vigore del d.m. 4-10-2019, poiché in tal caso la presentazione del ricorso contro la decisione della commissione territoriale richiede il rispetto di oneri di allegazione rafforzati in ordine alle ragioni per le quali il Paese deve essere considerato non sicuro per la situazione particolare in cui il richiedente si trova, ovvero alle ragioni per le quali, nonostante l'indicazione desumibile (in generale) dall'inserimento del Paese nel novero di quelli cd. sicuri, sussistano comunque i presupposti della protezione internazionale*». Come precisato dalla Corte, infatti, i principi del giusto processo (art. 111 Cost.) ostano al mutamento in corso di causa delle regole alle quali deve essere informato l'onere di allegazione.

Peraltro, i giudici hanno sottolineato che, nelle cause per le quali *ratione temporis* rileva la designazione dei Paesi di origine sicuri, ove il ricorrente abbia rispettato l'onere di allegazione, resta comunque intatto per il giudice il potere-dovere di acquisire con ogni mezzo tutti gli elementi utili a indagare sulla sussistenza degli indicati presupposti della protezione internazionale.

5.1.3. Profili problematici

Un primo aspetto che merita di essere indagato concerne la natura del concetto di Paese “sicuro”, e ciò al fine di verificare se le conseguenze procedurali discendenti dall'applicazione della presunzione di sicurezza del Paese terzo costituiscano un automatismo o, al contrario, se sia comunque necessaria una valutazione più approfondita della situazione in essere nel Paese di respingimento, anche in caso di mancato esame nel merito della domanda.

Quali sono la natura e il contenuto dell'obbligo di verificare che il paese terzo sia un paese “sicuro”?
L'applicazione della presunzione di sicurezza è automatica oppure è comunque soggetta a valutazione di merito da parte della P.A. ed eventualmente del giudice?

La questione è stata specificatamente affrontata dalla Corte EDU con la sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*⁴, nella quale, tra le numerose questioni affrontate, i giudici di Strasburgo si sono occupati di individuare gli oneri di uno Stato che faccia applicazione della nozione di Paese “sicuro”, con specifico riferimento ad un rischio di violazione del principio di *non refoulement* (art. 3 CEDU). In

⁴ Corte EDU (Grande Camera), 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

merito, la Corte ha ribadito quanto già in precedenza affermato relativamente alla responsabilità dello Stato contraente che intenda rimuovere dei richiedenti asilo verso un Paese terzo, che comporta il dovere di non deportare tali soggetti «se siano stati presentati motivi sostanziali per credere che una tale azione possa esporli direttamente (cioè in quel Paese terzo) o indirettamente (per esempio, nel Paese di origine o in altro Paese) a un trattamento contrario, in particolare, all'articolo 3» (par. 129). In questa prospettiva, tra le valutazioni che necessitano di essere effettuate, rientra sicuramente una verifica circa l'adeguatezza della procedura di asilo del Paese di destinazione, al fine di accertare che vengano assicurate garanzie sufficienti per evitare che un richiedente asilo fosse respinto, direttamente o indirettamente, verso il proprio Paese di origine senza una valutazione consona del rischio che possa affrontare nei termini dell'articolo 3 della CEDU⁵.

In *Ilias e Ahmed*, la Corte ha però fatto un passo ulteriore, poiché ha espressamente negato qualsiasi automatismo discendente dal criterio del Paese "sicuro". I giudici, infatti, hanno affermato che «in tutti i casi di spostamento di un richiedente asilo da uno Stato contraente a un Paese terzo intermedio senza esame della domanda d'asilo nel merito, e indipendentemente dall'appartenenza dello Stato terzo all'Ue o alla Cedu, resta il dovere dello Stato espellente di valutare in dettaglio se vi sia o meno il rischio reale che il richiedente asilo si veda negare, nel Paese terzo, l'accesso a una procedura d'asilo adeguata e che possa proteggerlo/la dal refoulement. Se viene stabilito che le garanzie esistenti in merito sono insufficienti, l'articolo 3 implica un obbligo di non ricollocamento dei richiedenti asilo verso tale Paese terzo» (par. 134). Dunque, in merito alla valutazione, mentre il richiedente asilo ha l'onere di allegare le proprie circostanze individuali che non possono essere a conoscenza delle autorità nazionali, «queste stesse autorità devono procedere di propria iniziativa a una valutazione aggiornata, in particolare, dell'accessibilità e del funzionamento del sistema d'asilo del Paese ricevente e delle garanzie che dia in pratica. La valutazione va condotta principalmente con riferimento ai fatti che fossero conosciuti dalle autorità nazionali al momento dell'espulsione, ma è obbligo di quelle autorità ricercare a tal fine ogni informazione rilevante che sia generalmente accessibile (...). Vi è una presunzione di conoscenza per quanto concerne carenze generali che siano ben documentate in rapporti autorevoli, in particolare quelli dell'Unhcr, del Consiglio d'Europa e dell'Ue. (...) [Lo Stato espellente] deve, come prima cosa, verificare come le autorità di quel Paese applichino in concreto la loro legislazione sull'asilo» (par. 139-141).

Tanto premesso, come evidenziato all'inizio di questo paragrafo, la scelta di introdurre nell'ordinamento nazionale italiano il concetto di «Paese d'origine di sicuro» risponde ad una facoltà rimessa agli Stati membri dalla direttiva procedure (art. 37). Tuttavia, la disciplina nazionale illustrata, anche se per la maggior parte riproduttiva delle corrispondenti disposizioni europee, solleva alcuni profili di dubbia compatibilità tanto con la normativa dell'Unione, quanto anche con alcuni principi di rango costituzionale.

Quali sono i possibili profili di non conformità delle disposizioni interne rispetto alle fonti sovranazionali? Quali sono le tecniche di raccordo e di coordinamento in siffatte ipotesi?

1. È da segnalare, innanzitutto, che la direttiva procedure del 2013 - a differenza della precedente del 2005 - non consente di designare un Paese come sicuro limitatamente a

⁵ Corte EDU, 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 358; Corte EDU, 21 ottobre 2014, ric. n. 16643/09, *Sbarif*, par. 30; Corte EDU, 2 dicembre 2008, ric. n. 32733/08, *K.R.S. c. Regno Unito*.

determinate porzioni di territorio o a determinati gruppi di individui. Di contro, il legislatore italiano ha esplicitamente ammesso questa possibilità non prevista dalla direttiva (art. 2-bis, comma 2 d.lgs. 25/2008) e la Commissione nazionale per il diritto d'asilo, responsabile di redigere le “schede Paese” contenenti le informazioni relative alla situazione di sicurezza indicati come «*Paesi di origine sicuri*», ha contemplato eccezioni di questo tipo.

Questa scelta pone però alcune **problematiche**: da un lato, essa **parrebbe contraddire la ratio sottesa alla stessa direttiva**, volta al ravvicinamento delle normative nazionali, e, dall'altro, sembrerebbe **smentire il concetto stesso di Stato «sicuro in via generale e costante»**, considerando tale un Paese che nega protezione ad una parte della propria popolazione.

D'altra parte, il decreto interministeriale contenente la lista di Paesi d'origine sicuri, nel caso di inserimento nell'elenco di un Paese non interamente sicuro, non fa riferimento alle parti del territorio non ritenute sicure o alle categorie di persone considerate a rischio. Ciò contrasta con il **principio di certezza del diritto** e rischia di inficiare il **diritto di difesa** del richiedente asilo, nonché l'**effettività della tutela lui riconoscibile**.

Pertanto, sarebbe possibile ipotizzare un **rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia**, volto a verificare la validità della norma interna nazionale, la quale introduce un'ipotesi non prevista dalla direttiva – e che non pare certo essere più garantista della norma sovranazionale. Dovrebbe altresì verificarsi se, nel caso in cui si ammettesse l'esclusione di parti del territorio o di gruppi di individui, fosse necessario specificare tali esclusioni in sede di designazione dei Paesi di origine considerati sicuri (quindi, con riferimento alla normativa italiana, se siffatte eccezioni debbano essere esplicitamente indicate nel decreto interministeriale contenente il relativo elenco).

2. Un ulteriore profilo problematico concerne la categoria dei soggetti vulnerabili e, nello specifico, dei minori stranieri non accompagnati (MSNA)⁶.

Sebbene sia prevista anche dalla direttiva procedure la possibilità di applicare anche nei confronti dei minori la presunzione di sicurezza per provenienza da un Paese d'origine sicuro e, di conseguenza, di esaminare le domande da essi promosse con procedura accelerata, **nella normativa nazionale non è stata data trasposizione alla disposizione europea che richiede di non applicare le procedure accelerate e di frontiera ai soggetti vulnerabili, ai quali non sia possibile assicurare «sostegno adeguato»** (art. 24, par. 3 della direttiva procedure). Anche il considerando 30 della medesima direttiva⁷ richiede che, qualora siffatto sostegno non possa essere fornito ad un richiedente che necessita di garanzie procedurali speciali nell'ambito di procedure accelerate o di frontiera (come i minori), tale richiedente dovrebbe essere esonerato da tali procedure.

La normativa nazionale, dunque, determina un minus di tutela e si pone in contrasto con il superiore interesse del minore, previsto dall'art. 24 CDFUE e individuato quale principio ispiratore di tutta la normativa riguardante la disciplina applicabile a questa categoria di soggetti:

⁶ C. PITEA, *La nozione di “Paese di origine sicuro” e il suo impatto per le garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. Dir. Internazionale*, 3/2019, pp. 21-23.

⁷ Nel considerando n. 33 è previsto altresì che: «L'esigenza di garanzie procedurali particolari che potrebbero evitare l'applicazione di procedure accelerate o di frontiera dovrebbero significare altresì che al richiedente siano fornite garanzie supplementari nei casi in cui il suo ricorso non abbia un effetto sospensivo automatico, al fine di renderlo effettivo in circostanze specifiche».

«L'interesse superiore del minore dovrebbe costituire una considerazione preminente degli Stati membri nell'applicazione della presente direttiva, conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta) e della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. Nella valutazione dell'interesse superiore del minore, gli Stati membri dovrebbero in particolare tenere debitamente conto del benessere e dello sviluppo sociale del minore, compreso il suo passato» (considerando 33).

Così, pur non aprendosi un aperto contrasto con la disciplina sovranazionale, le disposizioni del nostro ordinamento appaiono meno garantiste della direttiva europea, soprattutto sotto il profilo dell'effettività della tutela.

Dunque, **in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, nonché del principio di leale cooperazione (art. 4.3 TUE), i giudici nazionali sono chiamati ad operare un'interpretazione delle norme interne in modo che risulti conforme alla disciplina sovranazionale.** Soltanto qualora il tenore letterale della norma interna dovesse costituire un limite insuperabile all'interpretazione adeguatrice, il giudice interno sarebbe invece tenuto a valutare, a seconda dei casi, la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, disapplicare la norma nazionale contrastante con il diritto europeo, o innescare il giudizio di legittimità costituzionale per contrasto col parametro interposto⁸. Nell'ottica di un'interpretazione conforme, il giudice ordinario potrà quindi applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario.

In questo senso, **nell'ottica di un'effettiva tutela del superiore interesse del minore, potrà procedersi all'applicazione della disciplina ordinaria (in luogo delle eccezioni previste in correlazione al concetto di Paese di origine sicuro), nei confronti dei minori, ai quali non possano essere assicurate le garanzie procedurali a loro specificatamente rivolte**, quali, nello specifico, la presenza di un tutore (art. 19, comma 1 d.lgs. 25/2008), le garanzie assicurate nei casi di dubbio circa l'età del richiedente (art. 19, comma 2 d.lgs. 25/2008) e l'accessibilità al gratuito patrocinio anche in fase amministrativa (art. 16, comma 1 d.lgs. 25/2008).

3. Si pongono poi alcune criticità da un punto di vista di **tempistiche procedurali**. Secondo quanto sancito dall'articolo 28-bis d.lgs. 25/2008, possono verificarsi due diverse situazioni, cui vengono ricollegate tempistiche differenti:

- generica richiesta di protezione internazionale da parte di chi provenga da un Paese di origine designato come sicuro: in tal caso, *«la questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni»* (comma 1-bis);

⁸ Cfr.: Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269: «deve richiamarsi l'insegnamento di questa Corte in base al quale “conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando - se del caso - il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta - contrasto accettato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia - e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice nazionale deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso, Corte Cost. n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)” (ordinanza n. 207 del 2013)».

- richiesta presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito: in questa ipotesi, tramite il rinvio al co. 1, si dispone che *«appena ricevuta la domanda, la questura provvede immediatamente alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che, entro sette giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione. La decisione è adottata entro i successivi due giorni»* (comma 1-ter).

Invero, alla luce di quanto disposto dalla direttiva procedure, **le tempistiche della procedura accelerata previste dal legislatore italiano non sembrano poter essere qualificate come «ragionevoli» ai sensi dell'art. 31, par. 9 e, dunque, non sembrano tali da poter consentire un esame «adeguato e completo» delle domande di asilo, come richiesto dall'art. 31, par. 2.**

In tema di ragionevolezza dei termini procedurali, si è espressa la **Corte di giustizia** nella sentenza **H. I. D., B. A.**⁹, statuendo che *«l'istituzione di una procedura prioritaria come quella oggetto dei procedimenti principali deve pienamente consentire l'esercizio dei diritti che la direttiva in parola conferisce ai richiedenti asilo (...). Questi ultimi, in particolare, devono poter beneficiare di un termine sufficiente per raccogliere e presentare gli elementi necessari a suffragare le loro domande, permettendo così all'autorità accertante di compiere un esame equo e completo di tali domande nonché di garantire che i richiedenti non siano esposti a pericoli nel loro paese d'origine.»*.

Inoltre, è la stessa direttiva a stabilire che *«gli Stati membri possono superare i termini laddove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda di protezione internazionale»* (art. 31, par. 9, seconda parte).

Pertanto, al fine di assicurare il rispetto dei principi fondamentali e delle garanzie previste dalla direttiva procedure, volte ad assicurare ai richiedenti un accesso effettivo alle procedure di asilo¹⁰, **dovrà ammettersi un'interpretazione conforme al diritto europeo, che comporti la possibilità di considerare meramente indicativo il termine impartito, al fine di assicurare comunque un esame adeguato e completo della domanda.**

Peraltro, una possibilità di prolungamento dei termini per l'espletamento dell'esame delle domande di asilo risulta essere contemplata dallo stesso d.lgs. 25/2008. L'articolo 28-bis, al comma 2, consente di raddoppiare le tempistiche previste dal comma 1, con riferimento, tra le altre, alle ipotesi di cui all'articolo 28-ter, tra cui rientra anche il caso della richiesta di coloro che provengano da un Paese di origine designato come sicuro (co. 1 lett. b). Orbene, il rinvio che il comma 1-ter dell'art. 28-bis opera alla *«procedura di cui al comma 1»*, dovrebbe implicare che tale raddoppiamento del termine possa essere operato anche all'ipotesi di cui al comma 1-ter. Questa soluzione, inoltre, comporterebbe l'estensione del comma 3 dell'art. 28-bis, il quale prevede espressamente che *«i termini di cui ai commi 1 e 2 possono essere superati ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda»*.

4. Infine, altri due profili di incompatibilità della disciplina nazionale, connesse al tema dell'**effettività della tutela** che deve essere riconosciuta al singolo richiedente asilo, ai sensi dell'**art. 47 della Carta**, riguardano:

⁹ Corte di giust., 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D. e B.A.*, ECLI:EU:C:2013:45, punto 75. In tema di

¹⁰ Cfr.: Corte di giust., 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI:EU:C:2011:524, punto 33.

- La disciplina relativa alle **limitazioni dell'effetto sospensivo automatico del provvedimento di diniego della domanda di protezione**, la quale potrebbe di fatto determinare una **lesione del diritto di difesa** e un rischio concreto di allontanamento in assenza di una valutazione del rischio per la vita, la dignità e l'integrità fisica del richiedente, in **violazione del principio di *non refoulement*** (artt. 18 e 19, par. 2 CDFUE, artt. 3 e 13 CEDU);
- L'**assenza di obbligo di motivazione del provvedimento di diniego della domanda di protezione**, secondo quanto previsto dal nuovo comma 2-bis dell'art. 9 del d.lgs. 25/2008.

Le disposizioni introdotte dal 113/2018 (come convertito nella legge 132/2018) presentano profili di incompatibilità con le norme costituzionali?

Quanto alla compatibilità della disciplina esaminata rispetto ai dettami costituzionali, possono evidenziarsi i seguenti profili di criticità:

- Innanzitutto, potrebbe configurarsi un contrasto con l'art. 10, comma 3 della Costituzione, poiché la disposizione costituzionale osterebbe ad una limitazione dell'accesso al diritto di asilo costituzionale sulla sola base della provenienza da un determinato Paese¹¹. In ogni caso, se si ammettesse – come in precedenza argomentato – la natura non automatica della nozione di “sicurezza” e, dunque, un più ampio margine di discrezionalità del giudice, potrebbe superarsi – almeno in fase rimediabile – il contrasto con la suddetta disposizione costituzionale attraverso un'interpretazione conforme, nel pieno rispetto del principio di non respingimento.

In questo senso, pare essersi orientata la **Corte di Cassazione**, con la **sentenza del 18 novembre 2019, n. 29914**, nel caso in cui il giudice ordinario dovesse ravvisare un vizio di legittimità del decreto interministeriale che fissa l'elenco dei Paesi di origine sicuri, il giudice può ritenerlo «non vincolante». Infatti, *«va considerato che l'inserimento del Paese nel predetto elenco non preclude la possibilità per il ricorrente di dedurre la propria provenienza da una specifica area del Paese stesso interessata a fenomeni di violenza e insicurezza generalizzata che, ancorché territorialmente circoscritti, possono essere rilevanti ai fini della concessione della protezione internazionale o umanitaria, né esclude il dovere del giudice, in presenza di detta allegazione, di procedere all'accertamento in concreto sulla pericolosità di detta zona e sulla rilevanza dei predetti fenomeni»*. I vizi che potrebbero essere considerati rilevanti dal giudice riguardano l'eccesso di potere per assenza dell'obbligo di motivazione, l'omessa previsione di eccezione personali o territoriali o la violazione delle disposizioni che prevedono un'articolata istruttoria. In particolare, quanto alle informazioni utilizzate per comporre la lista di Paesi sicuri, il giudice potrebbe ravvisare criticità in merito al mancato aggiornamento periodico dell'elenco – revisione che, pur essendo prevista sulla carta (art. 2-bis, co. 1 d.lgs.

¹¹ In questo senso, cfr.: F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea, e «vuoto» normativo*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 151 ss., p. 158; P. BONETTI, *Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 44; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, 2018, fasc. 2, p. 28 ss.

25/2008), non contempla la predeterminazione di modalità e tempistiche da rispettare per la sua realizzazione –, nonché circa l'affidabilità delle COI utilizzate.

- Inoltre, dal momento che la limitazione dell'accesso al diritto di asilo costituzionale risulterebbe dipendente da una previsione contenuta in uno strumento non legislativo¹² – il decreto interministeriale –, ciò si porrebbe in ulteriore contrasto con la riserva legislativa del comma 2 dell'art. 10.
- Il fatto che non sia previsto un obbligo di motivazione (né per il provvedimento di rigetto della domanda di protezione, né per il decreto interministeriale che designa i Paesi rispetto ai quali possa farsi valere la presunzione di sicurezza) potrebbe contrastare con i principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione pubblica (art. 97 Cost.), potrebbe ostacolare la sindacabilità dei suoi contenuti e delle decisioni che in base ad esso potranno essere adottate dalle Commissioni territoriali (art. 113 Cost.), e dunque contrastare con il diritto di difesa (art. 24 Cost.).

5.2. La sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto per manifesta infondatezza

QUESTIONI:

- *Il mancato riconoscimento dell'effetto sospensivo automatico nei casi di domanda manifestamente infondata si pone in contrasto con il diritto dell'Unione e con la CEDU?*
- *Ma quando un'istanza cautelare può ritenersi "difendibile"?*
- *Come si interpretano le «gravi e circostanziate ragioni»?*

¹² Come accade, peraltro, nella maggior parte degli Stati membri che hanno introdotto questo concetto all'interno dei propri ordinamenti. Come risulta dall'informativa dello European Migration Network, *Safe Countries of Origin - EMN Inform*, di marzo 2018, infatti, «the legal status of the national lists of safe countries of origin differs between (Member) States. The list of safe countries of origin is enacted in (Member) States either in the form of royal, ministerial or governmental decree (BE, CZ, HU, NL, SK), decision of a minister (HR), governmental or ducal regulation (AT, LU), a legislative order (IE) or a governmental ordinance (SI). In Germany, the list has the legal status of a law and constitutes an annex to the Asylum act. In United Kingdom, the list is enacted in the law, but can be added to or subtracted from by the Secretary of State (with the approval of Parliament). In Norway there is no official list of safe countries of origin as such, but there are certain countries to which the 48-hour accelerated procedure applies. The list of these countries is an attachment to the official guidelines».

- *La violazione degli obblighi informativi o altri profili di illegittimità del provvedimento amministrativo possono essere rilevati d'ufficio?*

Riferimenti normativi

Art. 35-*bis*, comma 3, D.Lgs. 25/2008: “La proposizione del ricorso sospende l’efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che nelle ipotesi in cui il ricorso viene proposto: ...c) avverso il provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza ai sensi dell’art. 32, comma 1, lettera *b-bis*)”.

Art. 32, comma 1, lettera *b-bis*) prevede che la Commissione rigetti la domanda per manifesta infondatezza nei casi di cui all’art. 28-*ter*.

Art. 28 *ter*: “La domanda è considerata manifestamente infondata, ai sensi dell’art. 32, comma 1, lettera *b-bis*, quando ricorra una delle seguenti ipotesi:...b) il richiedente proviene da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell’art 2-*bis*”.

Venuto meno l’effetto sospensivo automatico, il richiedente asilo può proporre istanza cautelare di sospensione, ai sensi dell’art. 35-*bis*, comma 4: “*Nei casi previsti dal comma 3, lettere a), b), c) e d), l’efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa, quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni e assunte, ove occorra, sommarie informazioni, con decreto motivato, pronunciato entro cinque giorni dalla presentazione dell’istanza di sospensione e senza la preventiva convocazione della controparte. Il decreto con il quale è concessa o negata la sospensione del provvedimento impugnato è notificato, a cura della cancelleria e con le modalità di cui al comma 6, unitamente all’istanza di sospensione. Entro cinque giorni dalla notificazione le parti possono depositare note difensive. Entro i cinque giorni successivi alla scadenza del termine di cui al periodo precedente possono essere depositate note di replica. Qualora siano state depositate note ai sensi del terzo e quarto periodo del presente comma, il giudice, con nuovo decreto, da emettersi entro i successivi cinque giorni, conferma, modifica o revoca i provvedimenti già emanati. Il decreto emesso a norma del presente comma non è impugnabile. Nei casi di cui alle lettere b), c) e d), del comma 3 quando l’istanza di sospensione è accolta, al ricorrente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo*”.

Con riferimento al diritto dell’Unione, tale contrasto non sembra sussistere.

Il mancato riconoscimento dell’effetto sospensivo automatico nei casi di domanda manifestamente infondata si pone contrasto con il diritto dell’Unione e con la CEDU?

L’art. 46, paragrafo 5, della Direttiva Procedure, infatti, dispone che “*gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell’esito del ricorso*”, ma fa espressamente salvo il successivo par. 6, in cui è prevista l’ipotesi della domanda amministrativa rigettata per *manifesta infondatezza*. In tal caso, l’autorizzazione a rimanere nel territorio deve essere concessa dal giudice, su istanza del richiedente o d’ufficio, e salve disposizioni più favorevoli del diritto nazionale.

Per quanto riguarda il rapporto tra normativa interna e CEDU, l’art. 13 della detta Convenzione richiede che, in presenza di una domanda “difendibile” (“*arguable claim*”), l’allontanamento sia sempre differito sino ad una decisione nel merito che consenta un’analisi approfondita, attenta, indipendente e rigorosa del rischio in caso di rimpatrio - conseguente, per quel che rileva in questa

Quando un’istanza cautelare può ritenersi “difendibile”?

sede, ad un diniego dell’accoglimento dell’istanza cautelare di sospensiva.

