

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2018

LA RIFORMA “ORLANDO-MINNITI” A UN ANNO DALL’ENTRATA IN VIGORE. I MOLTI DUBBI E LE POCHE CERTEZZE NELLE PRASSI DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE

di Maria Cristina Contini

Abstract: Il 17 agosto 2017 è entrato in vigore il d.l. n. 13/2017 che ha per la prima volta istituito sezioni specializzate nelle materie dell’immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’Unione europea alle quali ha attribuito competenze in materia di apolidia e cittadinanza. Il decreto ha anche rivoluzionato la procedura di impugnazione del diniego delle domande di protezione internazionale istituendo una procedura camerale speciale caratterizzata dal contraddittorio solo cartaceo, trattazione in udienza pubblica solo eventuale e con eliminazione della possibilità di appellare i decreti decisori emessi dal Tribunale in composizione collegiale, ora impugnabili solo davanti alla Corte di Cassazione. In considerazione della rilevanza, anche in termini numerici, del contenzioso in materia di protezione internazionale il saggio analizza esclusivamente le problematiche interpretative e applicative che le sezioni specializzate hanno affrontato in relazione alla procedura di esame delle domande di asilo, senza occuparsi delle pur interessanti questioni che la giurisprudenza di merito ha affrontato con riferimento alle impugnazioni delle decisioni di trasferimento adottate dalla c.d. “Autorità Dublin”, attribuite dalla riforma alla giurisdizione del giudice ordinario, e nelle controversie in materia di apolidia e cittadinanza. Tra i molti punti critici del nuovo sistema si è scelto di esaminare quelli che quotidianamente ricorrono nella trattazione dei procedimenti ex art. 35 bis introdotto dal d.l. n.13/2017. Il decreto legge non è stato, ad oggi, interamente attuato dal Ministero dell’interno che non ha ancora messo a disposizione i sistemi di videoregistrazione del colloquio svolto durante la fase amministrativa. Viene anche affrontata la dibattuta questione della istituzione, ad opera del d.l. n. 13/2017, di riti diversi per le domande di protezione internazionale e umanitaria, oltre ai problemi interpretativi posti dalla disposizione che regola i criteri in base ai quali il giudice di primo grado deve esaminare la domanda di sospensione del decreto decisivo che ha rigettato la domanda di protezione nel caso in cui sia stata impugnata in Cassazione. A conferma della criticità degli argomenti oggetto del saggio sono state esaminate due recentissime pronunce: la sentenza n. 17717/2018 della Corte di Cassazione sull’obbligo per il giudice di fissare dell’udienza quando non è disponibile la videoregistrazione del colloquio e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della sezione specializzata di Milano sulla sospensiva “caso per caso” e non automatica degli effetti del diniego di protezione a fronte dell’impugnazione in Cassazione. Le problematiche che vengono illustrate evidenziano come il

diritto della protezione internazionale sia una materia complessa e sofisticata destinata a uscire dal ruolo marginale che in questi anni è stato riservato, in generale, al diritto degli stranieri.

Abstract: *On 17 August 2017, l.d. n. 13/2017 entered into force. The law-decree established specialized sections on immigration, international protection, and free movement of EU citizens, to which it assigned competence in the field of statelessness and citizenship. The decree also constituted a revolution in terms of the appeal procedure consequent to the refusals of the applications for international protection through the institution of a special chamber procedure which is characterized by paper-only cross-examination, eventual-only public hearing, and elimination of the possibility of appealing the decisional decrees issued by the Court in collegial composition (now it is possible to appeal only before the Court of Cassation). Considered the importance, especially in numerical terms, of the procedure concerning international protection, the essay exclusively analyzes the interpretative and applicative problems that the specialized sections have faced in relation to the procedure for examining asylum applications and does not address the interesting questions that the case-law has dealt with reference to the appeals of the transfer decisions adopted by the so-called “Dublin authorities”, attributed by the reform to the jurisdiction of the ordinary judge, and in disputes relating to statelessness and citizenship. Among the several critical points of the new system, it was decided to examine those that occur daily in the treatment of the procedures pursuant to article 35bis as introduced by the new l.d. n. 13/2017. To date, the law-decree has not yet been fully implemented by the Ministry of Interior: it has not yet made available the video recording systems for the interviews carried out during the administrative phase. It is further addressed the argued issue of the institution by l.d. n. 13/2017 of different rites for applications for international and humanitarian protection, as well as the interpretative problems posed by the provision that regulates the criteria according to which the Court of first instance must examine the request for suspension of the decisional decree that rejected the request for protection in the event in which this has been challenged before the Court of Cassation. To confirm the critical nature of the topics under discussion there are two recent decisions: Sentence 177717/2018 of the Court of Cassation on the obligation for the judge to set a hearing when the videotaping of the interview is not available, and the preliminary reference to the Court of Justice by the specialized Section of Milan on the suspension “case-by-case” and not automatic to the effects of the denial for protection against the Appeal before the Court of Cassation. The illustrated problems highlight how the right to international protection is a complex and sophisticated subject, which is destined to emerge from the marginal role that in recent years has been reserved to the rights of foreigners.*

LA RIFORMA “ORLANDO-MINNITI” A UN ANNO DALL’ENTRATA IN VIGORE. I MOLTI DUBBI E LE POCHE CERTEZZE NELLE PRASSI DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE

di Maria Cristina Contini*

SOMMARIO: 1) Le questioni di costituzionalità. – 2) Riconoscimento della protezione internazionale e della protezione umanitaria: riti diversi per azioni diverse? – 3) Spunti per