Nella giurisprudenza della Corte EDU non si rinviene una definizione di *arguable claim*, in quanto la Corte ha deciso, con una valutazione *ex post*, svolta alla luce delle circostanze del caso concreto portato alla sua attenzione¹³. Dall'esame delle decisioni della Corte emerge però, come osservato da attenta dottrina¹⁴, che il contenuto della nozione di “difendibilità” della doglianza sia variabile, non potendosi prescindere dalle caratteristiche dei rischi allegati. Così come peraltro già affermato dalla Corte in merito al contenuto dei poteri officiosi del giudice (tanto più estesi, tanto maggiore è il rischio di violazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione)¹⁵, ove, dunque, venga allegato un rischio di esposizione a trattamenti contrari ai citati artt. 2 e 3, in caso di allontanamento dal territorio, un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 deve tassativamente consentire, un esame attento e rigoroso dei rischi derivanti dall'espulsione e produrre l'effetto di impedire il rimpatrio. Sebbene ben si comprenda la necessità di non confondere l'esame delle questioni legate all'allontanamento coattivo del richiedente protezione (sul quale si veda, diffusamente, il capitolo IV) con quelle relative alla valutazione delle istanze cautelari di sospensiva dei richiedenti provenienti da Paesi Sicuri, non possono non essere esaminati i profili di rischio astrattamente conseguenti ad una decisione negativa.

Ancora con riferimento alle conseguenze di un provvedimento di diniego dell'istanza di sospensiva proposta da un richiedente proveniente da un Paese Sicuro, devono essere tenuti in considerazione i seguenti aspetti:

- Il rigetto dell'istanza di sospensiva proposta dal richiedente protezione internazionale (e il conseguente allontanamento dal territorio) può pregiudicare non solo il concreto esercizio del diritto di difesa (precludendo al ricorrente le possibilità di un costante ed aggiornato contatto con il suo difensore), ma anche l'effetto utile di una futura decisione, di merito favorevole (su questo aspetto, rinvio al capitolo II);
- Il rigetto della domanda cautelare potrebbe precludere al giudice la possibilità di disporre l'audizione del ricorrente, ove l'esigenza di tale audizione – da valutare secondo i noti criteri indicati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Sacko* – sorgesse solo nel corso del giudizio di merito.

Sarà, pertanto, compito del giudice ordinario, nell'esame delle istanze di sospensiva proposte da richiedenti provenienti da Paesi Sicuri, valutare la “difendibilità” della domanda cautelare e la sussistenza delle invocate “gravi e circostanziate ragioni”.

Come si interpretano le «gravi e circostanziate ragioni»?

Nel composito sottosistema delle sospensive che caratterizza le fattispecie di protezione internazionale, i richiedenti asilo provenienti da un Paese Sicuro non devono allegare “gravi e

¹³ V. Corte EDU, 27 aprile 1988, ric. nn. 9659/82 e 9658/82, *Boyle e Rice c. Regno Unito*, par. 54; Corte EDU, 21 giugno 1988, ric. n. 10126/82, *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Austria*, par. 27; Corte EDU, 2 dicembre 2010, ric. n. 12853/03, *Ivan Atanasov c. Bulgaria*, par. 100; Corte EDU, 23 luglio 2013, ric. n. 41872/10, *M.A. c. Cipro*, par. 117; Corte EDU, 15 aprile 2014, ric. n. 43875/09, *Asalya c. Turchia*, par. 97; Corte EDU, 22 luglio 2014, ric. n. 43875/09, *A.D. et al. c. Turchia*, par. 86.

¹⁴ C. PITEA, *cit.*, 3/2019.

¹⁵ Nella decisione della Grande Camera sul caso *Ilias and Ahmed v. Hungary*, del 21 novembre 2019, la Corte, dopo aver ricordato che spetta al richiedente asilo apportare gli elementi probatori che attestino il rischio di essere sottoposto a trattamenti persecutori nel paese di origine, ha precisato che, nel caso di domande di asilo basate su un rischio generale ben noto, accertabile in una serie considerevole di fonti, l'articolo 3 impone agli Stati di avviare di propria iniziativa una valutazione sul rischio in parola.

fondati motivi” (come nel caso del comma 13 dell’art. 35 *bis*), bensì “gravi e circostanziate ragioni”. Quando può ritenersi integrata la prova dell’esistenza di tali “gravi e circostanziate ragioni”?

In via generale, pare opportuno ricordare che, come da tempo precisato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, *“il termine "cautelare" non connota una generica funzione di preservazione dei diritti di colui che richieda il provvedimento, funzione che viene assolta da qualsivoglia azione, bensì quella specifica di assicurare, in via provvisoria, e, come si dice, in via di "strumentalità ipotetica", che gli accadimenti che possono verificarsi durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo ordinario, non si risolvono in un danno per colui che risulterà vittorioso”* (Cass., S.U., 9 gennaio 1995, n. 215). Con l’accoglimento dell’istanza di sospensiva, pertanto, si tende ad evitare che nel tempo necessario per l’esame nel merito il ricorrente possa subire un danno (danno da declinare sia con riferimento all’impossibilità di partecipare al giudizio di merito che con riferimento alla possibilità di godere dei risultati utili dell’eventuale futura decisione di accoglimento).

Occorre, dunque, chiarire cosa debba allegare il richiedente protezione internazionale proveniente da un Paese Sicuro per evitare che il decorso del tempo necessario per lo svolgimento del giudizio di merito – che, in caso di diniego dell’istanza cautelare, si svolgerebbe quando il richiedente potrebbe non trovarsi più sul territorio italiano – si risolva in un danno per la parte.

Nella valutazione delle gravi e circostanziate ragioni, deve essere prima chiarito se gli elementi relativi al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora* devono coesistere entrambi o possono essere alternativi.

La generica previsione normativa – che non trova possibili riferimenti né nell’art. 283 c.c. (che fa riferimento ai “gravi e fondati motivi”) né nell’art. 373 c.c. (che guarda, invece, al “grave ed irreparabile danno”) – porta a ritenere preferibile la scelta interpretativa che considera i due requisiti come alternativi. Per l’accoglimento dell’istanza cautelare, dunque, sarà sufficiente sia la positiva valutazione, necessariamente sommaria, della fondatezza della domanda che l’allegazione di un pericolo nel pregiudizio.

La giurisprudenza di merito, chiamata ad interpretare le “gravi e circostanziate ragioni”, le ha interpretate in modo molto disomogeneo.

Alcuni Tribunali, ad esempio, ritengono integrate le “gravi e circostanziate ragioni” solo in presenza di un pericolo di pregiudizio per il ricorrente (integrato, ad esempio, da gravi condizioni di salute, sopravvenute rispetto alla prima decisione o, ancora, dall’aggravamento della situazione nel Paese di origine del richiedente), mentre in altre decisioni si rileva come la valutazione delle *gravi e circostanziate ragioni* includa sia la considerazione di nuovi elementi che possano condurre all’accoglimento del ricorso sia questioni relative alla prospettazione di nuove e ulteriori circostanze suscettibili di autonoma valutazione, anche sotto il profilo della irreparabilità del danno derivante dal rigetto della sospensione.

Le differenti opzioni interpretative dovrebbero, comunque, confrontarsi con il necessario riferimento ai **principi generali di proporzionalità e di effettività della tutela**.

In merito al principio di proporzionalità, deve osservarsi come il giudice, nell'adempimento del compito di bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali, debba applicare il predetto principio al singolo caso concreto, stabilendo così se ed a quali condizione il sacrificio del diritto del richiedente proveniente da un Paese sicuro di rimanere nelle more dell'esame della sua domanda di merito sia proporzionato rispetto al confliggente interesse dello Stato (in forza della presunzione relativa di sicurezza del Paese d'origine) di non consentire la permanenza sul proprio territorio sino alla decisione definitiva.

Con riferimento al secondo principio, nella motivazione di un provvedimento emesso all'esito di una domanda cautelare proposta da un richiedente proveniente da un Paese Sicuro, il giudice deve esaminare i profili relativi al possibile pregiudizio ad una tutela effettiva (in termini di diritto di difesa, di partecipazione al processo, di effetto utile della futura decisione, ecc.) conseguenti ad una declaratoria di rigetto.

A titolo esemplificativo, con decreto del 22 gennaio 2020, il Tribunale di Firenze, si è pronunciato sull'istanza di sospensiva dell'effetto esecutivo di un provvedimento di rigetto presentata da un ricorrente che, proveniente dal Senegal, aveva allegato dinanzi alla Commissione territoriale del capoluogo toscano di essere omosessuale e di correre per tale motivo un rischio nel Paese di origine¹⁶. Nonostante la tempestiva allegazione del ricorrente in fase amministrativa, la domanda era stata respinta per manifesta infondatezza all'esito della procedura accelerata, in quanto il Senegal era indicato nella lista dei Paesi designati come sicuri. Il Tribunale, acquisita ed esaminata la "scheda Paese" sul Senegal predisposta dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo ha rilevato come in essa fosse chiaramente indicato che il Senegal *non* poteva essere considerato sicuro per gli appartenenti alla comunità LGTBI (in ragione sia della perdurante criminalizzazione dell'omosessualità e del clima di ostilità e violenza sociale nei loro confronti). Ad avviso dei giudici fiorentini l'art. 2-bis del D.Lgs. 25/2008 deve essere interpretato nel senso di imporre al Decreto ministeriale attuativo, nel caso di inserimento in lista del paese di origine non interamente sicuro, la previsione dell'esplicita esclusione, dalla procedura accelerata, delle categorie di persone a rischio. In conclusione, nel decreto in esame, si afferma che, essendo la designazione del Senegal illegittima sotto il profilo indicato, essa non è idonea ad assoggettare al regime procedurale speciale previsto per i cittadini di Paesi designati e, si dispone la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto. Nel provvedimento in esame, il Tribunale di Firenze non ha deciso l'istanza cautelare sulla ricorrenza di "gravi e circostanziate ragioni" attinenti alla condizione individuale del richiedente, ma la ha configurata come effetto automatico dell'illegittimità, rilevante nel caso concreto, della designazione del Paese nell'elenco.

Invece, il Tribunale di Milano, con decreto del 5.2.2020, era stato adito, in via cautelare, da una donna proveniente dalla Tunisia (fuggita, insieme alle due figlie minori, per episodi di violenza domestica perpetrati dalla famiglia del marito) la cui domanda è stata rigettata per manifesta infondatezza, proprio perché proveniente da un Paese designato come sicuro. Al modello C3

¹⁶ Per un commento accurato ed approfondito della decisione in esame, cfr. C. PITTA, *I primi nodi della disciplina sui Paesi sicuri vengono al pettine*, in *Questione Giustizia*, consultabile al link http://www.questionegiustizia.it/articolo/i-primi-nodi-della-disciplina-sui-paesi-di-origine-sicuri-vengono-al-pettine_07-02-2020.php

non risultava allegato alcun opuscolo informativo e, nel verbale di audizione, si leggeva che la ricorrente “è stata resa edotta delle novità normative principali sulle domande accelerate”.

Nella decisione in esame i giudici meneghini richiamano espressamente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha identificato nel mancato accesso ad informazioni relative alla procedura, e sulle conseguenze di tale omissione, uno dei maggiori ostacoli all'efficacia delle procedure d'asilo (sent. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., paragrafi 301 e 304, e sent. 23 febbraio 2012 (grande camera) *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, ricorso n. 27765/09, par. 204), censurando casi in cui questa era priva di efficacia per condizioni personali dei richiedenti (sent. *Ilias e Ahmed*, cit., par. 124). Il Tribunale ha ritenuto che alla ricorrente non fossero state date tutte le informazioni necessarie per comprendere le peculiarità della procedura seguita dall'amministrazione e le conseguenze, sul piano procedurale, di tale scelta, con specifico riferimento all'opportunità, per la ricorrente, di contrastare la presunzione di “sicurezza” del proprio Paese ed ha, pertanto, riconosciuto l'invocata sospensiva.

La violazione degli obblighi informativi o altri profili di illegittimità del provvedimento amministrativo possono essere rilevati d'ufficio?

In entrambe le decisioni appena esaminate, il Tribunale ha attivato ampi poteri di cooperazione istruttoria.

Con riferimento alla decisione del Tribunale di Firenze, in questo caso il Collegio ha disposto, *motu proprio*, l'acquisizione della “Scheda Paese” relativa al Senegal dalla Commissione territoriale di Firenze per la protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35 bis co. 4 di cui al Dlgs 25/2008, elaborata dal Ministero degli Affari Esteri e trasmessa dalla Commissione Nazionale Asilo alle singole Commissioni territoriali in allegato alla circolare della Commissione Nazionale Asilo avente ad oggetto la “Lista Paesi di origine sicuri – Trasmissione Schede paesi – procedura accelerata”.

Nel caso portato all'attenzione del Tribunale di Milano, invece, il Collegio ha rilevato d'ufficio la violazione degli obblighi informativi, non specificamente allegata dalla difesa della ricorrente. Con riferimento a tale aspetto, mette conto osservare che, concessa la sospensiva *inaudita altera parte*, la questione della violazione degli obblighi informativi è stata posta, nel contraddittorio, all'esame delle parti (così come previsto dall'art. 101 c.p.c.). In particolare, la Commissione Territoriale, nel termine previsto dall'art. 35 *bis* comma 4 D. Lgs. n. 25/2008, ha depositato una nota difensiva nella quale ha allegato l'adempimento dell'obbligo informativo. Per completezza si osserva che, lette le memorie ed i documenti depositati, il Tribunale, con decreto del 20 febbraio 2020, hanno confermato la decisione cautelare.

In merito al contenuto del dovere di cooperazione istruttoria e, in particolare, alla rilevanza d'ufficio di questioni di legittimità del decreto o di violazione degli obblighi gravanti sulla pubblica amministrazione da parte del giudice, non può prescindere dall'esame della tipologia di possibili rischi derivanti da una decisione negativa. Si può davvero sostenere che, ove il richiedente non allega il rischio di violazione degli artt. 2 o 3 della CEDU, il giudice non possa valutare *motu proprio* l'esistenza di ragioni che possano portare all'accoglimento della domanda cautelare?

In merito, la Corte EDU, nella sentenza *Ilias e Ahmed* (già citata), ha sostenuto che, nel caso in cui le criticità riferibili alla situazione di sicurezza dello stato terzo siano notorie e desumibile da fonti attendibili e facilmente acquisibili, le autorità hanno il dovere di prenderle in considerazione, anche senza l'iniziativa del richiedente (par. 139-141).

A livello più generale, il rispetto del principio di effettività della tutela, di cui all'art. 47 della Carta, dovrebbe assumere un valore dirimente nell'ottica della valutazione di sicurezza già nella fase legislativa di compilazione delle liste di Paesi considerati "sicuri", poiché è sulla scorta di esse che trovano poi spazio le limitazioni alle garanzie normalmente assicurate nell'ambito delle procedure di esame delle domande asilo. Infatti, nell'Allegato I alla direttiva procedure, trasposto nell'art. 2-bis, co. 3 d.lgs. 25/2008, si richiede espressamente che, ai fini della valutazione sulla sicurezza del Paese, si tenga in considerazione la predisposizione di un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di diritti e libertà sanciti dalla CEDU, nonché dalla Convenzione di Ginevra.

A maggior ragione, nella successiva fase di controllo giurisdizionale, una verifica dell'effettiva conformità del sistema giuridico del Paese terzo ai principi che regolano lo stato di diritto, quali l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, appare assolutamente imprescindibile per assicurare un pieno rispetto dell'articolo 47 della Carta. Come precisato dalla Corte di giustizia, con la sentenza *FMS FNZ e SA, SA junior*, peraltro, tale disposizione corrisponde a «un principio generale del diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è inoltre sancito agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»¹⁷, che non necessita di alcuna norma di trasposizione e, pertanto, è direttamente attivabile all'interno degli ordinamenti nazionali¹⁸.

Dunque, la constatazione del mancato rispetto da parte dello Stato di origine dei principi fondanti lo stato di diritto dovrebbe condurre non soltanto ad escludere l'operabilità della presunzione di sicurezza nel caso concreto, ma, a livello generale, a mettere in discussione l'adeguatezza della scelta di inserire un determinato Paese terzo all'interno della lista dei Paesi sicuri.

¹⁷ Corte di giust., 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, ECLI:EU:C:1986:206, § 18; Corte di giust., 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens e a., ECLI:EU:C:1987:442, § 14; Corte di giust., 25 luglio 2002, causa C459/99, MRAX, ECLI:EU:C:2002:461, § 101.

¹⁸ Corte di giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, Egenberger [GC], ECLI:EU:C:2018:257, § 78 e, più di recente, Corte di giust., 29 luglio 2019, causa C-556/17, Torubarov, EU:C:2019:626, § 56.

5.3. La presunzione relativa di sicurezza del Paese d'origine: oneri di allegazione e oneri della prova

QUESTIONI:

- *Quando può ritenersi assolto l'onere per il ricorrente di invocare gravi motivi?*
- *Può, dunque, ritenersi che, a prescindere dalla credibilità delle dichiarazioni del ricorrente, per superare la presunzione di sicurezza, a fronte dell'allegazione di "gravi motivi" l'Autorità debba procedere con procedura ordinaria e non con la procedura accelerata prevista per i richiedenti provenienti dai Paesi Sicuri?*
- *Possiamo ritenere che il dovere di cooperazione debba essere esercitato anche nei procedimenti relativi ai ricorrenti provenienti da Paesi Sicuri?*
- *E dunque, in cosa può ritenersi "alleviato" il dovere di cooperazione?*
- *Se il ricorrente non invoca tali motivi nella fase amministrativa, il giudice può esaminare tali motivi nella successiva fase giurisdizionale?*
- *In particolare, ove il giudice ritenga sussistenti i "gravi motivi", può procedere direttamente all'esame o deve, invece, consentire il recupero della prima fase amministrativa e rinviare il procedimento alla fase amministrativa?*
- *Il dovere di cooperazione deve essere esercitato anche ove le dichiarazioni del ricorrente siano ritenute parzialmente non credibili?*

Riferimenti normativi

Art. 2 *bis*, comma 5, D.Lgs. 25/2008: "Un paese designato di origine sicuro ai sensi del presente articolo può essere considerato Paese di origine sicuro per il richiedente solo se questi ha la cittadinanza di quel Paese o è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova".

Se tale condizione non è soddisfatta, la domanda è rigettata come "manifestamente infondata" ai sensi dell'art. 28-ter, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 25/2008.

Quando può ritenersi assolto l'onere per il ricorrente di *invocare* gravi motivi?

Per rispondere a tale domanda occorre considerare sia il particolare atteggiarsi dell'onere della prova nei giudizi di protezione internazionale, che il significato del dovere di cooperazione istruttoria.

Con riferimento all'**onere della prova**, nelle domande di protezione internazionale, la domanda è rappresentata dalla "storia" del ricorrente. Come chiarito dalla Suprema Corte, il racconto del richiedente asilo è, allo stesso tempo, allegazione dei fatti rilevanti e prova degli stessi¹⁹.

Nei procedimenti in esame, la valutazione della prova finisce per tradursi, spesso in via esclusiva, nella valutazione di credibilità delle dichiarazioni del ricorrente²⁰. L'art. 3 del D.lgs. 251/2017 dispone che: «*Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale*

¹⁹ Cass., 11 novembre 2019, n. 29056.

²⁰ V. art. 4, par. 5, della direttiva 2011/95, e la sua trasposizione nell'art. 3, co. 4, d.lgs. n. 251/2007.

non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che: a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile».

Come ricordato dal rapporto *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems* dell'UNHCR, “nonostante gli sforzi che il richiedente (ed eventualmente anche la stessa autorità accertante) possa fare per cercare di raccogliere le prove dei fatti affermati, può darsi che permangano tuttavia dubbi relativamente a tutte o ad alcune delle sue affermazioni” e che, talvolta, “la stessa vita o l'incolumità del richiedente potrebbero essere messe a rischio ove la protezione internazionale gli fosse ingiustamente negata”²¹.

Premessi tali elementi, la formulazione letterale della norma – che rende inutile il ricorso ad ulteriori criteri interpretativi – consente di chiarire, in primo luogo, che, per superare la presunzione di sicurezza, il ricorrente debba limitarsi ad “invocare” (e dunque ad allegare) e non a “provare” la presenza di elementi tali in forza dei quali la designazione generale (ed ex ante) del Paese come sicuro non riguardi anche la storia individuale del ricorrente.

In secondo luogo, può ritenersi che, per superare la presunzione relativa, sia sufficiente l'allegazione della sussistenza di fattori di inclusione astrattamente idonei ad integrare uno dei requisiti per la protezione internazionale²². Il ricorrente, in particolare, potrebbe limitarsi ad allegare il proprio orientamento omosessuale o la propria condizione di donna fuggita dal paese d'origine perché costretta ad un matrimonio forzato per superare la presunzione di sicurezza del paese d'origine, a prescindere dalla valutazione di credibilità dei fatti narrati. La possibilità di “invocare” gravi motivi, per superare la presunzione relativa di sicurezza, infatti, sarebbe frustrata ove si pretendesse una valutazione in termini di fondatezza della prova sui predetti gravi motivi, già nella fase deputata alla verifica della sicurezza (ritenuta in via generale ed ex ante) del Paese d'origine con riferimento alla specifica situazione individuale del ricorrente.

In ogni caso, pare doveroso precisare come non possa ammettersi una valutazione d'ufficio che consenta di superare la presunzione relativa di sicurezza, a prescindere dall’“invocazione” dei gravi motivi da parte del soggetto interessato. In capo all'autorità giudicante, infatti, è individuabile un dovere di cooperazione che non può però essere interpretato come onere di

Può, dunque, ritenersi, che, a prescindere dalla credibilità delle dichiarazioni del ricorrente, per superare la presunzione di sicurezza, a fronte dell'allegazione di “gravi motivi” l'Autorità debba procedere con procedura ordinaria e non con la procedura accelerata prevista per i richiedenti provenienti dai Paesi Sicuri?

²¹ Quest'orientamento dell'UNHCR è peraltro suffragato da quanto affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di onere della prova, secondo cui “*stante la particolare situazione in cui si trovano i richiedenti asilo, sarà frequentemente necessario concedere loro il beneficio del dubbio quando si vada a considerare la credibilità delle loro dichiarazioni e dei documenti presentati a supporto*” (cfr.: Corte EDU, 9 marzo 2010, ric. n. 41827/07, R.C. v. *Svezia*, par. 50; Corte EDU, 20 luglio 2010, ric. n. 23505/09, N. v. *Svezia*, par. 53; Corte EDU, 7 gennaio 2014, ric. n. 58802/12, A.A. v. *Svizzerà*, par. 59).

²² Cfr. C. PITEA, *cit.*

sopperire alla mancata allegazione da parte del ricorrente degli elementi che consentano di considerare non sicuro un determinato Paese alla luce della sua situazione personale.

La sussistenza dei gravi motivi deve essere esaminata tenendo in considerazione anche il significato e la portata del **dovere di cooperazione**, gravante sull'autorità amministrativa e sull'autorità giurisdizionale. Sotto il profilo delle fonti, il dovere di cooperazione è disciplinato dall'art. 4 della Direttiva 2011/95/UE e dall'art 8 del D.Lgs. 25/2008.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia²³, «*benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa. Tale obbligo di cooperazione in capo allo Stato membro implica, pertanto, concretamente che, se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Peraltro, uno Stato membro riveste una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati tipi di documenti*».

La portata del dovere di cooperazione dell'autorità – prima amministrativa e poi giurisdizionale – sembra atteggiarsi in modo diverso nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nelle decisioni della Corte Europea, infatti, il dovere di cooperazione – declinato come accertamento “*motu proprio*” – assume contenuti più o meno pregnanti in ragione del rischio lamentato (con particolare riferimento al rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti) o del carattere generale della condizione di insicurezza nel paese di destinazione.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel caso *F.G. c. Svezia*²⁴, nella formazione della *Grande Chambre*, ribaltando la decisione resa in primo grado, ha affermato che, pur spettando al richiedente asilo l'onere di fornire gli elementi che sostanziano la domanda, l'autorità decidente, al fine di accertare e valutare tutte le circostanze rilevanti del caso, può fare ricorso a tutti i mezzi a sua disposizione, anche prevedendone l'acquisizione d'ufficio²⁵. Nella pronuncia in esame la Corte ha distinto due ipotesi: la prima ricorre in relazione alle richieste di protezione internazionale che si fondano su un rischio di potenziale violazione del diritto alla vita e/o di trattamenti inumani e degradanti che appaia generalizzato e conosciuto (stabilendo che, in questi

²³ Corte Giust., 22 novembre 2012, causa C-277/11, punto 65.

²⁴ Corte EDU, 23 marzo 2016, ric. n. 43611/11, *F.G. c. Svezia*. F.G., cittadino iraniano, aveva presentato una domanda di asilo, invocando come motivo di persecuzione le sue opinioni politiche. In occasione della sua audizione, avvenuta alla presenza di un legale e di un interprete, F.G. aveva una dichiarazione di un ministro di culto svedese in cui si attestava che, durante il suo soggiorno in Svezia, F.G. era stato battezzato e divenuto membro di una congregazione cristiana. Tuttavia, F.G. dichiarò di considerare la sua conversione come una vicenda strettamente privata e di non voler avvalersi di tale motivo ai fini della sua richiesta di asilo. A seguito del rigetto della domanda d'asilo, F.G. aveva presentato ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale, invocando, quali ragioni fondanti la richiesta di rifugio, sia i motivi politici sia quelli religiosi. Tuttavia, in sede di interrogatorio, FG aveva confermato l'intenzione di non voler fondare la sua richiesta di asilo sul rischio di persecuzione religiosa, pur osservando che la conversione avrebbe determinato ovviamente dei problemi in caso di ritorno in Iran. Il giudice di primo grado rigettò l'impugnazione, limitandosi ad osservare, in relazione al motivo religioso, che il richiedente aveva col suo comportamento implicitamente ritirato la sua domanda in relazione a tale aspetto. L'appello contro questa decisione ebbe ugualmente esito negativo per il ricorrente, così come la presentazione di una nuova domanda di asilo, fondata esclusivamente su motivi religiosi, la quale venne qualificata dall'autorità amministrativa come domanda reiterata, essendo tale profilo già emerso nel corso della prima procedura

²⁵ Corte EDU, *F.G. c. Svezia*, cit., par. 122.

casi, sussiste un obbligo in capo all'autorità nazionale di valutare di propria iniziativa il rischio cui verrebbe esposto il richiedente asilo se rinviato nel suo paese); nella seconda, relativa, invece, ai casi di richieste di protezione internazionale che si fondano su un rischio di persecuzione individuale, è esclusivamente onere del ricorrente sostanziale la domanda (con la conseguenza che se il richiedente decide di non basare la sua richiesta d'asilo su un determinato motivo o comunque non fornisce elementi a riguardo, non è possibile ritenere che vi sia un dovere da parte dello Stato di attivarsi).

Con riferimento alla valutazione della situazione generale di sicurezza del Paese d'origine, nonché alla capacità delle autorità statali di offrire protezione al ricorrente, la Corte Europea, anche in forza di un espresso richiamo al paragrafo 6 del Manuale UNHCR “*Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*”, ha ribadito che le Autorità accertanti devono tenere conto della situazione oggettiva del paese d'origine “*motu proprio*”²⁶.

Più di recente, nella decisione della Grande Camera sul caso *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 21.11.2019, la Corte, dopo aver ricordato che spetta al richiedente asilo apportare gli elementi probatori che attestino il rischio di essere sottoposto a trattamenti persecutori nel paese di origine, ha precisato che, nel caso di domande di asilo basate su un rischio generale ben noto, accertabile in una serie considerabile di fonti, l'articolo 3 impone agli Stati di avviare di *propria iniziativa* una valutazione sul rischio in parola.

La giurisprudenza di legittimità anche nella vigenza delle regole processuali stabilite nella l. n. 39 del 1990 ha indicato nel dovere di cooperazione istruttoria officiosa, una delle più rilevanti peculiarità dei giudizi riguardanti la protezione internazionale definendone il contenuto²⁷.

Possiamo ritenere che il dovere di cooperazione debba essere esercitato anche nei procedimenti relativi ai ricorrenti provenienti da Paesi Sicuri?

La dottrina ha dato una risposta affermativa a tale interrogativo, ribadendo come tale dovere sia parte integrante del sistema procedurale europeo della protezione internazionale²⁸.

E dunque, in cosa può ritenersi “alleviato” il dovere di cooperazione?

²⁶ Corte EDU (Grande Camera), 23 agosto, 2016, ric. n. 59166/12, p. J.K. e al. c. Svezia, ar. 98: “The Court notes that, as far as the evaluation of the general situation in a specific country is concerned, a different approach should be taken. In respect of such matters, the domestic authorities examining a request for international protection have full access to information. For this reason, the general situation in another country, including the ability of its public authorities to provide protection, has to be established *proprio motu* by the competent domestic immigration authorities (see, *mutatis mutandis*, H.L.R. v. France, cited above, § 37; Hilal, cited above, § 60; and Hirsi Jamaa and Others, cited above, § 116). A similar approach is advocated in paragraph 6 of the above-mentioned Note issued by the UNHCR, according to which the authorities adjudicating on an asylum claim have to take “the objective situation in the country of origin concerned” into account *proprio motu*. Similarly, Article 4 § 3 of the Qualification Directive requires that “all relevant facts as they relate to the country of origin” are taken into account”.

²⁷ Sin dal 2008 le Sezioni Unite (nella sentenza n. 27310/2008), dopo aver esaminato la normativa in materia di protezione internazionale, hanno affermato il seguente principio: «risulta così delineata una forte valorizzazione dei poteri istruttori officiosi prima della competente Commissione e poi del giudice, cui spetta il compito di cooperare nell'accertamento delle condizioni che consentono allo straniero di godere della protezione internazionale, acquisendo anche di ufficio le informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione politica del Paese di origine».

Il principio è stato ulteriormente specificato da Cass., 28 settembre 2015, n.19197 che ha affermato che «il principio dispositivo nella materia della protezione internazionale viene derogato dalle speciali regole di cui al cit. d.lgs. n. 251 del 2007, art. 3 e al d.lgs. 28.1.2008, n. 25, art. 8, che prevedono particolari poteri-doveri istruttori (anche) del giudice, non trova però alcuna deroga quanto alla necessità che la domanda su cui il giudice deve pronunciarsi corrisponda a quella individuabile in base alle allegazioni dell'attore. I fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale devono dunque necessariamente essere indicati dal richiedente, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli in giudizio d'ufficio, secondo la regola generale».

²⁸ C. PITEA, cit.; F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto “sofferente”. L'introduzione nel diritto italiano del concetto di “Paesi di origine sicuri” ad opera della legge 132/2018 di conversione del c.d. “decreto sicurezza”*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, fasc. 2, p. 149.

L'autorità decidente, proprio in forza della presunzione relativa di sicurezza, non è tenuta a procedere, d'ufficio, alla raccolta di informazioni sul Paese d'origine (dovendo, al contrario, prendere in esame fatti notori o circostanze specificamente allegate dal ricorrente).

La designazione di un Paese come sicuro, inoltre, esonera l'autorità decidente dal provare, sulla base delle informazioni generali, che il predetto paese offra al richiedente un'effettiva protezione dal rischio di persecuzione o gravi danni, gravando sul ricorrente l'onere di invocare elementi contrari, che consentano di ritenere che la specifica situazione individuale dello stesso non possa essere esaminata, in via generale e preventiva, con il solo riferimento al paese d'origine.

Ad eccezione di tali due aspetti, però, l'autorità, amministrativa prima e giurisdizionale dopo, devono procedere ad un attento esame del caso e ad una valutazione del rischio, in ossequio al potere dovere di cooperazione istruttoria (riferito, ad esempio, agli eventuali elementi ulteriori allegati dal richiedente, che consentano di ritenere che la specifica situazione individuale dello stesso non possa essere esaminata con il solo riferimento al paese d'origine).

Se il ricorrente non invoca tali motivi nella fase amministrativa, il giudice può esaminare tali motivi nella successiva fase giurisdizionale?

Poiché il procedimento avente ad oggetto la domanda di protezione si articola in una prima fase amministrativa e in una successiva fase giurisdizionale (eventuale), il giudice, chiamato a decidere sul diritto alla protezione dopo il diniego da parte dell'autorità amministrativa, deve all'evidenza poter riconoscere al ricorrente le stesse forme di tutela previste dall'ordinamento e che non sono state già riconosciute all'esito della fase amministrativa.

E, dunque, se il ricorrente ha invocato i gravi motivi solo nella fase giurisdizionale il giudice, in adempimento del dovere di cooperazione, deve sottoporre al ricorrente la questione relativa all'esistenza, o meno, di ragioni in forza delle quali tali motivi sono stati allegati solo dinanzi al Giudice. In presenza di una giustificazione del "ritardo" con il quale i motivi sono stati allegati, il giudice è tenuto a garantire al ricorrente il rispetto di tutte le garanzie "perse" nella fase

In particolare, ove il giudice ritenga sussistenti i "gravi motivi", può procedere direttamente all'esame o deve, invece, consentire il recupero della prima fase amministrativa e rinviare il procedimento alla fase amministrativa?

amministrativa (a fronte della pronuncia di manifesta infondatezza).

Nella sentenza *Alheto*, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che la locuzione *ex nunc* mette in evidenza l'obbligo del giudice di procedere ad una valutazione che tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto del ricorso e, quanto all'aggettivo "completo", che esso conferma che il giudice è tenuto ad esaminare sia gli elementi che l'autorità accertante ha considerato, sia quelli intervenuti dopo l'adozione della decisione da parte dell'autorità medesima. Hanno poi ribadito l'obbligo del giudice di procedere ad una valutazione che tenga conto dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione

oggetto dell'impugnazione, prevedendo che il giudice esamini la domanda senza necessità di rinviare il fascicolo all'autorità accertante.

Nella sentenza *Ahmedbekova*, la Corte di Giustizia ha precisato che ove il ricorrente presenti "ulteriori dichiarazioni" dopo la decisione dell'autorità accertante, il giudice è tenuto ad esaminare tale motivo nell'ambito della decisione, purché ciascuna delle autorità competenti (che comprende non solo il giudice, ma anche l'autorità accertante amministrativa) abbia la possibilità di esaminare detta ulteriore dichiarazione.

In forza di tale pronuncia, la Corte di Cassazione (Cass., 23 ottobre 2019, n. 27073) ha affermato che, qualora il richiedente proponga, nel ricorso giurisdizionale, motivi nuovi o elementi di fatto nuovi che si riferiscano, integrandoli in modo significativo, ai motivi già proposti e che non siano sottoposti alla Commissione Territoriale, il giudice debba sottoporli all'autorità amministrativa.

Per rispondere a tale interrogativo occorre, però, considerare che, a differenza dell'ordinamento

Il dovere di cooperazione deve essere esercitato anche ove le dichiarazioni del ricorrente siano ritenute parzialmente non credibili?

giuridico (bulgaro) preso in esame del rinvio pregiudiziale deciso con la sentenza *Ahmedbekova*, nel nostro ordinamento il giudice della protezione internazionale è giudice del diritto e non dell'atto e procede direttamente al riconoscimento della protezione internazionale invocata.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si potrebbe concludere che la domanda di protezione di un soggetto proveniente da un Paese sicuro deve essere esaminata e istruita dal giudice di merito, con pieno esercizio dei poteri-doveri di cooperazione istruttoria, alla sola condizione che essa contenga un'allegazione specifica e circostanziata di motivi che giustifichino la non assimilabilità della condizione del ricorrente a tutti i ricorrenti provenienti dal c.d. Paese Sicuro. Non sembra, pertanto, che tali circostanze debbano altresì essere "gravi".

In questo senso sembra orientata l'unica decisione sino ad ora pronunciata dalla Suprema Corte (chiamata a pronunciarsi sul profilo, del tutto peculiare, delle zone insicure all'interno di un Paese designato come sicuro). Nella decisione in esame la Cassazione dopo aver sottolineato la possibilità, per il richiedente asilo, "*di dedurre la propria provenienza da una specifica area del Paese stesso interessata a fenomeni di violenza e insicurezza generalizzata che, ancorché territorialmente circoscritti, possono essere rilevanti ai fini della concessione della protezione internazionale o umanitaria*", ha affermato che, in presenza di detta allegazione, sussiste il dovere del giudice di procedere all'accertamento in concreto sulla pericolosità di detta zona e sulla rilevanza dei predetti fenomeni.

Ancora in tal senso può essere ricordata la recente decisione della Corte di Cassazione²⁹ (pronunciata su un caso di richiedente che non proveniva da un Paese sicuro), nella quale i giudici di legittimità hanno affermato, con principi che ben possono ritenersi applicabili anche nell'esame di domande proposte da ricorrenti che provengono da Paesi sicuri, che "qualsiasi valutazione di non credibilità della narrazione non può in alcun modo essere posta a base, ipso facto, del diniego di cooperazione istruttoria cui il giudice è obbligato *ex lege*. Quel giudice non

²⁹ Cass. 12.5.2020 n. 8819

sarà mai in grado, *ex ante*, di conoscere e valutare correttamente la reale ed attuale situazione del Paese di provenienza del richiedente asilo, sicché risulta frutto di un evidente paralogismo l'equazione mancanza di credibilità/insussistenza dell'obbligo di cooperazione”.

5.4. La motivazione del provvedimento di diniego

QUESTIONI:

- *Qual è il tenore dell'obbligo di motivazione previsto dalla norma nazionale con riferimento al provvedimento di diniego?*
- *Quali sono i profili di non conformità della normativa nazionale rispetto alle fonti sovranazionali?*
- *Quali sono le tecniche di raccordo e di coordinamento utilizzabili per superare i profili di contrasto con il diritto europeo?*

Un aspetto della disciplina introdotta con il D.L. 113/2018 che presenta criticità da un punto di vista di compatibilità con il diritto europeo riguarda la motivazione della decisione che rigetta una domanda di asilo, in forza della presunzione di sicurezza ricollegata al Paese di origine del richiedente.

Il nuovo comma 2-bis dell'art. 9 del d.lgs. 25/2008 prevede che *«la decisione con cui è rigettata la domanda presentata dal richiedente di cui all'articolo 2-bis, comma 5, è motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso»*.

Qual è il tenore dell'obbligo di motivazione previsto dalla norma nazionale?

Dalla lettera della norma, pare possibile desumere che le Commissioni territoriali, a seguito del colloquio personale con il richiedente asilo, possano emanare un provvedimento di manifesta infondatezza della domanda, limitandosi a giustificare la propria decisione con un mero riferimento al mancato adempimento dell'onere probatorio configurabile in capo all'interessato³⁰. Non risulta, invece, che venga richiesto alle Commissioni di argomentare in merito alla credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo, di esplicitare i motivi concernenti la sicurezza del Paese di origine (che giustifica il rigetto per manifesta infondatezza della domanda), ovvero di allegare ragioni per cui non si reputino sussistenti i *«gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro»*, con riferimento alla situazione specifica del richiedente.

Pertanto, in applicazione della nozione di *«Paese di origine sicuro»*, il diniego della domanda di protezione potrebbe assumere carattere stereotipato, finendo per restare sostanzialmente privo di motivazione, almeno fino alla fase giurisdizionale: sarebbe rimesso al giudice – in caso di (eventuale) ricorso - l'espletamento della valutazione in ordine all'effettiva sicurezza nel Paese di origine (con particolare attenzione al *rischio di refoulement*), data per presupposta in fase amministrativa.

Pertanto, lo stesso decreto interministeriale con cui sono stati designati i Paesi di origini considerati sicuri ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, in forza della sua portata

³⁰ Tale interpretazione risulta anche dalle circolari del Ministero dell'Interno, Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo, prot. n. 8864 del 28.10.2019 e prot. n. 9004 del 31.10.2019.

generale, non rientra tra gli atti sottoposti ad obbligo di motivazione (art. 3, comma 2 L. 241/1990). Da esso, si evince che le valutazioni relative allo stato di sicurezza dei Paesi di origine sono state effettuate dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo in forza delle informazioni fornite dai competenti uffici geografici del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale. Tuttavia, dalla mera elencazione dei Paesi di origine considerati sicuri contenuta nel decreto³¹, non è possibile individuare quali siano le effettive informazioni utilizzate ai fini della menzionata valutazione di sicurezza e, dunque, le ragioni che hanno determinato l'inserimento di determinati Paesi e non di altri all'interno della lista. Nello specifico, non è possibile verificare se siano state utilizzate le informazioni cui fa riferimento il par. 4 dell'art. 2-bis d.lgs. 25/2008, ovvero quelle fornite, oltre che dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo «*da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti*»³².

Di conseguenza, non è consentito indagare – ed eventualmente contestare – la pertinenza delle valutazioni effettuate dalla Commissione per l'asilo.

Dall'impianto della normativa nazionale, pare evincersi un sistema rigido, che si accontenta della mera inclusione di un Paese nell'elenco ai fini della valutazione di sicurezza, che non prevede scadenze per la revisione periodica dell'elenco (per quanto astrattamente prevista dal comma 1 dell'art. 2-bis d.lgs. 25/2008) e che non contempla meccanismi di sospensione degli effetti della designazione, a fronte di mutamenti della situazione di sicurezza degli Stati inclusi nell'elenco.

Quali sono i profili di non conformità della normativa nazionale rispetto alle fonti sovranazionali?

La normativa nazionale descritta pare porsi in contrasto, innanzitutto, con quanto statuito dall'articolo 11, paragrafo 2 della direttiva 2013/32, in virtù del quale è espressamente previsto un obbligo di motivazione in fatto e in diritto del provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale³³.

L'obbligo di congrua motivazione, che espliciti l'iter logico-argomentativo seguito dall'autorità competente per giungere ad una determinata conclusione, è posto a tutela del diritto di difesa dell'interessato, il quale può così disporre di un ulteriore strumento di verifica sulla coerenza e ragionevolezza dell'operato dell'autorità decidente. Come precisato dalla Corte di giustizia, «[il diritto al contraddittorio] *implica anche che l'amministrazione competente presti tutta l'attenzione necessaria alle osservazioni della persona coinvolta esaminando, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e motivando circostanziatamente la sua decisione (v. sentenze Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punto 14, e Sopropé, EU:C:2008:746, punto 50), laddove l'obbligo di motivare una decisione in modo sufficientemente dettagliato e concreto, al fine di consentire all'interessato di comprendere le*

³¹ Peraltro, come già ricordato (paragrafo 2), la Corte EDU, nella sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ha espresso chiaramente l'idea per cui la mera qualificazione di un Paese come “sicuro” attraverso il suo inserimento in un elenco formale, non sia sufficiente a provare l'effettiva situazione di sicurezza dello Stato stesso. Secondo la Corte è comunque indispensabile una valutazione in concreto, la cui intensità è desunta sulla base degli elementi a disposizione.

³² Per consultare le valutazioni dell'UNHCR e le schede approvate dai Ministeri, si veda: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/accesso-civico-asgi-ecco-le-schede-dei-paesi-sicuri/>.

³³ Si veda, altresì, considerando 25 direttiva procedure.

ragioni del diniego opposto alla sua domanda, costituisce un corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa (sentenza M., EU:C:2012:744, punto 88).»³⁴.

Infatti, la motivazione del provvedimento è un presupposto essenziale per l'esercizio di un diritto ad un rimedio effettivo, ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'art 46 della direttiva procedure: essa, infatti, fornisce all'interessato le indicazioni utili per valutare la fondatezza di un atto ovvero l'esistenza di un vizio che ne consenta la contestazione. È la stessa Corte di giustizia, ad affermare che, «[i]l diritto a un mezzo di impugnazione efficace costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione» e «[a]ffinché l'esercizio di tale diritto sia effettivo, il giudice nazionale deve poter verificare la fondatezza dei motivi che hanno indotto l'autorità amministrativa competente a considerare la domanda di protezione internazionale infondata o abusiva, senza che detti motivi beneficino di una presunzione inconfutabile di legittimità.»³⁵. Quest'obbligo, di conseguenza, deve riguardare anche la decisione relativa alla designazione del Paese di origine come sicuro: soltanto così il giudice sarà messo nella condizione di esaminare compiutamente il fondamento fattuale della decisione e la correttezza della valutazione del rischio operata³⁶.

Da un punto di vista più generale, è poi possibile prospettare una violazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che prevede tra gli elementi costitutivi del principio di buona amministrazione, il dovere di motivare le singole decisioni. Infatti, sebbene il diritto sancito dall'articolo 41 della CDFUE non sia riferito agli Stati membri, ma unicamente alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, la Corte di giustizia ha ritenuto che il diritto ad una buona amministrazione rifletta un principio generale del diritto dell'Unione e, dunque, debba trovare applicazione con riferimento alle procedure d'asilo, poiché gli Stati membri applicano il diritto dell'Unione quando esaminano le domande di protezione internazionale³⁷.

Pertanto, la scelta del legislatore italiano risulta totalmente in contrasto con la formulazione e la *ratio* delle disposizioni di matrice europea.

Quali sono le tecniche di raccordo e di coordinamento utilizzabili per superare i profili di contrasto con il diritto europeo?

Innanzitutto, è opportuno evidenziare che, alla luce del tenore letterale dell'articolo 11, paragrafo 2 della direttiva procedure e della sua natura precisa ed incondizionata, è ammissibile ritenere che siffatta norma sia dotata di effetto diretto negli ordinamenti nazionali. Dunque, dato l'aperto contrasto tra la norma nazionale e il diritto derivato dell'Unione, potrebbe ammettersi un dovere per le Commissioni territoriali di disapplicare la norma interna, dando diretta applicazione all'articolo 11, paragrafo 2 della direttiva procedure e, quindi, fornendo una compiuta

³⁴ Corte di giust., 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, ECLI:EU:C:2014:2336, punto 48. Conf. Corte di giust., 11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Bondjilida*, ECLI:EU:C:2014:2431, punto 38).

³⁵ V. Corte di giust., 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, EU:C:2011:524, punto 61. Per analogia: Corte di giust., 26 luglio 2017, causa C-348/16, *Moussa Sacko*, EU:C:2017:591, punto 36; Corte di giust. (Grande camera), 4 giugno 2013, causa C300/11, ZZ, EU:C:2013:363, punto 53.

³⁶ Corte di giust., 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, *op. cit.*, punto 47 e 56. In particolare, la Corte ha sottolineato che, ai fini del rispetto del diritto ad un ricorso effettivo, il giudice deve avere la possibilità di esaminare anche le motivazioni addotte dall'autorità competente per scegliere l'applicazione di una procedura accelerata che «coincidono con, o corrispondono significativamente a, quelle che hanno condotto alla decisione di merito».

³⁷ V. Corte di giust., 8 maggio 2014, causa C –604/12, *HN c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, EU:C:2014:302, punti 49-50.

motivazione al provvedimento di rigetto della domanda di asilo. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, l'obbligo di lasciare inapplicata una disposizione nazionale contraria ad una norma europea dotata di effetto diretto non incombe solamente in capo ad organi giurisdizionali, ma a tutti gli organi dello Stato, compresa l'autorità amministrativa³⁸.

In ogni caso, può ipotizzarsi un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia volto a chiarire: 1) se l'obbligo di motivazione, come previsto dall'articolo 11, par. 2 della direttiva procedure, osti ad una disposizione nazionale, come quella introdotta, che imponga una motivazione standardizzata per le domande rigettate per manifesta infondatezza; 2) in caso di risposta negativa, quale debba essere il contenuto di siffatto obbligo, nell'ottica di assicurare pieno rispetto del diritto di difesa del richiedente asilo, nonché del suo diritto ad un ricorso effettivo. Infatti, sebbene l'istituto in esame risulti essere volto a rendere più efficienti e rapide le decisioni in materia di asilo, è possibile ritenere che una compiuta motivazione in ordine al rischio di *refoulement* debba essere considerato un elemento indefettibile ai fini dell'effettività della tutela.

³⁸ Tale principio è stato affermato per la prima volta in Corte di giust., 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, EU:C:1989:256, punti 30 e 31; da ultimo: Corte di giust., 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, *op. cit.*, punto 183.

6. L'esame della domanda di protezione umanitaria e speciale.

(Erika Colombo ed Elena Masetti Zannini)¹

SOMMARIO: 6.1. Il concetto di protezione complementare - 6.2. La protezione umanitaria - 6.2.1. La fattispecie di cui all'art. 5, co. 6 D.lgs. 286/1998 - 6.2.2. I casi speciali introdotti dal D.L. 5 ottobre 2018, n. 113 - 6.2.3. La disciplina successiva al D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 - 6.3. Le principali fattispecie rilevanti ai fini della qualificazione della violazione degli obblighi costituzionali e internazionali ex art. 5, co. 6 d.lgs. 286/98 - 6.3.1. Diritto alla vita privata e familiare - 6.3.2. Diritto alla salute - 6.4. Le questioni processuali - 6.4.1. Il principio della domanda nei ricorsi aventi ad oggetto la protezione umanitaria - 6.4.2. Il dovere di cooperazione e la protezione umanitaria - 6.4.3. La valutazione di credibilità e la protezione umanitaria - 6.5. La vulnerabilità e la pandemia da Covid-19.

QUESTIONI

1. *Che cosa si intende per "protezione complementare"?*
2. *Qual è il significato della nozione di vulnerabilità?*
3. *In quali ipotesi trova riconoscimento il diritto alla protezione umanitaria?*
4. *In cosa consistono gli «obblighi costituzionali»?*
5. *In cosa consistono gli «obblighi sovranazionali»?*
6. *In cosa consistono i «seri motivi di carattere umanitario»?*
7. *Quali sono le modifiche introdotte dal D.L. n. 113/2018 in tema di protezione complementare?*
8. *Quali sono i "permessi speciali" previsti dal D.L. n. 113/2018?*
9. *A seguito dell'introduzione del D.L. n. 113/2018 è rimasta una forma di protezione complementare?*
10. *Qual è l'ambito temporale di applicazione della L. 132/2020?*
11. *Quali sono le basi giuridiche che fondano il diritto alla vita privata e familiare?*
12. *Qual è il contenuto di questo diritto? C'è una differenza tra "vita privata" e "vita familiare"?*
13. *Attraverso quale forma di protezione trova espressione il diritto alla vita privata e familiare?*
14. *Quali sono gli elementi che possono essere presi in considerazione nell'ambito del giudizio comparativo di cui alla sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018?*
15. *Quali sono i limiti applicativi dell'articolo 8 CEDU quanto al suo riconoscimento attraverso la protezione complementare?*
16. *Qual è il significato da attribuire al richiamo al rispetto del diritto alla vita privata e familiare contenuto nel nuovo art. 19, co. 1.1 TUI, come modificato dal D.L. 130/2020?*

¹ Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo, Università degli studi di Milano; giudice della Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del Tribunale di Milano.

17. *Quali sono le modifiche introdotte dal D.L. n. 113/2018 e dal D.L. n. 130/2020 in tema di protezione per motivi di salute?*
18. *Il divieto di respingimento per motivi legati alle condizioni di salute dello straniero irregolare-sostituisce la protezione complementare che veniva concessa in presenza di un vulnus al diritto alla salute?*
19. *Come si valuta lo stato di salute rilevante ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria o del permesso per cure mediche?*
20. *Che rilevanza assume l'emergenza pandemica nell'ottica della protezione complementare per motivi di salute?*
21. *Come si atteggia il principio della domanda nelle varie fasi del procedimento di riconoscimento del diritto d'asilo?*
22. *Quali sono le peculiarità dell'atteggiarsi di questo principio con riferimento al riconoscimento della protezione umanitaria?*
23. *Cosa significa dovere di cooperazione? In cosa si sostanzia?*
24. *Quali conseguenze in caso di utilizzo di COI non aggiornate?*
25. *Quali sono i limiti del potere di cooperazione giudiziale?*
26. *Il dovere di cooperazione si può estendere all'esame degli elementi di fatto posti a fondamento della domanda di protezione internazionale ma relativi alla situazione del richiedente nel Paese di transito?*
27. *Il dovere di cooperazione si attiva in caso di dichiarazioni non credibili?*
28. *Il giudizio di non credibilità del ricorrente in relazione alla specifica situazione dedotta a sostegno della domanda di protezione internazionale preclude la valutazione, da parte del giudice, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, delle diverse circostanze che concretizzano una situazione di vulnerabilità?*
29. *Come si valuta il fattore pandemico nel fatto costitutivo della domanda di protezione internazionale? Il fattore pandemico può fondare il divieto di respingimento?*
30. *Quale strumento/fonte di informazione affidabile utilizzare per una corretta analisi del rischio epidemico?*
31. *Il fattore pandemico può essere un elemento costitutivo del permesso per calamità naturale previsto dall'art. 20-bis d. lgs. n. 286/1998?*
32. *Quale rilievo ha la pandemia nella giurisprudenza dei Tribunali delle Sezioni Specializzate?*

6.1. Il concetto di protezione complementare

QUESTIONI:

1. *Che cosa si intende per “protezione complementare”?*
2. *Qual è il significato della nozione di vulnerabilità?*

Che cosa si intende per “protezione complementare”?

Nel diritto dell'Unione europea, il diritto d'asilo riguarda solo lo straniero e viene tutelato attraverso due forme di protezione internazionale, lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria. Queste forme di protezione presuppongono il riconoscimento di una qualifica giuridica soggettiva, in presenza di condizioni tassativamente individuate dalla direttiva di riferimento, ovvero la direttiva 2011/95/UE (cd. direttiva “qualifiche”).

Tuttavia, la molteplicità di situazioni che possono venire a delinearsi nel concreto, in cui un soggetto non abbia la possibilità di tornare nel proprio Paese d'origine o, se apolide, nel Paese in

cui ha la dimora abituale, non sono tutte perfettamente suscettibili nelle fattispecie individuate dalla direttiva “qualifiche”, nell’ottica del riconoscimento di queste forme di protezione.

Per questa ragione, alcuni Stati europei – tra cui l’Italia – hanno avvertito la necessità di introdurre ulteriori forme di protezione, definibili “complementari”, in quanto volte ad integrare il sistema di asilo dettato dal diritto dell’Unione.

Invero, è la stessa legislazione europea a richiamare la possibilità per gli Stati membri di introdurre, al fianco delle due forme di protezione internazionale, ulteriori tipologie di tutela, che trovino legittimazione sulla base di «motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura» (art. 6 par. 4 della direttiva 2008/115/CE).

Inoltre, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha altresì chiarito che gli Stati membri possono concedere forme di protezione umanitaria e caritatevole diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dalla normativa europea, purché non modifichino i presupposti e l’ambito di applicazione della disciplina derivata dell’Unione (sentenza *B. e D. c. Germania*, cause riunite C-57/09, C-101/09 del 9 novembre 2010), com’è stabilito dall’art. 3 della direttiva n. 95/2011, che consente l’introduzione o il mantenimento in vigore di disposizioni più favorevoli in ordine ai presupposti sostanziali della protezione internazionale, purché non incompatibili con la direttiva medesima.

Nel contesto del diritto europeo, la CGUE è stata più volte interpellata in merito al significato da attribuire al concetto di “*humanitarian grounds*”. In particolare, nelle cause *X e X* (causa C-638/16 PPU del 7 marzo 2017) e *Jafari* (causa C-646/16 del 26 luglio 2017), emerge l’idea che i motivi umanitari siano un concetto autonomo e ampio del diritto dell’UE, che non può essere limitato, ad esempio, ai casi di assistenza medica o di assistenza sanitaria.

In altre parole, gli Stati Membri e gli Stati firmatari della CEDU mantengono la facoltà di riconoscere discrezionalmente altre forme di protezione, sulla base di motivi anche diversi rispetto a quelli considerati ai fini del riconoscimento delle forme di protezione internazionale maggiori.

L’esigenza di “completare” il sistema europeo, dunque, è ricollegabile alla necessità di tutelare situazioni che, pur non rispondendo ai rigidi presupposti necessari per il riconoscimento della protezione internazionale, risultino comunque bisognose di tutela. In particolare, le esigenze di protezione individuate come fondamento di forme complementari di protezione possono essere ricondotte al concetto di “vulnerabilità”.

Qual è il significato della nozione di vulnerabilità?

Va sin d’ora posto in evidenza come detta espressione non possa farsi coincidere esclusivamente né con i diritti umanitari previsti dal diritto internazionale, né, tanto meno, con motivi che possano essere qualificati come “caritatevoli”, concetto che caratterizza un ambito giuridico che necessita di essere riempito di contenuto da parte dei singoli Stati. Infatti, le situazioni cd. vulnerabili possono avere l’eziologia più varia e non devono necessariamente discendere come un *minus* dai requisiti delle misure tipiche del rifugio e della protezione sussidiaria.

Dunque, per meglio comprendere il significato da attribuire a questo concetto, può risultare utile una preliminare e breve disamina degli elementi di “vulnerabilità” che sono stati presi in considerazione dagli Stati europei nella delineazione di forme di protezione complementari

rispetto alle qualifiche di matrice europea², con l'intento comune di ampliare lo standard di tutela assicurabile allo straniero in fattispecie che non integrino i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria.

Pertanto, questo dato permette di prendere coscienza di come sia stata ampiamente percepita l'esigenza di "completare" il sistema europeo in tema di protezione dello straniero, con tentativi d'integrazione caratterizzati tanto da elementi di diversità, quanto da punti di convergenza, ma comunque tutti tesi a far emergere e salvaguardare circostanze di difficile fruizione dei diritti fondamentali e delle libertà democratiche.

Ai fini sistematici, è possibile suddividere in due categorie i requisiti previsti dalle leggi nazionali per il riconoscimento della protezione complementare, individuando, da un lato, casi in cui viene riposta una maggiore attenzione a motivi di carattere oggettivo, strettamente collegati alla necessità di rispondere ad obblighi statali o internazionali e, dall'altro, ipotesi che attribuiscono maggior rilevanza a *status* personali dei richiedenti asilo o a fattori che richiedono una valutazione strettamente discrezionale³.

1. Quanto alla prima categoria di motivi, è innanzitutto doveroso segnalare la particolare ricorrenza di ragioni di tutela strettamente connesse al rispetto dell'articolo 3 della CEDU, e, quindi la principio di non refoulement, nonché dell'articolo 8 CEDU, in un'ottica di tutela della vita privata e familiare.

In questa prospettiva, ad esempio, si pone il permesso di soggiorno introdotto nell'ordinamento inglese accanto allo status di rifugiato e alla cd. *humanitarian protection* (ovvero la trasposizione della protezione sussidiaria di matrice europea), attribuito in situazioni nelle quali non possano trovare applicazione le altre due forme di protezione, ma vi sia comunque necessità di predisporre tutela, in forza della sussistenza di diritti fondamentali. In questa casistica rientrano differenti ipotesi: una possibile violazione dell'art. 8 CEDU, che tutela il diritto alla vita privata e familiare; un *vulnus* all'art. 3 CEDU concretizzatasi in un contesto che non assicuri adeguata tutela al diritto alla salute o consenta la conduzione di una vita quanto meno dignitosa, alla luce di condizioni di povertà estreme, comportanti la totale mancanza di acqua, cibo e qualsiasi altro mezzo di sostentamento; altre circostanze individuali incomputabili con un eventuale rimpatrio; fattispecie in cui astrattamente potrebbero essere riconosciuti lo status di rifugiato o la protezione umanitaria, ma il soggetto in questione rientri in una delle clausole di esclusione di suddette forme di protezione. In Finlandia, una forma di protezione umanitaria può essere riconosciuta al fine di "adempiere agli obblighi internazionali"; la Svizzera concede "ammissione provvisoria" nel territorio quando l'espulsione potrebbe confliggere con i suoi obblighi ai sensi del diritto internazionale; l'Austria ha predisposto una forma di protezione complementare, riconosciuta nelle ipotesi di mancato riconoscimento o revoca di una delle due forme di protezione internazionale e nei casi in cui l'allontanamento dello straniero possa integrare una forma di violazione dell'art. 8 della CEDU o del principio di *non refoulement*.

² V. ECRE, Complementary protection in Europe, 2009, in <http://www.refworld.org/pdfid/4a72c9a72.pdf>. L'aggiornamento dei dati desumibili da quella fonte è rinvenibile sul sito AIDA (Asylum Information Database).

³ Cfr.: F. GALLO, *Protezione umanitaria: natura e profili di diritto comparato*, in *Itinerari Interni*, maggio-agosto 2018, pp. 76-82.

Anche il sistema tedesco ha introdotto i c.d. “divieti all’espulsione”, disposizioni di ordine amministrativo, in base alle quali un soggetto non può essere respinto verso il Paese di provenienza, in ragione della sussistenza di determinate condizioni individuali o legate alla situazione oggettiva del Paese d’origine. Le esigenze che possono legittimare la predisposizione di suddetta misura sono individuabili, prima di tutto, nelle ipotesi in cui debba trovare applicazione il principio di *non refoulement*, ovvero qualora il rimpatrio nel Paese d’origine comporterebbe per l’individuo il rischio di una violazione dei diritti sanciti dalla CEDU. Inoltre, è prevista la legittimazione a ricevere un divieto di espulsione quando sussista, in senso più ampio, un pericolo per la vita, l’incolumità fisica o la libertà.

Infine, per ciò che attiene ai motivi legati ad obblighi di diritto internazionale, si evidenzia come strumenti internazionali e regionali in tema di diritti umani impongano particolari obblighi di legge in materia di trattamento dei bambini. Secondo l’ordinamento inglese, ad esempio, i minori che non si qualificano per lo status di rifugiato o per la protezione sussidiaria dovrebbero essere ammessi al permesso complementare menzionato, se non ci sono adeguati accordi di riammissione nel paese di rimpatrio; la Svezia, inoltre, ha previsto una forma di tutela complementare, il cui riconoscimento vede applicarsi una soglia di maggior favore in presenza di soggetti minori non accompagnati.

2. Quanto, invece, ai requisiti per il riconoscimento della protezione complementare legati a motivi discrezionali, essi possono essere ricondotti a clausole generali, motivi pratici, all’integrazione sociale e ad altre cause.

Un esempio di utilizzo di clausola generale è rinvenibile con riferimento ai permessi di soggiorno complementari previsti dal legislatore austriaco, che vengono rilasciati “per ragioni umanitarie”. La giurisprudenza della Corte Costituzionale austriaca ha offerto un importante contributo rispetto alla delineazione di quella che oggi rappresenta la casistica più rappresentativa di suddetti “motivi umanitari”; nello specifico, sono stati ritenuti fattori particolarmente rilevanti: la natura e la durata della permanenza in Austria prima della proposizione della domanda di asilo; l’esistenza sul territorio di rapporti familiari o comunque della costruzione di un tessuto relazionale; motivi legati alla sussistenza di una vita privata che necessitino tutela; l’inesistenza di particolari legami con il Paese di provenienza; l’assenza di condanne di natura penale e, in generale, l’assenza di precedenti penali per tentativi di attentato contro l’ordine e la sicurezza pubblici. Tra essi, viene fatto un precipuo riferimento al livello di integrazione raggiunto dal soggetto sul territorio, riponendo una particolare attenzione nella conoscenza della lingua parlata sul territorio, che rappresenta certo lo strumento primario e preminente che può consentire l’integrazione sociale, economica e culturale.

Nella medesima ottica, Paesi come Svezia, Svizzera e Belgio hanno disposizioni specifiche relativamente alla progressiva “integrazione” o “adattamento” dello straniero sul territorio, i quali sono considerati elementi rilevanti al fine di concedere specifiche misure di protezione, sempre di carattere complementare e ispirate a motivi umanitari.

La Svezia ha configurato la possibilità di concedere un permesso di soggiorno, in presenza di peculiari circostanze rinvenibili in capo allo straniero, le quali rendano palese la necessità della

predisposizione in suo favore di una forma di tutela. Tra esse è ricompreso, appunto, il livello di adattamento raggiunto dal soggetto nel Paese di accoglienza.

La Svizzera, invece, prevede che le autorità dei Cantoni, in accordo con l'Ufficio Federale per l'Immigrazione, possano concedere un permesso di soggiorno al soggetto che integri le seguenti caratteristiche: a) abbia vissuto in Svizzera per almeno cinque anni prima della proposizione della domanda; b) le autorità svizzere abbiano sempre avuto conoscenza della sua presenza sul territorio; c) abbia raggiunto un certo grado di integrazione sul territorio. Come appare evidente, l'obiettivo del permesso in parola è la volontà di regolarizzare la posizione di chi si trovi in Svizzera da un considerevole numero di anni e, dunque, abbia raggiunto un certo livello di integrazione socio-lavorativa nel Paese.

Infine, la legislazione del Belgio ha previsto un permesso di soggiorno per i richiedenti asilo in presenza di "eccezionali circostanze". La legge non individua tassativamente i motivi per cui sia necessario concedere suddetta misura, ma la prassi amministrativa ha permesso di delinearne la casistica più frequente. Si tratta, in particolare, delle situazioni in cui vi siano ragioni ostative al respingimento, secondo il principio di *non refoulement*, o sia coinvolto un soggetto apolide, che non possa risiedere in altro Stato quando la procedura di asilo si sia protratta per lungo tempo, o, infine, dei casi in cui il soggetto abbia ricevuto un diniego alla propria domanda, ma nel periodo trascorso tra la sua proposizione e la fine delle procedure, abbia avuto l'occasione di costruire forti legami con il Paese ospitante. Quest'ultima ipotesi mostra, ancora una volta, come l'elemento dell'inserimento sociale, dal quale potrebbero essersi originati rapporti anche di natura familiare con cittadini belgi, possa aprire le porte all'esigenza di legittimare il soggiorno del richiedente asilo sul territorio.

In sostanza, suddette forme di protezione complementare e nazionale prendono le mosse dalla considerazione dell'esistenza in capo al soggetto di situazioni individuali di fragilità che impongono di tutelare il soggetto dal rischio di respingimento, ovvero dalla constatazione della sussistenza di un particolare radicamento sul territorio, che si ritiene di dover in qualche modo valorizzare.

6.2. La protezione umanitaria

6.2.1. La fattispecie di cui all'art. 5, co. 6 D.lgs. 286/1998

QUESTIONI:

3. *In quali ipotesi trova riconoscimento il diritto alla protezione umanitaria?*
4. *In cosa consistono gli «obblighi costituzionali»?*
5. *In cosa consistono gli «obblighi sovranazionali»?*

6. In cosa consistono i «seri motivi di carattere umanitario»?

Le ipotesi applicative della protezione umanitaria sono considerate non predeterminabili

Riferimenti normativi

La protezione umanitaria è un istituto che era previsto dall'ordinamento giuridico italiano da una norma di portata generale, posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio.

L'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998 – nella versione previgente all'emanazione della L. n. 132/2018 – sanciva che «[i]l rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano **seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.**».

Era possibile ottenere l'attribuzione della protezione umanitaria nell'ambito della procedura di esame della domanda di protezione internazionale: secondo quanto stabilito dall'**art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25 del 2008**, qualora non vi fossero i presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, l'autorità giudicante aveva comunque la facoltà di concedere tutela allo straniero nei cui confronti sia accertata la sussistenza di esigenze di “protezione umanitaria”.

Nella stessa ottica, l'**art. 33, co. 3 d.lgs. 25/2008** statuiva che, nel momento in cui si fosse stato necessario procedere alla revoca dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, ovvero fossero venuti meno i presupposti che ne legittimavano l'attribuzione, era possibile che le Commissioni Territoriali statuissero il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

In quali ipotesi trova riconoscimento il diritto alla protezione umanitaria?

tassativamente, ma piuttosto ricollegabili ad un “catalogo aperto” (così Cass. 9 ottobre 2017, n. 23604; Cass. 27 novembre 2013, n. 26566), in virtù di un accertamento caso per caso, sulla base degli obblighi costituzionali e internazionali e dei seri motivi umanitari.

Peraltro, secondo la giurisprudenza di legittimità, proprio la sua natura atipica rendeva idonea questa forma di tutela, insieme agli istituti tipici di derivazione comunitaria del rifugio e della protezione sussidiaria, a dare piena attuazione al diritto d'asilo, così come sancito dall'art. 10 Cost. (Cass. 7 luglio 2014, n. 15466; Cass. 4 agosto 2016, n. 16362).

In cosa consistono gli «obblighi costituzionali»?

Questa locuzione, secondo parte della dottrina⁴, richiama innanzitutto il diritto di asilo costituzionale ex art. 10, co. 3, riconosciuto allo straniero *«al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo*

⁴ In proposito, si veda: P. BONETTI, Osservatorio Italiano - Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021, pp. 252 e ss. Fermo restando che la giurisprudenza è granitica nell'escludere la possibilità di riconoscere direttamente in capo al soggetto il diritto d'asilo costituzionale. Si veda quanto affermato dalla Cassazione con la sentenza del 25 agosto 2006, n. 18549: “Il diritto di asilo, riconosciuto nell'ordinamento internazionale come diritto dell'individuo al quale non si correla però un dovere degli Stati di concedere l'asilo, trova fondamento, nel diritto interno, nell'art. 10 cost., il quale, nel garantire tale diritto a chiunque provenga da un Paese in cui non è consentito l'esercizio delle libertà fondamentali, indipendentemente dal fatto che abbia subito o tema persecuzioni, ne demanda al legislatore ordinario la disciplina, all'evidente fine di evitare un ingresso indiscriminato di esuli nel nostro territorio. La mancata adozione della normativa di attuazione non impedisce peraltro l'esercizio del diritto in questione, stante il carattere immediatamente precettivo della norma costituzionale e la possibilità di riferirsi alla legislazione in tema di rifugiati, la quale, nonostante la diversità ontologica della nozione di asilante da quella di rifugiato, stabilisce un iter procedimentale che le accomuna, in particolare per quanto riguarda il rilascio del permesso provvisorio, in attesa che si accertino i requisiti per il riconoscimento del relativo status, e il divieto di espulsione nelle more. Il diritto di asilo deve, pertanto, intendersi come diritto soggettivo di accedere al territorio dello Stato, al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato, e non ha un contenuto più ampio del diritto ad ottenere il permesso di soggiorno temporaneo, previsto dall'art. 1, comma 5 d.l. 30 dicembre 1989 n. 416, conv. con modificazioni dalla L. 28 febbraio 1990 n. 39, per la durata della relativa istruttoria, con la conseguenza che l'esito negativo della procedura

esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana». Il riferimento alle «*libertà democratiche*», ovvero a tutti i diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale alla persona in quanto tale – e non solo al cittadino –, permette di individuare gli obblighi da tenere in considerazione nella valutazione relativa all’attribuzione di questa forma di protezione.

Tra essi, si rinvencono certamente: il diritto alla vita (art. 27, ult. co. Cost., altresì tutelato dall’art. 1 CEDU e dall’art. 6 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto alla non discriminazione (art. 3 Cost. e art. 26 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto all’identità personale (i cui tratti precipuamente sono stati delineati dalla sentenza della Corte Costituzionale, 24 luglio 2000, n. 332); il diritto al nome (secondo quanto statuito dalla sentenza della Corte Costituzionale, 3 febbraio 1994, n. 13); il diritto alla salute (art. 32 Cost.); il diritto all’identità ed alla libertà sessuale; il diritto all’identità di coscienza; il diritto alla libertà di contrarre matrimonio (altresì previsto dall’art. 23 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto all’abitazione; il diritto alla libertà e alla sicurezza personali (art. 13 Cost., nonché art. 5 CEDU e art. 10 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto all’unità familiare e alla vita privata (artt. 29, 30, 31 Cost.; art. 8 CEDU e art. 17 Patto internazionale diritti economici, sociali e culturali del 1966); il diritto del minore alla protezione (art. 31 Cost., cui si aggiungono le disposizioni della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e l’art. 24 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto all’istruzione obbligatoria (art. 34 Cost.); il diritto di difesa, sia attiva che passiva (artt. 24, 25, 26 e 113 Cost.; art. 13 CEDU e art. 14 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); la libertà e la segretezza di corrispondenza e comunicazione (art. 15 Cost.); la libertà di pensiero (art. 21 Cost. e art. 18 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

La norma fa diretto richiamo ai principi e alle disposizioni previsti dalle Convenzioni internazionali, cui l’Italia è parte, le quali impongono allo Stato stesso l’onere di adottare misure di protezione a garanzia di diritti umani fondamentali.

Occorre pertanto interrogarsi se tale schema possa essere utilizzato al fine di riempire di contenuto la fattispecie di protezione complementare.

In cosa consistono gli «obblighi sovranazionali»?

Oltre alle norme cui si è già fatta menzione, va rievocato il c.d. principio di *non refoulement* previsto dall’art. 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, il quale, interpretato anche alla luce dell’art. 3 CEDU ha trovato uno spazio applicativo molto ampio, imponendo un divieto di espulsione e respingimento in tutti i casi in cui vi sia rischio per il soggetto di essere sottoposto a tortura o altre pene disumane e degradanti o comunque di subire minacce alla vita e alle libertà personali (per un approfondimento sul principio di non refoulement si rinvia al capitolo 1).

priva di qualsiasi giustificazione il permesso di soggiorno, essendo quest'ultimo strumentale a consentire la permanenza nel territorio dello Stato solo fino all'esito della procedura.”. Ciò ha trovato conferma anche nella più recente pronuncia, Cass., 04 agosto 2016, n. 16362: “*Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. n. 251 del 2007, ed all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, cosicché non v'è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3, Cost.*”.

In aggiunta, vanno altresì prese in considerazione: il già richiamato diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti (previsto dall'art. 3 CEDU e dall'art. 7 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto a non essere ridotto in schiavitù (contenuto nell'art. 4 CEDU e nell'art. 8 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici); il diritto a non subire torture (secondo le disposizioni della Convenzione di New York del 1984 contro la tortura); i diritti previsti dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

In cosa consistono i «seri motivi di carattere umanitario»?

Come prima si accennava, la mancanza di tipizzazione di un catalogo di motivi che possano portare all'integrazione di quest'ipotesi, ha condotto la giurisprudenza a considerare la protezione umanitaria, come regolata dall'articolo 5, comma 6 D.lgs. n.286/98 come una clausola aperta, la cui applicabilità deve essere valutata caso per caso (Cass. 6 maggio 2020, n. 8571; Cass. 15 maggio 2019, n. 13088; Cass. 3 aprile 2019, n. 9304), in presenza di situazioni di particolare "vulnerabilità", risultanti da obblighi internazionali o costituzionali conseguenti al rischio del richiedente di essere immesso, in esito al rimpatrio, in un contesto sociale, politico ed ambientale idoneo a costituire una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali (Cass. 22 febbraio 2019, n. 5358). La Corte di Cassazione è altresì giunta alla conclusione che la situazione giuridica soggettiva che richiede la protezione di carattere umanitario debba ritenersi qualificabile come diritto soggettivo e, come tale, debba essere tutelata sulla base del già citato articolo 2 della Costituzione e dell'articolo 3 della CEDU (Cass., S.U., 9 settembre 2009, n. 19393; Cass., S.U., 16 settembre 2010, n. 19577).

A ciò si aggiunga che, come più volte affermato dalla giurisprudenza della Cassazione (Cass. 18 febbraio 2011, n. 4139; Cass. 7 luglio 2014, n. 15466; Cass. 9 ottobre 2017, n. 23604), la protezione umanitaria è connotata da una natura di carattere residuale, trovando applicazione in presenza di condizioni differenti da quelle previste per la concessione delle forme di tutela maggiori.

In quest'ottica residuale, la prassi amministrativa e giurisprudenziale ha pertanto sottolineato la rilevanza della ricorrenza di profili di vulnerabilità e fragilità nell'individuo, riconducibili o alla situazione soggettiva della persona (età, salute, stato di gravidanza, motivi di carattere familiare, sradicamento dal Paese d'origine, situazione di integrazione socio-lavorativa del soggetto in Italia), oppure ricollegabili ad una connotazione oggettiva afferente al Paese d'origine (basso livello di tutela dei diritti umani, generale livello di insicurezza e problematiche ambientali). Rilevano altresì le violenze subite nel Paese di transito e di temporanea permanenza del richiedente asilo potenzialmente idonee, quali eventi in grado di ingenerare un forte grado di traumaticità, ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona (così Cass. 15 maggio 2019, n. 13096).

I singoli elementi di fatto devono essere considerati globalmente e unitariamente e non, invece, in maniera atomistica e frammentata (Cass. 30 marzo 2020, n. 7599) e tale vulnerabilità può ravvisarsi allorché, sulla base di un giudizio prognostico sorretto da una concreta comparazione fra le condizioni soggettive che caratterizzano la sua vita nel nostro Paese e quelle in cui verrebbe a trovarsi nel Paese di origine, si possa ragionevolmente presumere che, se costretto a far rientro

nel suo Paese, lo straniero vedrebbe compromesse in modo apprezzabile la sua dignità e il suo diritto ad un'esistenza libera e dignitosa, raggiunti nel nostro Paese. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione (cfr. Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455), un ruolo non sufficiente (né necessario), ma indubbiamente rilevante, assume l'integrazione sociale, culturale, lavorativa, familiare ecc. raggiunta dallo straniero in Italia e che va raffrontata alla situazione (obiettiva) del suo Paese, risultante dalle fonti disponibili, nonché alle concrete condizioni sociali, culturali, economiche e familiari in cui verrebbe presumibilmente a trovarsi in caso di rimpatrio. In particolare, qualora all'esito di siffatta concreta ed individuale comparazione risulti *«un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)»* (così, espressamente, Cass.n. 4455/2018), può ragionevolmente presumersi che se costretto a far rientro nel suo Paese lo straniero vedrebbe impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana e, dunque, gli va riconosciuto il diritto di asilo nella forma minima della protezione umanitaria. Per un approfondimento sul punto, *infra* par. 5.3.1

Dunque, in continuità con l'orientamento espresso da Cass. n. 4455/2018, le SU, con la sentenza del 13 novembre 2019. n. 29459, hanno ribadito che la norma sulla protezione umanitaria, anch'essa attuativa del diritto di asilo costituzionale ex art.10, comma terzo, Cost. è necessariamente collegata ai diritti fondamentali che l'alimentano, sì da assurgere, in via evolutiva e col sostegno dell'art. 8 della CEDU, a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione. Come si legge nella pronuncia, *«l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione. Va quindi condiviso l'approccio scelto dall'orientamento di questa Corte (inaugurato da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, seguita, tra varie, da Cass. 19 aprile 2019, n. 11110 e da Cass. n. 12082/19, cit., nonché, a quanto consta, dalla preponderante giurisprudenza di merito) che assegna rilievo centrale alla valutazione comparativa tra il grado d'integrazione effettiva nel nostro paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale. Non può, peraltro, essere riconosciuto al cittadino straniero il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari considerando, isolatamente e astrattamente, il suo livello di integrazione in Italia, né il diritto può essere affermato in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al paese di provenienza (Cass. 28 giugno 2018, n. 17072). Si prenderebbe altrimenti in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma piuttosto quella del suo paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti, di per sé inidonea al riconoscimento della protezione umanitaria (Cass. 3 aprile 2019, n. 9304)»*.

6.2.2. I permessi speciali introdotti dal D.L. 5 ottobre 2018, n. 113

QUESTIONI:

7. Quali sono le modifiche introdotte dal D.L. n. 113/2018 in tema di protezione complementare?
8. Quali sono i “permessi speciali” previsti dal D.L. n. 113/2018?
9. A seguito dell'introduzione del D.L. n. 113/2018 è rimasta una forma di protezione complementare?
10. Qual è l'ambito temporale di applicazione della L. 132/2020?

Quali sono le modifiche introdotte dal D.L. n. 113/2018 in tema di protezione complementare?

Il decreto-legge n. 113/2018 – convertito con l. 1° dicembre 2018, n. 132– ha comportato, in tema di protezione, la sostanziale abolizione della protezione umanitaria: l'art. 1, co. 1 del suddetto decreto ha abrogato l'art. 5, co. 6 d.lgs. 268/98 e ha escluso dal Testo Unico sull'Immigrazione ogni riferimento al permesso di soggiorno «per motivi umanitari».

Una simile scelta ha trovato un bilanciamento nella decisione di introdurre alcuni permessi di soggiorno, di natura temporanea, legati ad esigenze di carattere umanitario e rilasciabili al di fuori della procedura di asilo, i quali possano in qualche modo “sostituire” quello per motivi umanitari.

Quali sono i “permessi speciali” previsti dal D.L. n. 113/2018?

Si tratta delle tre ipotesi che sono andate ad affiancare alcuni permessi temporanei già esistenti, anch'essi legati ad esigenze di carattere umanitario. Si fa riferimento a:

- il **permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale**, previsto dall'**art.18 d.lgs. 286/98** e rilasciato in situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per determinati reati, e concreto pericolo per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei delitti indicati o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio;
- il **permesso per le vittime di violenza domestica**, ex **art. 18-bis d.lgs. 286/98**;
- il **permesso per ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo**, regolato dall'**art. 22, co. 12-quater d.lgs. 286/98** e riconosciuto quando lo straniero abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro.

Il rilascio di questi permessi di soggiorno deve essere richiesto direttamente alla Questura territorialmente competente, ma possono essere altresì rilasciati dalle Commissioni territoriali in sede di esame della domanda di protezione internazionale ed eventualmente in sede di ricorso dal Tribunale. Nello specifico, sono stati introdotti:

- il **permesso di soggiorno per calamità naturale**, regolato dall'**art. 20-bis d.lgs. 286/98**, il quale ne impone la concessione in presenza di una situazione di «*contingente ed eccezionale calamità naturale che non consente il rientro in condizione di sicurezza*» nel Paese d'origine;
- il **permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile**, inserito nel Testo Unico sull'Immigrazione attraverso l'**art. 42-bis**;

- il **permesso di soggiorno per cure mediche**, discendente da una nuova ipotesi di divieto di respingimento, inserita alla **lettera d-bis)** dell'**art. 19, co. 2, d.lgs. 286/98**: si tratta, in particolare, della situazione relativa a «*stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da non consentire di eseguire il provvedimento di espulsione senza arrecare un irreparabile pregiudizio alla salute degli stessi*».

A seguito dell'introduzione del D.L. n. 113/2018 è rimasta una forma di protezione speciale?

Il legislatore ha previsto l'introduzione di una nuova forma di protezione, la c.d. **protezione speciale**. Essa ha avuto origine dalle modificazioni apportate all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008, il quale, a seguito della riforma, ha previsto la possibilità, per le Commissioni territoriali, di rilasciare tale nuova misura di tutela, in caso di non accoglimento della domanda di protezione internazionale, ma in presenza dei presupposti di cui all'**art. 19, co. 1 e 1.1 d.lgs. 286/98**. Si tratta delle ipotesi in cui trova applicazione il principio di *non refoulement*, diritto riconosciuto a ciascun individuo che corra il rischio di essere respinto verso un Paese nel quale abbia il timore di subire

Qual è l'ambito temporale di applicazione del D.L. 113/2018?

torture o altri trattamenti inumani o degradanti, persecuzioni o rilevanti violazioni dei diritti umani (per un approfondimento al principio di *non refoulement* si veda il cap.1).

Il D.L. n. 113/2018 ha introdotto due disposizioni transitorie riguardanti alcune ipotesi concernenti le procedure in corso al momento della sua entrata in vigore. Si tratta dell'art. 1, comma 8, che stabilisce che i permessi di soggiorno per motivi umanitari già rilasciati prima dell'entrata in vigore del decreto (5 ottobre 2018) restano validi fino alla loro naturale scadenza, salva la possibilità di conversione in altro tipo di permesso di soggiorno; una volta scaduti non potranno però essere rinnovati, ma se ricorrerà il rischio di persecuzione o di tortura sarà rilasciato il nuovo permesso per protezione speciale. Inoltre, l'art. 1, comma 9, stabilisce una disciplina che fa salvo soltanto il caso in cui la Commissione territoriale abbia già ritenuto la sussistenza di gravi motivi di caratteri umanitario prima del 5 ottobre 2018, ma il relativo permesso di soggiorno non sia ancora stato rilasciato. In tali ipotesi deve essere rilasciato un peculiare permesso di soggiorno per casi speciali, di durata biennale e convertibile in permesso per lavoro; alla scadenza, tale permesso è sottoposto alla disciplina di cui al comma 8 (dunque allo stesso trattamento riservato ai permessi di soggiorno per motivi umanitari che scadono dopo l'entrata in vigore del decreto-legge).

Nulla, invece, è stato previsto riguardo alle domande che erano ancora pendenti avanti le Commissioni territoriali e non ancora decise al 5 ottobre 2018, e riguardo ai ricorsi non ancora decisi avanti all'autorità giudiziaria contro il diniego della Commissione territoriale o del Questore. Parimenti, nulla si è precisato in merito a come si debba procedere qualora il giudice abbia già riconosciuto il diritto alla protezione, ma il Questore non abbia ancora rilasciato il permesso di soggiorno alla data di entrata in vigore della riforma.

In merito, è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha statuito, con le sentenze "gemelle" nn. 29459, 29460 e 29461 del 13 novembre 2019, che lo *ius superveniens*

introdotto con il decreto-legge n. 113, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina di cui all'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 286/1998, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) del decreto-legge.

Il ragionamento della Corte muove dal presupposto per cui la situazione giuridica soggettiva dello straniero nei confronti del quale sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 della CEDU. Da tale premessa qualificatoria, la Corte deduce, quale conseguenza sul piano processuale, la natura dichiarativa del procedimento amministrativo, che non incide sull'insorgenza del diritto, il quale, se sussistente, risulta pieno e perfetto e viene soltanto accertato nelle forme del procedimento. Il diritto sorge quando si verifica la situazione di vulnerabilità quale sussumibile nella fattispecie allora vigente.

La Corte ha precisato altresì che, secondo un consolidato orientamento di legittimità, corroborato dalla pronuncia n. 194/2019 della Corte costituzionale, la protezione umanitaria, unitamente alle due forme di protezione internazionale, rappresenta espressione del diritto di asilo costituzionale e, dato il contesto di rilevanza costituzionale, sarebbe difficile prospettare la retroattività delle disposizioni abrogatrici dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286/98.

Infine, la Corte ha sottolineato che *«è la presentazione della domanda che identifica e attrae il regime normativo della protezione per ragioni umanitarie da applicare. È con la domanda in sede amministrativa che il titolare del diritto esprime il bisogno di tutela, e il bisogno di tutela per ragioni umanitarie va regolato secondo le modalità previste dal legislatore nazionale: sicché è quella domanda a incanalare tale bisogno nella sequenza procedimentale dettata dal legislatore nell'esercizio della discrezionalità a lui rimessa ed è quindi il tempo della sua presentazione a individuare il complesso delle regole applicabili»*.

Pertanto, le Sezioni Unite, confermando l'orientamento della I sezione civile della Cassazione, espresso con la pronuncia n. 4890/2019, hanno dunque espressamente sancito che: *«In tema di successione delle leggi nel tempo in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta a ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile; ne consegue che la normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina contemplata dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base delle norme esistenti prima dell'entrata in vigore del d. l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, comporterà il rilascio del permesso di soggiorno per "casi speciali" previsto dall'art. 1, comma 9, del suddetto decreto legge»*.

6.2.3. La disciplina successiva al D.L. 21 ottobre 2020, n. 130

Da ultimo, il 21 ottobre 2020 è stato pubblicato il decreto-legge n. 130, recante *“disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del Codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”*, il quale è stato convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, entrata in vigore dal 20 dicembre 2020.

Il nuovo d.l. ha modificato molte delle previsioni del D.L.113/2018, introducendo, per quanto di interesse nell'ottica dell'analisi della protezione complementare nazionale, le seguenti novità: la novella legislativa ha comportato un ripristino dell'art. 5, co.6 d.lgs. 286/98, reintroducendo il riferimento testuale agli obblighi costituzionali e internazionali nell'art.: *“dopo le parole «Stati contraenti» sono aggiunte le seguenti: «, fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»*⁵. Tuttavia, non è stata reintrodotta la clausola generale *“seri motivi di carattere umanitario”*, che era presente nell'originaria formulazione del dispositivo.

⁵ Così inserito dall'art. 1, co.1, lett) a del decreto-legge 21 ottobre 2020, n.130.

6.3. Le principali fattispecie rilevanti ai fini della qualificazione della violazione degli obblighi costituzionali e internazionali ex art. 5, co. 6 d.lgs. 286/98

6.3.1. Diritto alla vita privata e familiare

QUESTIONI:

11. *Quali sono le basi giuridiche che fondano il diritto alla vita privata e familiare?*
12. *Qual è il contenuto di questo diritto? C'è una differenza tra "vita privata" e "vita familiare"?*
13. *Attraverso quale forma di protezione trova espressione il diritto alla vita privata e familiare?*
14. *Quali sono gli elementi che possono essere presi in considerazione nell'ambito del giudizio comparativo di cui alla sentenza della Cassazione n. 4455/2018?*
15. *Quali sono i limiti applicativi dell'articolo 8 CEDU quanto al suo riconoscimento attraverso la protezione complementare?*
16. *Qual è il significato da attribuire al richiamo al rispetto del diritto alla vita privata e familiare contenuto nel nuovo art. 19, co. 1.1 TUI, come modificato dal D.L. 130/2020?*

Uno degli aspetti rilevanti ai fini della qualificazione della violazione degli obblighi costituzionali e internazionali ex art. 5, co. 6 d.lgs. 286/98, è rappresentato dalla sussistenza di elementi che integrano la necessità di tutela in nome del rispetto del diritto alla vita privata e familiare.

Quali sono le basi giuridiche che fondano il diritto alla vita privata e familiare?

Questo diritto trova riconoscimento nell'art. 8 CEDU e nell'art. 7 della Carta di Nizza ed è altresì sancito a livello costituzionale, agli articoli 29, 30 e 31 Cost. Si tratta di un diritto fondamentale, che implica per gli Stati un obbligo negativo di non ingerenza nella sfera privata e familiare degli individui - salvo specifiche deroghe -, e un obbligo positivo di adottare misure inerenti al rispetto

Qual è il contenuto di questo diritto? C'è una differenza tra "vita privata" e "vita familiare"?

della vita familiare.

Per comprendere tale concetto, è possibile trarre alcune indicazioni dalle pronunce della Corte EDU: è una nozione ampia, non soggetta ad una definizione esaustiva che comprende l'integrità fisica e morale della persona e può, dunque, includere numerosi aspetti dell'identità di un individuo. Il diritto al rispetto della «vita privata» implica che ciascuno possa stabilire, in sostanza, la propria identità, ricomprendendo varie tipologie di radicamento sul territorio, che possono prescindere da legami relazionali qualificabili come familiari.

In questi termini si è espressa la Corte EDU, con la sentenza del 14 febbraio 2019, *Narjis c. Italia*: «dal momento che l'articolo 8 tutela anche il diritto di allacciare e intrattenere legami con i propri simili e con il mondo esterno, e comprende a volte alcuni aspetti dell'identità sociale di un individuo, si deve accettare che tutti i rapporti sociali tra gli immigrati stabilmente insediati e la comunità nella quale vivono faccia parte integrante della nozione di "vita privata" ai sensi dell'articolo 8. Indipendentemente dall'esistenza o meno di una "vita familiare", l'espulsione di uno straniero stabilmente insediato si traduce in una violazione del suo diritto al rispetto della sua vita privata».

Quanto alla “vita privata”, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, è necessario ricomprendere in tale concetto un’idea di famiglia ampia, più estesa di quella implicata dall’art. 29 della nostra Carta Costituzione, che attribuisce rilevanza a qualsiasi tipo di legame serio e reale. La Corte EDU, infatti, ha interpretato estensivamente tale nozione, facendovi rientrare fattispecie ulteriori rispetto al concetto di coppia tradizionale sposata con figli.

Tale nozione include, in primo luogo, i coniugi nonché i figli legittimi dal momento della loro nascita ed a prescindere dal requisito della «coabitazione». Inoltre, ricomprende anche le coppie non sposate (purché sia dimostrata l’esistenza di un rapporto di lunga data), le coppie dello stesso sesso⁶ e le persone transessuali⁷, i parenti prossimi, quali nonni e nipoti⁸, zii e nipoti⁹ (purché venga provata l’esistenza di legami personali affettivi, come la coabitazione o le visite frequenti) e fratelli e sorelle. Relativamente al rapporto tra ciascun coniuge e la prole, la «vita familiare» persiste anche nel caso di scioglimento del matrimonio e di affidamento dei figli ad un solo genitore. Il concetto di «vita familiare» include anche la filiazione naturale, essendo il rapporto familiare riconnesso solo al fatto della nascita, anche in assenza di convivenza tra i genitori,

Attraverso quale forma di protezione trova espressione il diritto alla vita privata e familiare?
--

nonché la filiazione adottiva¹⁰ (per le opportune distinzioni tra il divieto assoluto di respingimento ed i casi di divieto relativo si veda il capitolo 1).

Il diritto alla vita privata e familiare, proprio in forza della sua base giuridica di natura costituzionale e sovranazionale, trova tutela attraverso la forma di **protezione complementare**, rappresentata, nel nostro ordinamento, prima, dalla protezione umanitaria e, attualmente, della protezione speciale. Il richiamo al “rispetto degli obblighi costituzionali e sovranazionali” contenuto nell’art. 5, co.6 d.lgs. 286/98, sia nella formulazione normativa vigente in epoca precedente al 5 ottobre 2018 (prima della sua abrogazione ad opera del D.L. 113/2018), sia nella sua attuale formulazione, a seguito dell’entrata in vigore del D.L. 130/2020, consente il riconoscimento della relativa forma di protezione in funzione di garanzia del rispetto dell’art. 8 CEDU, dell’art. 7 della Carta di Nizza e degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione.

Un riferimento all’art. 8 CEDU è stato oggi previsto dalla novella legislativa (D.L. n. 130/2020).

Infatti, ha riformulato il comma 1.1 dell’art. 19 d.lgs. n. 286/98, prevenendo una nuova ipotesi di divieto di espulsione e riconfermando, così, la scelta di tutelare il diritto alla vita privata e familiare attraverso la protezione complementare – oggi protezione speciale. La norma sancisce che: *«Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di esser sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tal Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal*

⁶ Corte EDU, 24 giugno 2010, caso *Schalk and Kopf contro Austria*.

⁷ Corte EDU, 22 aprile 1997, ric. n. 21830, *X,Y e Z contro Regno Unito*.

⁸ Corte EDU, 13 luglio 2000, ric.n. 39221, *Scozzari e Giunta contro Italia*.

⁹ Corte EDU, 3 giugno 2004, *E. Zampieri contro Italia*.

¹⁰ Corte EDU, 5 giugno 2014, *I.S. contro Germania*.

territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

A livello giurisprudenziale, i diritti tutelati dall'art. 8 CEDU hanno trovato un preciso richiamo nella sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455 della Corte di Cassazione, la quale ha imposto all'autorità che procede al relativo riconoscimento (Commissione territoriale o giudice) il dovere di effettuare una comparazione tra la situazione di integrazione sociale raggiunta dal richiedente in Italia e la condizione di grave privazione dei diritti fondamentali, cui egli sarebbe esposto in caso di rimpatrio; privazione ritenuta rilevante allorché il godimento effettivo dei diritti umani rischi di collocarsi *«al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale»*. In particolare, ai fini del riconoscimento della protezione complementare, la Cassazione ritiene necessaria *«una valutazione individuale, caso per caso, della vita privata e familiare del richiedente in Italia, comparata alla situazione personale che egli ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio. I seri motivi di carattere umanitario possono positivamente riscontrarsi nel caso in cui, all'esito di tale giudizio comparativo, risulti un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)»*.

Tale impostazione è stata condivisa dalle Sezioni Unite della Corte, che, con sentenza n. 29459 del 13 novembre 2019, hanno chiarito che *«l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della Cedu, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione.»*

Peraltro, la Suprema Corte, nella valutazione dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria, esaminando in modo molto approfondito il giudizio comparativo tra la condizione nel paese d'origine e quello nel quale il richiedente chiede protezione, è giunta ad affermare che ove sia ritenuta credibile la situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità esposta dal richiedente, il confronto tra il grado di integrazione effettiva raggiunto nel nostro Paese e la situazione oggettiva nel Paese d'origine deve essere effettuato secondo il principio di comparazione attenuata, nel senso che quanto più intensa è la vulnerabilità accertata in giudizio, tanto più è consentito al giudice di valutare con minor rigore il *secundum comparationis* (Cass. 20 gennaio 2020, n. 1104).

Quali sono gli elementi che possono essere presi in considerazione nell'ambito del giudizio comparativo di cui alla sentenza della Cassazione n. 4455/2018?

1. Innanzitutto, la Corte ha testualmente affermato che *«[l]a condizione di "vulnerabilità" può [...] avere ad oggetto anche la mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le*

esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per un'esistenza dignitosa.», avendo valutato la sussistenza di «una situazione politico-economica molto grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente».

Dalle parole della Corte, si desume un approccio valutativo delle fattispecie concrete di volta in volta sotto giudizio che permette di dare rilevanza non solo a situazioni di instabilità politico-sociale, che possano costituire un pericolo per l'incolumità del soggetto, ma anche ad una condizione individuale del ricorrente, la quale, valutata sempre alla luce di un accertamento rigoroso delle condizioni di partenza di privazione dei diritti umani in patria, possa delinearsi con profili di instabilità tali da rendere indispensabili la predisposizione di uno strumento di tutela. La Corte, infatti, ricorda che «la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità.».

In particolare, la questione relativa alla rilevanza da attribuire alla condizione di povertà del Paese di origini è stata oggetto di pronunce discordanti nella giurisprudenza successiva. All'indirizzo che la nega, per non avere lo Stato italiano l'obbligo di garantire i parametri di benessere economico e sociale a cittadini stranieri, a meno che la povertà raggiunga la soglia della carestia (Cass. 25 settembre 2020, n.20334) oppure perché la solitudine e l'indigenza economica non integrano una grave violazione di diritti umani (Cass. 13 agosto 2020, n.17118), si contrappone un altro orientamento che la afferma, a determinate condizioni - per assoluta ed ineliminabile povertà di alcuni strati della popolazione o di tipologie analoghe a quella del ricorrente, tali da determinarne l'impossibilità di sostentamento (Cass. 28 luglio 2020, n. 16119) -, oppure per ragioni individuali di indigenza (Cass. 4 settembre 2020, n. 18443), individuate in quel caso nell'ingente debito personale contratto dal richiedente nel suo paese, valutate unitamente alla condizione generale di povertà del paese stesso.

2. La Corte ha altresì chiarito quale ruolo debba essere riconosciuto, in particolare, all'**integrazione socio-lavorativa** raggiunta dal richiedente asilo in Italia: esso non può essere valorizzato quale fattore esclusivo ai fini dell'attribuzione della protezione umanitaria, ma può costituire una circostanza che concorre a delineare la situazione di vulnerabilità che ne costituisce il presupposto. Secondo la Corte, «Non è sufficiente l'allegazione di un'esistenza migliore nel paese di accoglienza, sotto il profilo del radicamento affettivo, sociale e/o lavorativo, indicandone genericamente la carenza nel paese d'origine ma è necessaria una valutazione comparativa che consenta, in concreto, di verificare che ci si è allontanati da una condizione di vulnerabilità effettiva, sotto il profilo specifico della violazione o dell'impedimento all'esercizio dei diritti umani inalienabili. Solo all'interno di questa puntuale indagine comparativa può ed anzi deve essere valutata, come fattore di rilievo concorrente, l'effettività dell'inserimento sociale e lavorativo e/o la significatività dei legami personali e familiari in base alla loro durata nel tempo e stabilità.»

3. Dunque, un ulteriore elemento che può essere preso in considerazione nell'ottica del giudizio comparativo è rappresentato dalla sussistenza di **legami familiari** del richiedente asilo con

Quali sono i limiti applicativi dell'articolo 8 CEDU in relazione al riconoscimento della protezione complementare?

soggetti residenti sul territorio italiano. Nella prassi applicativa delle Commissioni Territoriali e dei Tribunali, infatti, viene dato un certo rilievo alle situazioni in cui i richiedenti abbiano costruito in Italia una rete di rapporti interpersonali sufficientemente strutturata da poter condurre l'interprete a qualificare un eventuale rimpatrio quale violazione del diritto alla vita familiare venuta a crearsi.

Innanzitutto, non va dimenticato che sussiste una differenza nell'applicazione dell'articolo 8 CEDU nell'ottica del riconoscimento della protezione umanitaria/speciale, rispetto alla sua declinazione in materia di ricongiungimenti familiari e divieti di espulsione. Infatti, nei due ambiti c'è un diverso bilanciamento tra gli interessi in gioco, poiché rispetto all'ambito del ricongiungimento familiare e delle espulsioni, viene in considerazione l'interesse dello Stato riguardo alla tutela dei propri confini contro l'immigrazione clandestina. Peraltro, occorre ricordare che non esiste, infatti, un diritto opponibile allo Stato a formare un nucleo familiare e, quindi, occorre verificare che il nucleo familiare formatosi nel periodo di valenza di un permesso temporaneo riconosciuto soltanto al fine di assicurare la permanenza sul territorio in attesa dell'esame della domanda di asilo possa comunque legittimamente ricevere tutela. Dunque, soltanto in un secondo momento, sarà possibile valutare con quali altri interessi debba essere controbilanciato il suddetto diritto (non assoluto).

Secondo l'orientamento della Corte EDU, i cittadini stranieri i cui legami personali e familiari in un determinato Stato siano tali che il loro allontanamento comporterebbe un attacco sproporzionato al loro diritto alla vita privata e familiare, devono considerarsi inespellibili e dunque autorizzati al soggiorno (*ex multis*, pronuncia del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*).

Tuttavia, la Corte EDU ha sempre sostenuto (*ex plurimis* pronuncia 7 aprile 2009, *Cherif e altri c. Italia*¹¹) che la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, cosicché gli Stati mantengono il potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva; tuttavia, quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico, ex art. 8, paragrafo 1, della CEDU. La ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento richiesto dall'art. 8 della CEDU implicano, secondo la Corte EDU, la possibilità di valutare una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso. Tra gli elementi che possono essere presi in considerazione, rientrano, ad esempio: «*la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione*

¹¹ In tema di espulsione dello straniero, la Corte EDU, nella sentenza *Cherif ed altri c. Italia*, n. 1860/07, 7 aprile 2009, par. 58, ha specificato che «la Convenzione non sancisce il diritto per uno straniero di entrare o di risiedere in un particolare paese e che, nell'esercizio del loro compito di mantenimento dell'ordine pubblico, gli Stati contraenti hanno la facoltà di espellere uno straniero che delinque. Tuttavia, le loro decisioni in materia, quando ledano un diritto tutelato dal paragrafo 1 dell'articolo 8, devono rivelarsi necessarie in una società democratica, vale a dire giustificate da un bisogno sociale imperioso e, segnatamente, proporzionate allo scopo legittimo perseguito (...)».

della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite.».

I principi enunciati dalla Corte EDU sono stati direttamente recepiti anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che, nella sentenza n. 202 dell'8 gennaio 2013, pronunciandosi sulla questione di costituzionalità relativa all'art. 5 d.lgs. n. 286/1998, in tema di espulsione dello straniero, ha ricordato che “[...] *al legislatore è riconosciuta un’ampia discrezionalità nella regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi che tale regolazione riguarda; peraltro, [...] tale **discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell’immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino*** (sentenze n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, nn. 299 e 249 del 2010, n. 148 del 2008, n. 206 del 2006, n. 78 del 2005)”.

Come precisato dalla Corte, “[a]d analoghe considerazioni conduce anche l’esame dell’art. 8 della CEDU, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, pure evocato a parametro interposto del presente giudizio, in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost. La Corte di Strasburgo ha, infatti, sempre affermato (ex plurimis pronuncia 7 aprile 2009, *Cherif e altri c. Italia*) che la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, di tal che gli Stati mantengono il potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva. Tuttavia, **quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l’esigenza di prevenire minacce all’ordine pubblico, ex art. 8, paragrafo 1, della CEDU.**

Anche la giurisprudenza della CGUE si è espressa in merito ai parametri utili per il bilanciamento con il diritto alla “vita familiare”. In particolare, la suddetta Corte, in tema di allontanamento dello straniero, ha chiarito che occorre esaminare se il cittadino di un paese terzo costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l’ordine pubblico o la pubblica sicurezza, tenendo in considerazione la durata del suo soggiorno nel territorio di tale Stato membro, la sua età, le conseguenze per lui e per i suoi familiari e i suoi vincoli con lo Stato membro di soggiorno o l’assenza di vincoli con il suo paese d’origine (cfr.: Corte giust., 11 giugno 2020, causa C-448/19, *WT*; Corte giust., 7 dicembre 2017, causa C- 636/16, *López Pastuzano*).

Una recente applicazione di suddetti principi è altresì rinvenibile in una pronuncia del Consiglio di Stato (14 dicembre 2020, n. 2042), con specifico riferimento al tema del necessario bilanciamento tra sicurezza dello Stato e legami familiari, alla luce del principio di proporzionalità. Nella pronuncia richiamata, il Consiglio di Stato ha precisato che la valutazione circa l’opportunità dell’allontanamento «*andrà svolta tenendo in considerazione la natura e la durata dei vincoli famigliari, l’impatto della decisione sui figli minori ed in particolare su quelli che, in ragione di patologie gravi, siano particolarmente vulnerabili e possano essere seriamente pregiudicati da un provvedimento di rigetto. A tal fine sarà necessario considerare l’età dei figli e se siano nati in Italia e quale sia il loro radicamento con l’Italia. Sul piano*

della pericolosità sociale, venuto meno il criterio dell'automatismo, la valutazione deve essere svolta in concreto, attraverso un esame della condotta complessiva del richiedente, considerata la tipologia e l'entità delle condotte delittuose, della loro continuità o sviluppo diacronico, ferma la necessità che almeno una di esse sia riconducibile alle ipotesi normativamente descritte a quelle di cui all'art. 5, comma 5 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, regolante le condizioni di legge per il rilascio ed il rinnovo, in generale, del titolo di soggiorno.».

Pertanto, in forza della giurisprudenza sovranazionale e nazionale richiamata, è possibile esemplificare gli indici rilevanti ai fini della valutazione in merito alla sussistenza di “vita familiare”. In particolare, potranno tenersi in considerazione i seguenti elementi:

- durata del matrimonio o dell'unione;
- esistenza di legami sociali;
- il fatto che dall'unione siano nati figli;
- età dei figli;
- presenza di figli anche nel paese d'origine;
- *le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di ritorno nel paese d'origine;*
- *l'interesse e il benessere dei figli;*
- *la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite.*

Nell'ambito di questa valutazione sarà comunque necessario procedere al giudizio comparativo rispetto alla situazione che il richiedente asilo incontrerebbe nel Paese d'origine, richiesto dalla sentenza n. 4455/2018. Una volta riconosciuta la configurabilità dell'unità familiare, sarà possibile ammettere il riconoscimento della forma di tutela complementare attraverso il riconoscimento dell'art. 2 e 10 Cost. con riferimento all'art. 8 CEDU.

Qual è il significato da attribuire al richiamo al rispetto del diritto alla vita privata e familiare contenuto nel nuovo art. 19, co. 1.1 TUI, come modificato dal D.L. 130/2020?

La novella introdotta dal D.L. n. 130/2020 ha previsto il divieto di espulsione dello straniero e, correlativamente, il rilascio del permesso di soggiorno per “protezione speciale” anche nell'ipotesi in cui l'allontanamento dal territorio nazionale possa comportare la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dello straniero, salvo ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica. La nuova disposizione ha altresì precisato gli indici che devono essere presi in considerazione nell'ottica di suddetto bilanciamento: la natura e l'effettività dei vincoli familiari, l'effettivo inserimento sociale in Italia, la durata del soggiorno nel territorio nazionale nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine.

Dunque, anche alla luce della novella legislativa, la Cassazione ha sentito l'esigenza di chiarire il significato da attribuire al diritto alla vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 CEDU, nonché di determinare il contenuto dell'indagine comparativa che, in tema di protezione umanitaria, il giudice di merito deve svolgere nell'ipotesi in cui il cittadino straniero abbia realizzato un adeguato grado di integrazione sociale e lavorativa nel nostro paese.

In particolare, con l'ordinanza n. 28316 dell'11 dicembre 2020, la Sesta Sezione della Cassazione ha chiesto la rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa alla configurabilità del diritto alla protezione umanitaria quando sia stato allegato ed accertato il “radicamento” effettivo del

cittadino straniero, fondato su decisivi indici di stabilità lavorativa e relazionale, la cui radicale modificazione, mediante il rimpatrio, possa ritenersi idonea a determinare una situazione di vulnerabilità dovuta alla compromissione del diritto alla vita privata e/o familiare ex art. 8 CEDU, sulla base di un giudizio prognostico degli effetti dello “sradicamento” che incentri la valutazione comparativa sulla condizione raggiunta dal richiedente nel paese di accoglienza, con attenuazione del rilievo delle condizioni del paese di origine non eziologicamente ad essa ricollegabili.

Come rilevato dall’ordinanza, il nuovo articolo 19, co. 1.1 d.lgs. 286/98, pur non prevedendolo espressamente, introduce la “protezione speciale” per la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, *«ossia una misura che pare configurarsi più ampia di quella della protezione umanitaria per integrazione sociale, come elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte. Soprattutto, la norma individua chiaramente i fattori di comparazione, in un'ottica di bilanciamento tra le “ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica”, da un lato, e le condizioni soggettive ed oggettive del cittadino straniero in dettaglio declinate, dall'altro, valorizzando, come ostativi al rimpatrio, la “solidità” dei legami con il nostro paese e l'affievolimento di quelli con il paese di origine.»*.

Alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale relativa all'interpretazione del concetto di “vita privata e familiare”, ai sensi dell'8 CEDU (sopra richiamata), il Collegio ha quindi valutato la possibilità di ritenere sussistente un vulnus di questo diritto *«direttamente, anche, proprio dall'allontanamento del cittadino straniero dal paese di accoglienza. Infatti, a fronte di una situazione di “stabile insediamento”, per usare la stessa espressione della Corte EDU, da accertarsi secondo precisi parametri connessi alla durata, stabilità e consistenza qualitativa della condizione di permanenza in Italia, l'allontanamento può configurarsi come evento idoneo a provocare la lesione dei diritti umani fondamentali che connotano il “radicamento” dello straniero nel paese di accoglienza e dei quali il richiedente risulterebbe privato nel paese di origine.»*. Secondo questa prospettiva, la vulnerabilità integrante la protezione complementare potrebbe derivare *«dallo “sradicamento” del cittadino straniero che, col tempo, abbia trovato nel paese ospitante una stabile condizione di vita, da intendersi riferita non solo all'inserimento lavorativo, che è indice indubbiamente significativo, ma anche ad altri ambiti relazionali rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 8.»*.

6.3.2. Diritto alla protezione complementare per motivi di salute

QUESTIONI:

17. *Quali sono le modifiche introdotte dal D.L. n. 113/2018 e dal D.L. n.130/2020 in tema di protezione per motivi di salute?*
18. *Il divieto di respingimento per motivi legati alle condizioni di salute dello straniero irregolare-sostituisce la protezione complementare che veniva concessa in presenza di un vulnus al diritto alla salute?*
19. *Come si valuta lo stato di salute rilevante ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria o del permesso per cure mediche?*
20. *Che rilevanza assume l'emergenza pandemica da Covid-19 nell'ottica della protezione complementare per motivi di salute?*

Nella prassi applicativa delle Commissioni territoriali e dei Collegi giudicanti, chiamati a decidere i ricorsi contro i rigetti della domanda di asilo, le particolari condizioni di salute che caratterizzano personalmente il ricorrente venivano considerate un “tipico” motivo soggettivo rilevante ai fini dell’attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, secondo quanto previsto dall’originario art. 5, co. 6 del d.lgs.n. 286/98 (c.d. TUI). Infatti, il diritto alla salute, riconosciuto dall’art. 32 Cost.¹², rientra certamente tra quegli «obblighi costituzionali», cui fa riferimento la norma e cui lo Stato italiano è tenuto a dare attuazione.

Quali sono le modifiche introdotte dal D.L. 113/2018 e dal D.L. 130/2020 in tema di protezione per motivi di salute?

Per quanto d’interesse con riferimento alla rilevanza del diritto alla salute nell’ottica della protezione del richiedente asilo, come già evidenziato (si veda *infra* par. 5.2.2), il D.L. 113/2018 aveva abrogato l’art. 5, co. 6 TUI e, parallelamente, aveva introdotto una nuova ipotesi di divieto di respingimento, inserita alla lettera d-bis) dell’art. 19, co. 2, TUI, legata alla tutela della salute. La norma, in particolare, contemplava la situazione relativa a «*stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da non consentire di eseguire il provvedimento di espulsione senza arrecare un irreparabile pregiudizio alla salute degli stessi*». La sussistenza di questi presupposti conduceva alla concessione di un permesso di soggiorno, di durata pari al tempo attestato dalla certificazione sanitaria e comunque non superiore ad un anno, per quanto rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di eccezionale gravità certificate, ma non convertibile in permesso lavoro¹³.

Questa disposizione è stata nel complesso conservata dalla novella contenuta nel successivo D.L. 130/2020, seppur con alcune modifiche:

¹² Si tratta di un diritto di carattere assoluto e rispondente altresì ad un interesse di natura collettiva, tale da risultare spettante a qualunque individuo e, pertanto, anche allo straniero. In questo senso si è espressa la Corte costituzionale, nello specifico con la sentenza n. 252 del 2001.

¹³ Il divieto di respingimento di cui all’art. 19, co. 2 lett. d-bis) del TUI si distingue dal permesso di soggiorno per cure mediche previsto dall’art. 36 TUI, il cui presupposto è il preventivo vaglio dell’autorità competente sulla condizione di salute del richiedente e il conseguente rilascio di un visto d’ingresso e correlato permesso di soggiorno per usufruire di determinate cure mediche sul territorio nazionale. Diversamente, la disciplina dell’art. 19 TUI, nelle sue varie declinazioni interpretative, ha come presupposto un ingresso irregolare dello straniero nel territorio nazionale.

- Innanzitutto, il divieto di respingimento sussiste non solo in presenza di “condizioni di salute di particolare gravità, ma anche di “gravi condizioni psico-fisiche, derivanti da gravi patologie”.

Il dettato normativo pare così contemplare un'estensione dell'ambito applicativo del divieto, anche se risulta di difficile comprensione il riferimento alle “patologie” e non più alle “condizioni” – termine più generico.

In secondo luogo, le modifiche hanno riguardato il permesso per cure mediche che consegue all'accertamento dei presupposti per applicare il divieto di espulsione: secondo quanto previsto dal nuovo art. 19, co. 2, lett. d.bis) TUI, viene rilasciato un permesso di soggiorno per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di cui al periodo precedente debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale, ma convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

- Dunque, ai sensi del nuovo comma 3.1, inserito nell'art. 32 del d.lgs n.25 del 2008, le Commissioni territoriali hanno oggi l'obbligo di valutare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 19, co. 2, lett. d-bis, TUI anche in caso di rigetto della domanda di protezione internazionale e qualora il richiedente versi in gravi condizioni di salute psico-fisiche o

Il divieto di respingimento per motivi legati alle condizioni di salute dello straniero irregolare sostituisce la protezione complementare che veniva concessa in presenza di un vulnus al diritto alla salute?

derivanti da gravi patologie, l'autorità giudicante sarà tenuta a trasmettere gli atti al Questore per il rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche.

È opportuno rilevare come, anche a prescindere dall'insussistenza dei presupposti per la concessione del permesso per cure mediche, l'eventuale sussistenza di profili legati alla condizione di salute del soggetto possa comunque essere considerata dalle Commissioni territoriali, ovvero dal Tribunale, in sede di ricorso ex art. 35 bis d.lgs. 25/2008, ai fini del riconoscimento della protezione complementare. Infatti, la previsione del permesso per cure mediche risponde ad un'esigenza differente rispetto a quella risultante dalla disciplina della protezione complementare, posta a tutela di situazioni di vulnerabilità, derivanti da una condizione di compromissione di diritti fondamentali – tra cui rientra, di certo, anche il diritto alla salute dello straniero.

Secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, con sentenza n. 2558 del 4 febbraio 2020, il diritto alla salute, quale primario diritto della persona, non può trovare esclusivamente tutela nell'art.36, TUI, (Ingresso e soggiorno per cure mediche), *«in quanto la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità, come il fondamentale diritto alla salute in caso di patologie gravi, e al contempo di essere posti nella condizione di integrarsi nel Paese ospitante anche attraverso lo svolgimento di un'attività lavorativa, mentre il permesso di soggiorno per cure mediche di cui all'art. 36 cit. si può ottenere mediante specifico visto d'ingresso e pagamento delle spese mediche da parte dell'interessato, sicchè non consente di iscriversi al Servizio sanitario nazionale e neppure di lavorare in Italia (salvo casi particolari di cui al*

D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31), avendo una durata pari al tempo definito in base alle documentate necessità di salute per le quali viene consentito il soggiorno, ha cioè una durata pari alla durata presunta del trattamento terapeutico cui si riferisce e se ne può chiedere il rinnovo prima della scadenza, finché durano le necessità terapeutiche indifferibili ed erogabili solo in Italia». Dunque, come affermato nella sentenza n. 4455/2018 – espressiva di un orientamento generalmente accolto dalla giurisprudenza di legittimità –, «[l]a vulnerabilità può essere la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute, non potendo tale primario diritto della persona trovare esclusivamente tutela nell'art. 36 del d.lgs n. 286 del 1998».

Simili argomentazioni possono essere considerate rilevanti anche con riferimento al permesso speciale per cure mediche, previsto dall'art. 19, co. 2 lett. d-bis, TUI. Esso, infatti, non è altro che un permesso di natura amministrativa, rilasciato in presenza di “gravi condizioni psico-fisiche, derivanti da gravi patologie”, che devono essere accertate mediante documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale (SSN). Tale permesso viene concesso esclusivamente per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno (per quanto rinnovabile finché persistono le condizioni di cui al periodo precedente debitamente certificate), proprio perché la sua finalità consiste essenzialmente nel consentire allo straniero di ricevere cure che altrimenti non vedrebbe garantite nel proprio Paese di provenienza. Tant'è che, ai fini della sua concessione, è necessario verificare che il rientro nel Paese d'origine comporti un rilevante pregiudizio alla salute della persona interessata.

Diversamente, come già ricordato, la previsione di una protezione complementare risponde ad esigenze di tutela più ampie: la protezione umanitaria, essendo attuativa del diritto di asilo costituzionale ex art.10, comma terzo, Cost., – unitamente alle due forme di protezione internazionale di matrice europea – ed essendo necessariamente collegata ai diritti fondamentali che l'alimentano, assurge a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di

Come si valuta lo stato di salute rilevante ai fini del riconoscimento della protezione complementare?
--

radicarne l'attuazione. E tra queste esigenze, la stessa Corte di Cassazione ricomprende chiaramente la salvaguardia del diritto alla salute.

Quanto al significato da attribuirsi allo “stato di salute”, rilevante nell'ottica del riconoscimento di suddetta tutela, è d'obbligo sottolineare come la prassi, soprattutto giurisprudenziale, abbia adottato uno standard estremamente più ampio rispetto a quello disegnato dalla Corte Europea dei diritti umani nelle pronunce analizzate.

In primo luogo, il concetto in esame viene riferito tanto ad una malattia, quanto ad una disabilità, sia di carattere fisico, che di natura psichica e psicologica, la quale non deve essere necessariamente patologica o irreversibile, ma può altresì avere una connotazione solo temporanea. L'esame della domanda che conduce all'attribuzione della tutela complementare nazionale si connota, infatti, per essere una valutazione “allo stato”, che tiene in considerazione la situazione del ricorrente al momento del ricorso; pertanto, un'eventuale modifica in senso

migliorativo delle condizioni dello stesso potrà condurre, al momento della richiesta di rinnovo del permesso, ad un esito negativo, non sussistendo più il bisogno di tutela della salute.

In secondo luogo, sempre rispetto all'identificazione della nozione di cui si discute, è possibile qui riportare quanto espresso dalla Cassazione nella sentenza n. 7615 del 4 aprile 2011¹⁴, nella quale la Corte circoscrive l'ipotesi di inespellibilità per motivi di salute a interventi sanitari necessari, non limitati all'assistenza di primo soccorso o d'urgenza, ma estesi agli «*interventi essenziali quoad vitam diretti alla eliminazione della grave patologia che affligge lo straniero*». Tra essi vengono ricompresi cicli terapeutici, anche di lunga durata, i quali, per poter raggiungere l'obiettivo per cui vengono predisposti, devono necessariamente essere eseguiti in Italia, dal momento che un'eventuale interruzione dovuta al rimpatrio vanificherebbe i risultati raggiunti o comunque comprometterebbe le chances di guarigione. La Corte di Cassazione, nella medesima pronuncia, ha altresì precisato che «*si tratta di distinguere tra interventi indifferibili (anche se di consistenza temporale non irrilevante) che rendono inespellibile lo straniero irregolare che di essi necessita ed interventi sanitari che qualunque straniero può fruire in Italia ove chieda ed ottenga, previa valutazione dell'Autorità Amministrativa, il previsto permesso di soggiorno per cure mediche (del D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 36)*».

Inoltre, con riferimento all'identificazione delle condizioni di salute rilevanti, occorre considerare la costante giurisprudenza di legittimità, pronunciata in materia di inespellibilità di persona affetta da problemi di salute, ha affermato che: «*in tema di espulsione dello straniero, la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero, che comunque si trovi nel territorio nazionale, impedisce l'espulsione nei confronti di colui che dall'immediata esecuzione del provvedimento potrebbe subire un irreparabile pregiudizio, dovendo tale garanzia comprendere non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita.*» (Cass., S.U., 10 giugno 2013, n. 14500; conforme Cass. 27 giugno 2016, n. 13252). Sulla stessa linea delle Sezioni Unite si era già posta la circolare del Ministero della salute 24 marzo 2000, n. 5, recante «*indicazioni applicative del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero - Disposizioni in materia di assistenza sanitaria*» (G.u. 24 marzo 1 giugno 2000, n. 126), secondo la quale «*per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)*». Le Sezioni Unite hanno altresì evidenziato come l'art. 35 T.U.I. avesse affermato il principio della continuità delle cure urgenti ed essenziali, nel senso di assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso.

Da ultimo, la Suprema Corte ha affermato che «*per il principio di continuità delle cure essenziali, il cittadino straniero ha diritto a prestazioni terapeutiche o diagnostiche relative ad una patologia che, anche se non pericolosa nell'immediato, potrebbe determinare nel tempo un maggior danno per la salute o rischi per la vita*» (Cass. 6 marzo 2019, n.6532).

¹⁴ Cfr.: Cass., 4 aprile 2011, n. 7615. Rimangono escluse dalla positiva valutazione circa la sussistenza di condizioni di inespellibilità «*quei trattamenti di mantenimento o di controllo che, se pur indispensabili ad assicurare una spes vitae per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata, dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente*».

Va precisato, inoltre, che vengono considerati elementi rilevanti, necessariamente tenuti in considerazione nel processo decisionale, anche l'assenza o la carenza di adeguate risorse nel Sistema sanitario del Paese d'origine o la presenza di limitazioni all'accesso alle cure, circostanze che, al contrario, la Corte di Strasburgo aveva escluso dalla valutazione del rischio rilevante ai fini dell'individuazione di una lesione dell'art. 3 CEDU.

Che rilevanza assume l'emergenza pandemica nell'ottica della protezione complementare per motivi di salute?

Per una trattazione approfondita della tematica relativa al rapporto tra la condizione di vulnerabilità rilevante nell'ottica della protezione complementare e la situazione pandemica da Covid-19, si rinvia al paragrafo 5 del presente capitolo.

6.4. Le questioni processuali

6.4.1. Il principio della domanda nei ricorsi aventi ad oggetto la protezione umanitaria

QUESTIONI:

21. Come si atteggia il principio della domanda nelle varie fasi del procedimento di riconoscimento del diritto d'asilo?
22. Quali sono le peculiarità dell'atteggiarsi di questo principio con riferimento al riconoscimento della protezione umanitaria?

La peculiarità della materia in esame contempla un modulo istruttorio del tutto inedito, che impatta con i principi generali del nostro processo civile, a partire da quello della domanda e della disponibilità della tutela giurisdizionale. In particolare, l'art. 3 D.Lgs. 251/2007 e l'art. 8 D. Lgs. 25/2008, prevedendo particolari poteri-doveri istruttori della parte e del giudice, costituiscono le norme cardine del sistema di attenuazione del principio dispositivo che caratterizza l'accertamento giudiziale delle domande di protezione internazionale.

Come si atteggia il principio della domanda nelle varie fasi del procedimento di riconoscimento del diritto d'asilo?

1. Commissione Territoriale (fase amministrativa)

In primo luogo, va evidenziato che il principio in esame non è applicabile alla fase amministrativa innanzi alle Commissioni Territoriali, non essendo tenuto il richiedente asilo a fornire alcuna qualificazione giuridica specifica alla propria istanza in fase amministrativa¹⁵. Quanto appena riportato si desume direttamente dal tenore dell'art. 32, co. 3 del d.lgs. n. 25 del 2008, ai sensi del quale, quando la Commissione, pur escludendo la ricorrenza dei requisiti per le misure tipiche, ritenga che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, TUI, individuati *ex officio* sulla base delle dichiarazioni, allegazioni e prove fornite dal richiedente, deve trasmettere gli atti al Questore per il rilascio del permesso per protezione speciale.

2. Tribunale (primo grado fase giurisdizionale)

Il principio della domanda si atteggia diversamente, invece, nel giudizio di primo grado, risultando attenuato nei seguenti termini. Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità¹⁶, per quanto il ricorrente sia chiamato a prospettare una situazione che possa configurare i presupposti richiesti per il riconoscimento di una delle forme di protezione, egli non è altrettanto costretto all'indicazione precisa del *nomen iuris* del diritto alla protezione internazionale che s'invoca.

¹⁵ M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, n. 1.

¹⁶ Cass., 13 aprile 2015, n. 14998. Così la massima ufficiale: «In tema di protezione internazionale dello straniero, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, ai sensi dell'art. 14, lett. b) e c), del d.lgs. 19.11.2007, n. 251, non è onere del richiedente fornire una precisa qualificazione giuridica della tipologia di misura di protezione invocata, ma è onere del giudice, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 8, co. 3, del d.lgs. 28.1.2008, n. 25, verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente e astrattamente suscettibile in entrambe le tipologie tipizzate di rischio, sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione.».

Anche la giurisprudenza più recente ha riaffermato detto principio, precisando, tuttavia, come l'obbligo di cooperazione istruttoria da parte del giudice consegua soltanto all'adempimento da parte del richiedente del proprio onere di individuazione e allegazione dei fatti costitutivi della sua pretesa (in tal senso, Cass. 27 giugno 2018, n. 16925 e Cass. 28 giugno 2018, n. 17069).

Non va confuso l'onere probatorio attenuato che connota i giudizi in materia di protezione internazionale con un onere di allegazione attenuato, inammissibile nel nostro ordinamento. Infatti, come afferma la Cassazione, *«il ricorso al tribunale costituisce atto introduttivo di un giudizio civile, retto dal principio dispositivo: principio che, se nella materia della protezione internazionale viene derogato dalle speciali regole di cui al cit. D.L.vo n. 251 del 2007, art. 3 e all'art. 8, D.L.vo 28 gennaio 2008, n. 25, che prevedono particolari poteri-doveri istruttori (anche) del giudice, non trova però alcuna deroga quanto alla necessità che la domanda su cui il giudice deve pronunciarsi corrisponda a quella individuabile in base alle allegazioni dell'attore»*, cosicché *«i fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale devono necessariamente essere indicati dal richiedente, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli in giudizio d'ufficio, secondo la regola generale»*¹⁷.

Sarà poi compito del giudice della protezione internazionale colmare le lacune informative, in modo adeguato e pertinente alla richiesta, soprattutto con riferimento alle condizioni generali del Paese d'origine, qualora le indicazioni fornite dal richiedente siano deficitarie o mancanti, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, al fine di verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione.

Dunque, almeno quanto alle forme di protezione internazionale, viene richiesta la prospettazione di una situazione che possa configurare il rifugio politico o la protezione sussidiaria e il giudice deve valutare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della protezione, partendo dalla misura che integra una condizione di maggior protezione, quale lo *status* di rifugiato, per giungere alla misura di minor protezione, quale la protezione sussidiaria (cfr. art. 8, comma 2, d.lgs. n. 25/2008). Ciò, comunque, non implica alcuna violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, poiché l'individuazione della specifica misura cui il ricorrente, sulla base dei fatti ritenuti accertati, ha diritto, configura una questione di qualificazione giuridica, riservata al giudice.

Quali sono le peculiarità dell'atteggiarsi di questo principio con riferimento al riconoscimento della protezione umanitaria?

Un fattore di complicazione è rappresentato dal riconoscimento della forma di protezione umanitaria: in particolare, la dottrina si è domandata se la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario possa costituire «un minimo comune denominatore che accomuna tutti e tre i permessi di soggiorno» o debba, al contrario, essere specificamente dedotta dal ricorrente, in quanto misura di tutela del tutto autonoma ed indipendente dalle altre.

¹⁷ Cass., 15 maggio 2019, n. 13097; Cass., sez. VI, 22 marzo 2017, n. 7385.

Inizialmente, la risposta era stata individuata facendo leva sull'idea, rappresentata dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità (cfr. per tutte, Cass. 26 giugno 2012, n. 10686¹⁸), secondo cui il diritto costituzionale di asilo previsto dall'art. 10, co. 3 avesse trovato compiuta attuazione proprio in virtù della previsione normativa delle due misure tipiche e della misura atipica e residuale costituita dal permesso per motivi umanitari. Prendendo le mosse da suddetta affermazione, era stato così sostenuto¹⁹ come tale impostazione fosse più coerente con una configurazione attenuata del principio della domanda nel giudizio davanti al Tribunale, ritenendo indispensabile poter riconoscere al ricorrente tutte le forme di tutela previste dall'ordinamento che non fossero state concesse nella precedente fase amministrativa, specialmente qualora la Commissione Territoriale non avesse esplicitato una valutazione specifica in ordine alla protezione umanitaria e quando dai fatti allegati al ricorso emerga in capo allo straniero una condizione di vulnerabilità, riconducibile ai motivi previsti dall'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/98.

Più di recente, la giurisprudenza della Suprema Corte si è divisa sul punto.

In alcune pronunce, l'attenuazione del principio dispositivo è stata restrittivamente interpretata ed è stato delimitato in modo rigoroso l'ambito delle allegazioni relative a ciascuna forma di protezione. Ad esempio, nella sentenza del 7 agosto 2018 n. 21123, la Cassazione, in relazione all'onere di allegazione del richiedente in tema di protezione umanitaria, pur affermando che la natura residuale ed atipica di quest'ultima implica che il suo riconoscimento debba essere frutto di valutazione autonoma, caso per caso, e che il suo rigetto non possa conseguire automaticamente al rigetto delle altre forme tipiche di protezione, afferma, tuttavia, che chi invochi tale forma di tutela deve allegare in giudizio fatti ulteriori e diversi da quelli posti a fondamento delle altre due domande di protezione cd. maggiore.

Parimenti, con la sentenza n. 6923/2020²⁰, sempre in tema di protezione umanitaria, la Cassazione ha ritenuto l'inammissibilità del mutamento dei fatti allegati a sostegno della domanda di protezione umanitaria nel giudizio di legittimità, anche quando i medesimi fatti, nel giudizio di merito, siano stati posti a base della domanda di protezione sussidiaria.

Si discosta nettamente da tale orientamento la sentenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione, n. 8819/2020²¹, la quale, pur riconfermando che i presupposti necessari al

¹⁸ Così massimata: «Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo status di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lg. 19 novembre 2007 n. 251, adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/Ce del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui all'art. 5, comma 6, d.lg. 25 luglio 1998 n. 286. Ne consegue che non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3, cost., in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione».

¹⁹ M. ACIERNO, M. FLAMINI, *cit.*

²⁰ Cass., 11 marzo 2020, n. 6923. Secondo la Corte, «nella domanda di riconoscimento della protezione per ragioni umanitarie, la causa petendi si atteggia diversamente rispetto alle distinte forme della protezione internazionale ed il ricorrente non può introdurre nel corso del giudizio di cassazione, con mutamento della causa petendi, una domanda nuova, facendo valere forme diverse di protezione di cui non abbia tempestivamente dedotto nella fase di merito i correlati fatti costitutivi». In tal senso, altresì sentenza n. 7622/2020, che afferma che «la domanda di protezione internazionale, di protezione sussidiaria e di protezione umanitaria si fondano su differenti causae petendi, così che è onere del richiedente allegare fatti specifici e diversi a seconda della forma di protezione invocata».

²¹ Così massimata: «In materia di protezione internazionale, il giudice del merito è tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere una delle forme di protezione previste dalla legge, qualora i fatti storici allegati risultino pertinenti, a prescindere dalle istanze formulate dalla parte, trattandosi di giudizi relativi a domanda autodeterminata, avente ad oggetto diritti

riconoscimento della protezione umanitaria devono essere individuati autonomamente rispetto a quelli previsti per le due protezioni maggiori, non essendo tra loro sovrapponibili (cfr. Cass., 20 gennaio 2020, n. 1104), evidenzia come i fatti storici posti a fondamento della positiva valutazione della condizione di vulnerabilità possono essere gli stessi già allegati per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o la concessione della protezione sussidiaria, spettando al giudice qualificare detti fatti ai fini della riconduzione all'una o all'altra forma di protezione. Come sottolineato dalla Terza Sezione, non può darsi seguito all'orientamento espresso dallo stesso giudice di legittimità (Cass. 7 agosto 2019, n. 21123 e Cass. 31 marzo 2020 n. 7622), secondo cui dovrebbero essere allegati, ai fini del giudizio reso in tema di protezione umanitaria, fatti diversi da quelli prospettati per le altre forme di protezione, poiché si tratta di un orientamento *«privo di qualsivoglia fondamento normativo, e frutto di un'interpretazione in malam partem imprevedibile in tema di diritti fondamentali»*, nonché di *«affermazione che contraddice il basilare dovere del giudice di qualificazione della domanda sulla base degli stessi fatti storici allegati dalla parte istante»*. La Corte, in particolare, ha ricordato la necessità di collegare la norma che disciplina la protezione umanitaria ai diritti fondamentali che ne costituiscono il presupposto, esclude l'applicabilità di *«regole rigide e parametri severi, che ne limitino le possibilità di adeguamento, mobile ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali; sicchè, come già puntualizzato da questa Corte ancor prima della già citata pronuncia a sezioni unite, l'apertura e la residualità della tutela non consentono tipizzazioni (tra le altre, Cass. 15 maggio 2019, nn. 13079 e 13096). E, come ancora ricordato dalle Sezioni unite, le relative basi normative "non sono affatto fragili", ma "a compasso largo": l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 Cedu, comporta l'evoluzione della norma (elastica) sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorirne e di radicarne l'attuazione.»*.

3. Corte di Cassazione (secondo grado fase giurisdizionale)

Da ultimo, è utile precisare che, davanti alla Corte di Cassazione, il principio della domanda riacquista l'ampiezza ordinaria, trattandosi di un giudizio a critica rigidamente vincolata. Esso riguarda esclusivamente censure relative a vizi di natura processuale, inerenti al giudizio di merito, ovvero l'ammissibilità del ricorso, mentre il sindacato nel merito effettuato dal Tribunale in primo grado non può più essere oggetto di impugnazione. La Corte Suprema potrà eventualmente valutare la sussistenza di un fatto storico decisivo, il quale abbia formato oggetto di discussione, ma il cui esame sia stato omissso (cfr.: art. 360, n. 5 c.p.c.); suddetto vizio potrà essere esaminato, ma soltanto qualora la domanda sia stata formulata nel grado precedente in modo espresso ed univoco e la parte ricorrente l'abbia riprodotta.

Per quanto riguarda ulteriori approfondimenti relativi alla domanda reiterata, all'introduzione in giudizio di nuovi motivi, di fatti sopravvenuti, di nuove prove e al dovere di cooperazione del giudice nei procedimenti di riconoscimento della protezione internazionale e complementare, si rinvia, al capitolo n. 3, paragrafi 3 e 4.

fondamentali, in relazione alla quale non ha importanza l'indicazione precisa del "nomen iuris" del tipo di protezione invocata, ma esclusivamente la prospettazione di situazioni concrete che consentano di configurare lo "status" di rifugiato o la protezione sussidiaria. Non rileva, di conseguenza, l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta, quando i fatti esposti nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata.»

6.4.2. Il dovere di cooperazione e la protezione umanitaria²²

QUESTIONI:

23. Cosa significa dovere di cooperazione? In cosa si sostanzia?
24. Quali conseguenze in caso di utilizzo di COI non aggiornate?
25. Quali sono i limiti del potere di cooperazione giudiziale?
26. Il dovere di cooperazione si può estendere all'esame degli elementi di fatto posti a fondamento della domanda di protezione internazionale ma relativi alla situazione del richiedente nel Paese di transito?
27. Il dovere di cooperazione si attiva in caso di dichiarazioni non credibili?

Cosa significa dovere di cooperazione? In cosa si sostanzia?
--

Il dovere di cooperazione è espressamente normato dalla Direttiva 2011 /95/UE (c.d. “qualifiche”) e si sostanzia nell’obbligo per il richiedente asilo di produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale (elementi che consistono nelle dichiarazioni del richiedente ed in tutta la documentazione in suo possesso “in merito alla sua età, estrazione, anche ove occorra, dei congiunti, identità, cittadinanza/e, paese/i, e luogo/luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d’asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale” – art. 4 par. 2, dir. 2011/95/UE) e, parimenti, nell’obbligo incondizionato, per lo Stato membro, di cooperare con il richiedente asilo nell’esame di tutti gli elementi significativi della domanda (art. 4, par. 1, dir. 2011/95/UE).

Corollario del dovere di cooperazione come sopra delineato è costituito dalla previsione dell’art. 4 par. 5, “direttiva qualifiche” : quando lo Stato membro abbia scelto di imporre al richiedente asilo l’obbligo di motivare la sua domanda e questi non abbia, tuttavia, fornito prove documentali o di altro tipo a sostegno delle sue dichiarazioni, queste ultime si possono ritenere ugualmente comprovate allorché siano rispettate, cumulativamente, una serie di condizioni che sostanzialmente fanno presumere la credibilità del richiedente asilo e delle sue dichiarazioni (per ulteriori approfondimenti, si veda *infra* par. 6.4.3).

In altri termini, il dovere di cooperazione giudiziale con il richiedente asilo, che rappresenta una peculiarità processuale del giudizio di protezione internazionale, è riferito alla acquisizione delle circostanze di fatto che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda.

Si sostanzia, primariamente, nella specifica ricerca delle informazioni rilevanti sul Paese d’origine, sulla base delle quali si fonda la decisione. Per questo motivo, deve trattarsi di fonti informative attendibili (in base a quanto disposto dall’art. 8 comma 3 d. lgs. n. 25/2008), idonee allo scopo informativo rispetto alla vicenda narrata ed aggiornate alla data della decisione. L’obbligo di un

²² Sul dovere di cooperazione in generale, nel procedimento di protezione internazionale si veda: <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-dovere-di-cooperazione-istruttoria-nel-procedimento-di-protezione-internazionale-il-punto-di-vista-del-giudice-di-merito>.

costante aggiornamento deriva proprio dalla “rapida mutevolezza delle condizioni sociopolitiche, economiche, climatiche e sanitarie dei paesi di provenienza dei richiedenti asilo” (Cass. 12

Quali conseguenze in caso di utilizzo di COI non aggiornate?
--

novembre 2020, n. 25545).

La giurisprudenza di legittimità ha precisato che “ove il giudice di merito non si attenga a tale principio in relazione all'aggiornamento delle fonti utilizzate, è sufficiente che la censura che il ricorrente prospetta in sede di legittimità evidenzi la non attualità delle fonti, in quanto la data di esse costituisce un elemento oggettivo che non necessita di ulteriori specificazioni critiche, pur essendo necessario che venga allegata una condizione attuale del paese di origine diversa e più grave di quella rappresentata dalle informazioni (erroneamente) utilizzate, preservandosi in tal modo l'interesse all'impugnazione. Il ricorrente, pertanto, non ha alcun onere di indicare specificamente, riportandone il contenuto, fonti alternative a quelle utilizzate, non essendo tenuto a supplire ad una carenza istruttoria che costituisce oggetto di uno specifico obbligo ex lege del giudice di merito. Ove la controversia sia stata instaurata prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 13 del 2017, conv. nella l. n. 46 del 2017 e sussista ancora, pertanto, il doppio grado di giudizio, è necessario che la Corte territoriale che intenda confermare l'ordinanza impugnata, sulla base delle

Quali sono i limiti del potere di cooperazione giudiziale?
--

medesime fonti informative utilizzate in primo grado, ne verifichi l'attualità e dia conto dell'insussistenza di aggiornamenti dai quali possano desumersi notizie diverse ed idonee a ridondare su una differente soluzione della controversia.” (Cass. 12 novembre 2020, n. 25545).

La Suprema Corte ha delineato, in numerose pronunce, i limiti dei poteri istruttori, costituita dalla specifica allegazione dei fatti costitutivi della domanda a cura del richiedente asilo, potendo il potere istruttorio ufficioso “*esercitarsi solo in presenza di allegazioni specifiche sui profili concreti di vulnerabilità (Cass. n.27336/2018)*” (cfr. Cass. 14 novembre 2019, n. 29587).

Sottolinea la giurisprudenza di legittimità che è la vicenda personale del ricorrente, in una con la situazione del suo Paese d'origine, a fondare il giudizio di vulnerabilità, quale elemento costitutivo della protezione umanitaria; ne deriva, pertanto, che l'assenza della prima – i.e. la mancata specifica allegazione di concreti profili di vulnerabilità – farebbe venire in rilievo non già la situazione particolare del singolo soggetto, “*ma piuttosto quella del suo Paese d'origine in termini del tutto generali ed astratti, e per di più riferita ad una condizione di povertà in Patria che non è contemplata dall'invocato ad 10 Cost. che riconnette il diritto d'asilo all'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche*” (così, Cass. 26 marzo 2019, n. 18208).

Il dovere di cooperazione, dunque, ha la finalità di esaminare gli elementi significativi della domanda di protezione internazionale allegati dal ricorrente, non già di sostituirsi alla sua inerzia (art. 3 d.lgs. 251/2007). Più precisamente, il dovere di cooperazione istruttoria officiosa previsto dall'art. 8 del d. lgs. n. 25/2008 incombe sul giudice per tutte le forme di protezione

internazionale, ivi inclusa la protezione complementare atipica, i.e. la protezione umanitaria, in relazione all'accertamento della situazione oggettiva relativa al Paese d'origine, in stretta correlazione alla vicenda personale del richiedente asilo, al fine di valutare se, in caso di rimpatrio, subirebbe “violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani” (Cass. 14 ottobre 2019, n. 25885).

Si tratta di un ruolo attivo del giudice nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio ordinario, un ruolo che si sostanzia nell'esercizio di poteri-doveri di indagine officiosi e nell'acquisizione di informazioni aggiornate sul paese di origine del richiedente al fine di accertarne la situazione reale (Cass. sez. lav. 4 gennaio 2021 n. 10), sicché il giudice del merito non può limitarsi a valutazioni solo generiche ovvero omettere di individuare le specifiche fonti informative da cui vengono tratte le conclusioni assunte, potendo incorrere in tale ipotesi, la pronuncia, ove impugnata, nel vizio di motivazione apparente (Cass. 19 giugno 2020, n. 11967).

È di tutta evidenza che il dovere di cooperazione istruttoria si arresta dinnanzi al silenzio del ricorrente, unico detentore di informazioni significative circa il suo livello di integrazione socio-lavorativa, o la sussistenza di situazioni di vulnerabilità esplicitamente tutelabili, nella disciplina anteriore al d. lgs. n. 130/2020, ai sensi dell'art. 5 comma 6 d. lgs. n. 286/1998. Solo il ricorrente, infatti, è in grado di dichiarare la sussistenza di una rete familiare sul territorio nazionale o nel Paese di origine, il proprio livello di scolarizzazione, le attività lavorative o di volontariato svolte in Italia, il proprio stato di salute, il proprio vissuto nell'ambito del percorso migratorio (in

Il dovere di cooperazione si può estendere all'esame degli elementi di fatto posti a fondamento della domanda di protezione internazionale ma relativi alla situazione del richiedente nel Paese di transito?

particolare, con riferimento ai noti fatti di cronaca relativi alle torture nelle prigioni libiche).

È la Prima Sezione della Suprema Corte con pronuncia del 3 luglio 2020, n. 13758 a chiarire che il dovere di cooperazione giudiziale non si arresta alla verifica della situazione del Paese d'origine, ma deve anche tener conto della situazione e degli accadimenti vissuti nel paese c.d. di transito e che possono assumere rilevanza nella valutazione della richiesta di protezione umanitaria.

Tale principio trae origine e fondamento normativo nel disposto dell'art. 8 comma 3 d. lgs. n. 25/2008 che prevede perentoriamente che ciascuna domanda di protezione internazionale sia esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati.

Ne deriva che il giudice di merito dovrà adottare una motivazione maggiormente stringente nell'ipotesi in cui la vicenda sottoposta al vaglio giudiziario contenga un aspetto potenzialmente idoneo ad essere significativo, quale è la durata del soggiorno nel Paese di transito. In concreto, è facilmente ipotizzabile che quanto più lunga sarà la durata del transito, maggiore sarà il vissuto ed il suo riverbero sulla posizione giuridica del richiedente asilo.

Il dovere di cooperazione si attiva in caso di dichiarazioni non credibili?

I presupposti necessari al riconoscimento della protezione umanitaria, infatti, vanno individuati in via autonoma rispetto a quelli previsti per le protezioni maggiori, non essendo tra loro sovrapponibili. La Suprema Corte ha precisato che i fatti storici posti a fondamento della positiva valutazione della condizione di vulnerabilità ben possono essere gli stessi allegati per il riconoscimento delle protezioni maggiori, spetta al giudice qualificare tali fatti ai fini della riconduzione all'una o all'altra fattispecie (Cass. 12 maggio 2020 n. 8819; cfr. Cass. 4 febbraio 2020, n. 2558: il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, configurato come misura atipica e residuale, deve essere frutto di valutazione autonoma caso per caso, non potendo conseguire automaticamente dal rigetto delle altre domande di protezione internazionale, essendo necessario considerare la specificità della condizione personale di particolare vulnerabilità del richiedente, da valutare anche in relazione alla sua situazione psico-fisica attuale e al contesto culturale e sociale di riferimento).

La persistenza dell'obbligo di cooperazione anche nell'ipotesi di una narrazione dei fatti relativi ad una vicenda personale che presentino aspetti contraddittori e che minino la credibilità deriva dalla finalità a cui tende tale dovere di cooperazione: esso, infatti, è finalizzato a raggiungere il necessario chiarimento su realtà e vicende che presentano una peculiarità rispetto a quelle di altri Paesi e che, solo attraverso informazioni acquisite da fonti affidabili, riescono a dare una logica spiegazione alla narrazione dell'asilante. In una recente pronuncia, la Suprema Corte ha precisato che l'accertamento della predetta situazione – e dunque anche l'esercizio dei poteri-doveri istruttori – sul piano strettamente logico, ancor prima che cronologico, deve precedere e non seguire la valutazione di credibilità e che la ritenuta inattendibilità della narrazione non può essere posta a base del diniego di cooperazione istruttoria (Cass., del 30 ottobre 2020, n. 24010; cfr. Cass. 26 ottobre 2020, n. 23398).

Tenuto conto di quanto esposto in ordine al principio della domanda nei ricorsi aventi ad oggetto la domanda di protezione umanitaria, si osserva che la giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni offerto risposta positiva al quesito, ricordando che esso si attiva anche dinnanzi a dichiarazioni/allegazioni del richiedente ritenute non credibili; in tali caso, invero, il principio della credibilità frazionata (in forza del quale alcune allegazioni possono non rispondere ai canoni di credibilità di cui all'art. 3 d. lgs. n. 251/2007 senza che ciò renda infondata l'intera domanda di protezione internazionale), ben potrebbero venir meno i presupposti normativi per il riconoscimento delle protezioni c.d. maggiori, ma persistere quelli della protezione complementare ovvero della protezione umanitaria (Cass. 21 aprile 2020, n.8020).

6.4.3. La valutazione di credibilità e la protezione umanitaria

QUESTIONI:

28. *Il giudizio di non credibilità del ricorrente in relazione alla specifica situazione dedotta a sostegno della domanda di protezione internazionale preclude la valutazione, da parte del giudice, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, delle diverse circostanze che concretizzano una situazione di vulnerabilità?*

Nel diritto di asilo, la “storia personale” del richiedente riveste una posizione di assoluta centralità, essendo essa, assai frequentemente, l’unica fonte di prova, quantomeno delle circostanze specifiche più rilevanti e, dunque, potenzialmente, dei fatti costitutivi del diritto. Pertanto, l’esame della credibilità del ricorrente e delle dichiarazioni da lui rilasciate acquista massima rilevanza e richiede un’analisi accurata, la quale non sia lasciata totalmente al pieno ed incontrollato arbitrio dell’autorità giudicante. Ecco perché, il legislatore (interno e sovranazionale) ha provveduto all’oggettivizzazione di questo giudizio, così da evitare che venga basato esclusivamente sull’approccio soggettivo, sugli assunti, sulle impressioni, sulla conoscenza personale o l’intuizione di un decisore²³.

Il giudizio di credibilità, infatti, si connota per essere un mero strumento di verifica della efficacia probatoria di una fonte di prova – le dichiarazioni del richiedente asilo, appunto²⁴. La credibilità non è un elemento costitutivo della fattispecie di protezione internazionale od umanitaria, i cui presupposti sono invece identificabili solo nelle obiettive e soggettive circostanze descritte nelle norme di vario rango e matrice che disciplinano il diritto di asilo.

Con specifico riferimento al riconoscimento della protezione umanitaria, occorre approfondire il seguente aspetto.

Il giudizio di non credibilità del ricorrente in relazione ai fatti posti a fondamento della domanda di protezione internazionale preclude la valutazione, da parte del giudice, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, di ulteriori e diverse circostanze che possono fondare il riconoscimento della protezione complementare?

Inizialmente, l’orientamento della giurisprudenza di legittimità che si era andato consolidandosi sosteneva che il dovere di cooperazione istruttoria del giudice non sorgesse in presenza di dichiarazioni intrinsecamente inattendibili, ritenute tali alla stregua degli indicatori di genuinità soggettivi. Secondo questa impostazione, il giudice di merito aveva l’onere, innanzitutto, di accertare la credibilità soggettiva della versione del richiedente asilo circa l’esposizione a rischio grave alla vita o alla persona, ma, qualora avesse giudicato le dichiarazioni inattendibili, non era tenuto ad un approfondimento istruttorio officioso circa la prospettata situazione persecutoria

²³ Cfr. L. MINNITI, *La valutazione di credibilità del richiedente asilo tra diritto internazionale, dell’UE e nazionale*, in *Questione Giustizia*, 3/2020

²⁴ Le dichiarazioni rese dal richiedente asilo costituiscono una prova tipica, ma libera, che può produrre la piena prova dei fatti allegati. Dunque, il procedimento della sua assunzione non è un interrogatorio libero ai sensi dell’art. 117 cpc, anche se connotato dal dovere di cooperazione istruttorio e quindi sottratto al principio dispositivo. Inoltre, la dichiarazione del richiedente costituisce strumento di assolvimento dell’onere probatorio di parte e non di adempimento di un obbligo processuale, anche se essa può esser ammessa non solo su richiesta di parte, di tutte le parti, ma anche d’ufficio. È altresì una prova orale perché raccolta direttamente dal giudice in udienza ed è prova diretta perché può avere ad oggetto i fatti costitutivi del diritto come immediatamente percepiti dal richiedente. Così: L. MINNITI, *cit.*

del Paese d'origine, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori (cfr. Cass. 27 giugno 2018 n. 16925; Cass. 12 novembre 2018, n. 28862; Cass., del 19 dicembre 2019, n. 33858; Cass. 29 aprile 2020, n. 8367; Cass. 19 giugno 2020, n. 11924).

Tuttavia, una simile impostazione rischia di snaturare il giudizio di credibilità, trasformandolo da strumento di valutazione della prova in giudizio sulla lealtà processuale o, addirittura, in condizione di ammissibilità o presupposto del riconoscimento del diritto.

Invero, il presupposto di tali pronunce era rappresentato dalla necessità che la valutazione di credibilità preceda, comunque, eventuali approfondimenti istruttori. Tuttavia, come recentemente affermato dalla stessa Cassazione (cfr. Cass. 12 maggio 2020, n. 8819), *«il giudice, prima di decidere la domanda nel merito, deve assolvere all'obbligo di cooperazione istruttoria, che non può essere di per sé escluso sulla base di qualsiasi valutazione preliminare di non credibilità della narrazione del richiedente asilo, dal momento che, anteriormente all'adempimento di tale obbligo, egli non può conoscere e apprezzare correttamente la reale e attuale situazione dello Stato di provenienza e, pertanto, in questa fase, la menzionata valutazione non può che limitarsi alle affermazioni circa il Paese di origine. Ne consegue che solo ove queste ultime risultino immediatamente false, oppure la ricorrenza dei presupposti della tutela invocata possa essere negata in virtù del notorio, l'obbligo di cooperazione istruttoria verrà meno; alle stesse conclusioni, inoltre, dovrà giungersi qualora la difesa del ricorrente non esponga fatti storici idonei a rendere possibile l'esame della domanda, ovvero rinunci espressamente e motivatamente ad una delle possibili forme di protezione»*.

Inoltre, con specifico riguardo alla protezione umanitaria, la Suprema Corte, con la sentenza Cass. 18 aprile 2019, n. 10922, ha escluso che *«la scarsa credibilità della narrazione del richiedente in relazione alla specifica situazione per la quale ha richiesto la protezione internazionale (status di rifugiato) possa assumere efficacia preclusiva sulla valutazione delle concrete circostanze che denotano una situazione di "vulnerabilità" quale presupposto della protezione c.d. umanitaria, da effettuarsi su base oggettiva e previa integrazione, anche officiosa, delle allegazioni del ricorrente ed in cui può farsi piena applicazione del principio del dovere di cooperazione istruttoria»*. Dunque, il giudizio sulla credibilità non esclude l'esame degli ulteriori profili "esterni" alla vicenda personale del richiedente asilo o che non siano inseparabilmente legati ad essa.

In senso conforme a tale pronuncia si segnalano le più recenti Cass. 21 aprile 2020, n. 8020 e Cass. 21 aprile 2020, n. 07985.

In conclusione, è possibile affermare che, quando e nella misura in cui, la valutazione di credibilità risulti solo in parte negativa, la conseguenza che se ne potrà trarre non sarà l'automatica esclusione dei presupposti del riconoscimento della protezione internazionale o umanitaria. Infatti, i presupposti del riconoscimento del diritto possono essere sempre dimostrati sulla base di altri mezzi di prova, così da far ritenere altrimenti provati i fatti integrativi della fattispecie costitutiva, indipendentemente da una dichiarazione in tutto o in parte non credibile.

6.5. La vulnerabilità e la pandemia da Covid-19

QUESTIONI:

29. *Come si valuta il fattore pandemico nel fatto costitutivo della domanda di protezione internazionale? Il fattore pandemico può fondare il divieto di non respingimento?*
30. *Quale strumento/fonte di informazione affidabile utilizzare per una corretta analisi del rischio epidemico?*
31. *Il fattore pandemico può essere un elemento costitutivo del permesso per calamità naturale previsto dall'art. 20 bis d. lgs. n. 286/1998?*
32. *Quale rilievo ha la pandemia nella giurisprudenza dei Tribunali delle Sezioni Specializzate?*

Il contesto di pandemia mondiale originato dalla diffusione del virus Covid-19 ha costretto la

Come si valuta il fattore pandemico nel fatto costitutivo della domanda di protezione internazionale? Il fattore pandemico può fondare il divieto di respingimento?

giurisprudenza a confrontarsi con l'impatto del radicale mutamento delle condizioni di vita di ciascun individuo rispetto al concetto di vulnerabilità.

Prima ancora di effettuare questo confronto, gli interpreti sono stati chiamati a identificare il “fatto costitutivo” della domanda di protezione internazionale e nazionale di un diritto fondamentale collocandosi sulla scia della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La giurisprudenza di legittimità ha, in più occasioni, precisato che la domanda di protezione internazionale (e nazionale) di un diritto fondamentale prescinde dal rischio allegato e può essere identificata solo sulla base del suo contenuto, non per il titolo che ne costituisce la fonte.

Il diritto in esame, pertanto, è individuale in base alla «sola indicazione del relativo contenuto quale rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto» (come da definizione resa da ultimo Cass. 23 febbraio 2017, n. 4681; in precedenza Cass. 22 gennaio 2013, n. 1495).

Le domande in esame, dunque, devono essere ascritte alla categoria delle domande relative a diritti autodeterminati. Al riguardo, la Suprema Corte ha precisato che “a prescindere dalla domanda delle parti, difatti, il giudice è comunque tenuto ad esaminare ...la possibilità di riconoscere al richiedente asilo detta forma di protezione, ove ne ricorrano i presupposti, qualora i fatti storici addotti a fondamento della stessa risultino ad essa pertinenti, trattandosi di domanda autodeterminata avente ad oggetto diritti fondamentali” (Cass. 12 maggio 2020 n. 8819).

In tale cornice interpretativa, pertanto, il fatto costitutivo del diritto alla protezione nazionale si sostanzia non già nel rischio di essere esposto al contagio da COVID-19 nel Paese d'origine, bensì (tenuto conto del fatto che la pandemia costituisce un fatto sopravvenuto rispetto al momento di proposizione della domanda), nella sussistenza di una condizione di vulnerabilità, generatasi da una situazione di rischio (sopravvenuta), acquisita al processo come fatto notorio, o, in caso di rimpatrio, dal rischio che il richiedente si trovi in una condizione inumana o degradante (tutelata dal **principio di non refoulement**).

Quanto alla condizione di **vulnerabilità**, occorre ricordare che l'art. 10 della Costituzione, tutela situazioni riconducibili ad obblighi costituzionali e internazionali quali, per quel che rileva in questa sede, **il diritto alla salute**: non senza considerare come anche la recente normativa, il D.L. n.113/2018 che ha, di fatto, abrogato la protezione umanitaria, riconosca e preservi, in ogni caso, condizioni riconducibili agli obblighi costituzionali ed internazionali (come riconosciuto e affermato a chiare lettere: *a*) nella Relazione al disegno di legge di conversione in legge del decreto in due distinti passaggi²⁵; *b*) nella relativa Analisi tecnico-normativa²⁶; e *c*) nella missiva contenente le osservazioni mosse al provvedimento dal del Presidente della Repubblica²⁷). Per ulteriori approfondimenti, si rinvia *infra* par. 6.5.

Va, inoltre, tenuto in debito conto il fatto che la situazione di pandemia possa porsi come fattore di **ulteriore aggravamento di una condizione di vulnerabilità pregressa** (condizione, peraltro, riconosciuta a livello normativo: a titolo di esempio si possono ricordare i genitori di famiglie monoparentali, le donne, i minori, i ricorrenti affetti da pregresse patologie, ecc. – art. 2 lett. h bis) d. lgs. n. 25/2008).

Occorre ora chiedersi se il fattore pandemico possa fondare il divieto di respingimento e quale interpretazione emerga dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul *principio di non refoulement*. Oggetto di accertamento del fatto in esame è il **rischio epidemico**, da valutare in modo prognostico, cui sarebbe esposto il ricorrente, in caso di rimpatrio, per la situazione di sicurezza del Paese d'origine (rischio epidemico che, alla luce di quanto detto poco sopra, potrebbe rappresentare un elemento rilevante ai fini del riconoscimento di una condizione di

Quale strumento/fonte di informazione affidabile utilizzare per una corretta analisi del rischio epidemico?

vulnerabilità).

Dirimente, pertanto, appare la valutazione di fonti (COI) pertinenti ed aggiornate che tengano conto dei rischi diretti ed indiretti collegati alla pandemia (tra i rischi indiretti ricordiamo la contrazione economica, l'insicurezza alimentare, i disordini sociali, le tensioni politiche, ecc.: tutti elementi da esaminare specificamente).

²⁵ XVIII legislatura, AS 840, Relazione, cit. nt. **Errore. Il segnalibro non è definito.**, pp. 4 e 6.

²⁶ XVIII legislatura, AS 840, Analisi tecnico-normativa, cit. nt. **Errore. Il segnalibro non è definito.**, pp. 62-*bis* e 62-*septies*, dove si afferma che “non si rilevano profili di incompatibilità con i principi costituzionali. In particolare, la revisione della tutela umanitaria preserva le **situazioni riconducibili a obblighi costituzionali e internazionali quali ad esempio il diritto alla salute** e il rispetto del principio di *non refoulement*”.

²⁷Su goo.gl/bq9Hs5, p. 1; significativo ma anche singolare appare il richiamo contenuto in tale lettera alla “Relazione di accompagnamento al decreto”, ivi espressamente richiamata.

Uno strumento particolarmente utile è l'**INFORM COVID-19**²⁸.

Nel 2020, il JRC, in collaborazione con UN OCHA, ha sviluppato uno strumento che può consentire di identificare, monitorare e anticipare dove il virus COVID-19 potrebbe aggravare i rischi esistenti per causare nuove crisi umanitarie ovvero esacerbare quelle esistenti.

L' *INFORM COVID-19 Risk Index*²⁹ è un adattamento sperimentale dell'indice di rischio epidemico INFORM e mira a identificare i paesi a rischio per l'impatto in ambito sanitario ed umanitario del COVID-19, che potrebbero sopraffare l'attuale capacità di risposta nazionale, e quindi portare alla necessità di ulteriore assistenza internazionale.

L' *INFORM COVID-19 Risk Index* prende in particolare considerazione i fattori di rischio strutturali, ovvero quelli preesistenti allo scoppio della pandemia e può essere utile ad identificare i paesi in cui è probabile che l'impatto indiretto della stessa abbia le conseguenze umanitarie più critiche.

In particolare, partendo dall'*INFORM Epidemic Risk Index*, questo nuovo studio mette al centro i fattori relativi alla particolare modalità di trasmissione di SARS-COV-19, ovvero la c.d. P2P (*person to person*), già rilevanti all'interno della categoria di fattori relativa al pericolo e all'esposizione. Inoltre, sebbene la vulnerabilità e la mancanza di capacità di *coping* consistano in un rischio sia dipendente (specifico per il pericolo epidemico) che indipendente dal pericolo (rilevante per tutti i pericoli coperti dall'indice di rischio globale INFORM), ci sono molti indicatori relativi alla vulnerabilità ed alla capacità di *coping* che sono direttamente rilevanti per COVID-19.

In particolare, i fattori utilizzati ed analizzati sono i seguenti:

- Con riferimento al **pericolo**, solo quelli inerenti alla modalità di trasmissione della malattia da persona a persona, e quindi quelli relativi alla popolazione (ad es. densità demografica, crescita della popolazione urbana, popolazione che vive nelle aree urbane, Popolazione che vive in baraccopoli, dimensione della famiglia) e al c.d. *wash* (ad es. acqua potabile ed esistenza di servizi igienici);
- Con riferimento alla **dimensione della vulnerabilità**, i fattori utilizzati sono quelli inerenti sia alle vulnerabilità già evidenziate nei precedenti reports INFORM (relativi alle vulnerabilità socio-economiche) sia quelle specificamente relative a COVID-19 (in particolare con riferimento alla mobilità della popolazione ed ai relativi fattori di rischio);
- Con riferimento alla dimensione della **capacità di coping**, i fattori utilizzati sono quelli inerenti sia le vulnerabilità già evidenziate nei precedenti reports INFORM (in particolare

²⁸INFORM COVID-19: <https://drmkc.jrc.ec.europa.eu/inform-index/INFORM-Covid-19>.

Lo studio e l'analisi di questo strumento sono stati affrontati, per la prima volta in Italia, nell'anno 2020 dalla dott.ssa Anna Arena Chartroux, Research Officer EASO (*European Asylum Support Office*), e gli esiti sono confluiti in numerose pronunce del Tribunale di Milano e di diversi Tribunali nazionali.

²⁹Poljansek, K., Vernaccini, L. and Marin Ferrer, M., *INFORM Covid-19 Risk Index*, EUR 30240 EN, *Publications Office of the European Union, Luxembourg*, 2020, ISBN 978-92-76-19203-9, doi:10.2760/596184, JRC120799: https://drmkc.jrc.ec.europa.eu/inform-index/portals/0/InfoRM/Covid19/JRC120799_pdf.pdf

relativi all'accesso al sistema sanitario) sia quelle specificamente relative a COVID-19 (reazione del sistema sanitario al COVID-19 e effettività della risposta del governo).

Da quanto si evince dai risultati della ricerca, tra i paesi ove il rischio è considerato medio-alto (ovvero con un risultato da 5 in su su una scala da 1 a 10) troviamo quelli dai quali provengono gran parte dei richiedenti asilo che arrivano in UE: Afghanistan; Bangladesh; Benin; Burkina Faso; Cameroon; RCA; Chad; Congo; DRC; Guinea equatoriale; Eritrea; Etiopia; Gambia; Guinea; Guinea Bissau; Liberia; Mali; Mauritania; Nepal; Niger; Nigeria; Pakistan; Senegal; Sierra Leone; Somalia; Sud Sudan, Sudan; Togo; Yemen.

Inoltre, il JRC, in collaborazione con UN OCHA, ha sviluppato uno strumento che può aiutare a identificare, monitorare e anticipare dove il COVID-19 potrebbe aggravare i rischi esistenti per causare nuove o esacerbare le crisi umanitarie esistenti. L'INFORM COVID-19 *Warning*³⁰ mira, difatti, a fornire analisi che possono essere utilizzate per supportare le decisioni sulla preparazione e l'azione preventiva per mitigare gli impatti umanitari diretti e indiretti della pandemia, con lo scopo di fornire un quadro più dinamico e aggiornato di come questa si stia evolvendo e di come interagisca con altri pericoli, vulnerabilità e capacità di far fronte al rischio di crisi.

Sulla piattaforma INFORM Covid-19 *Warning*, ciascun indicatore di monitoraggio del rischio è classificato in tre livelli, rosso, arancione e verde secondo i vari criteri. La piattaforma permette di vedere non solo il livello di rischio per ogni paese ma anche lo stato di allarme relativo a specifici fattori.

Con particolare riferimento alle **conseguenze indirette** della pandemia da Covid-19 sui richiedenti protezione internazionale, si osserva quanto segue.

In un report pubblicato a giugno ³¹l'EASO constataba come, meno di due mesi di distanza dalla pubblicazione del primo report, il virus, come previsto, stesse iniziando a prendere piede nei paesi a reddito medio-basso, suggerendo che, a lungo termine, gli effetti correlati alla pandemia (contrazione economica, insicurezza alimentare, disordini sociali, tensioni politiche, società inasprite e divisioni sempre più profonde tra gruppi di popolazione) potrebbero provocare massicci spostamenti anche verso l'Europa.

Il fattore pandemico può essere un elemento costitutivo del permesso per calamità naturale previsto dall'art. 20 bis d. lgs. n. 286/1998?

L'art. 20-*bis* del d. lgs. n. 286/1998, introdotto col d.l. n. 113/2018 e modificato dal D.L. 130/2020, prevede che il permesso possa essere riconosciuto: *“quando il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versa in una situazione di grave calamità che non consente il rientro e la permanenza*

³⁰INFORM COVID-19 Warning: <https://drmkc.jrc.ec.europa.eu/inform-index/INFORM-Covid-19/INFORM-Covid-19-Warning-beta-version>

³¹ EASO Special Report: Asylum Trends and COVID-19, Issue 2, 11 June 2020: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-special-report-asylum-covid-june-2020.pdf>

in condizioni di sicurezza". Il permesso è rilasciato dal Questore; dura sei mesi, è rinnovabile e può essere convertito in permesso di lavoro.

I lavori preparatori non aiutano a comprendere quale sia il concetto di calamità naturale che ha guidato il legislatore. La "calamità naturale" secondo l'Enciclopedia Treccani, è fatto catastrofico imprevedibile. La definizione del motivo di rilascio, il riferimento alla natura "contingente" dell'evento calamitoso e la durata degli effetti del permesso di rilascio non sembrano adattarsi, tuttavia, alla pandemia da Covid-19.

Invero, la pandemia non può qualificarsi come un evento catastrofico né come un evento "contingente" nel senso che non è un fatto che produca improvvisamente e inaspettatamente effetti catastrofici; si sostanzia, invero, in una malattia epidemica che ha una diffusione progressiva e dilatata nello spazio e nel tempo e che prende origine dalla diffusione di un agente patogeno da un soggetto malato a più persone, con effetti catastrofici. La pandemia da Covid-19 ha avuto avvio da quasi un anno e sembra non abbia ancora raggiunto il proprio picco, perché i dati aggiornati dall'OMS³² segnalano un progressivo aumento di casi nel mondo.

I dati storici raccolti dall'Istituto Superiore della Sanità³³ segnalano che due importanti pandemie conosciute nel secolo scorso, la spagnola (H1N1) e l'asiatica (H2N2) funestarono il mondo per due anni (nel 1918-1919 la prima e nel 1957-1958 la seconda). Ne deriva che la durata di sei mesi del permesso di soggiorno, eventualmente prorogabile di altri sei mesi, appare del tutto incompatibile con la durata della media, come storicamente conosciuta, del fenomeno pandemico e anche con la durata attuale della diffusione da Covid-19, e ciò senza considerare gli effetti prolungati della pandemia sui sistemi economici e sociali dei Paesi che ne sono colpiti.

Quale rilievo ha la pandemia nella giurisprudenza dei Tribunali delle Sezioni Specializzate?
--

Il Tribunale di Napoli, con decreto del 25 giugno 2020, ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un cittadino del Pakistan (nato a Gujar Khan, in Punjab) in ragione della situazione di emergenza sanitaria da Covid-19 nel paese d'origine. Una decisione di contenuto analogo è stata emessa (con decreto del 30.6.2020), con riferimento ad un cittadino del Bangladesh.

Il Tribunale di Milano ha analizzato il rischio pandemico nell'ambito di procedimenti volti al riconoscimento della protezione internazionale e complementare: il rischio epidemico, infatti, è stato inquadrato nell'alveo della protezione umanitaria, divenendone un elemento costitutivo in un contesto di valutazione della specifica situazione individuale del ricorrente.

In un caso, per esempio, il Tribunale³⁴ ha riconosciuto al ricorrente proveniente dalla Guinea, la protezione umanitaria tenendo conto sia della situazione complessiva del Paese di origine (analizzata tramite gli strumenti/fonti di informazione ut supra richiamati – Inform Covid-19) e della incapacità a gestire il rischio pandemico nella specifica zona di provenienza del ricorrente, sia della situazione individuale vulnerabile del richiedente asilo (che, nel caso di specie, presentava

³² <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

³³ <https://www.epicentro.iss.it/passi/storiePandemia>

³⁴ Tribunale di Milano, decreto 28 ottobre 2020.

diversi specifici fattori di vulnerabilità individuali che lo avrebbero esposto ad un maggior rischio in caso di rimpatrio, quali l'età, la zona di provenienza, la vulnerabilità psichica e la presenza nel Paese di situazioni di conflitto a bassa intensità o di generale instabilità).

In un altro caso³⁵, al richiedente asilo proveniente dal Senegal, il Tribunale non ha riconosciuto né le forme di protezione maggiori, né quella complementare, motivando la decisione di rigetto alla luce del contesto pandemico nella specifica zona di provenienza combinato con la specifica condizione soggettiva del ricorrente (un uomo adulto, mediamente scolarizzato, che non risulta essere affetto da patologie attuali o pregresse, e che ha riferito di essere in costante contatto con la famiglia nel paese di origine).

³⁵ Tribunale di Milano, decreto 23 dicembre 2020.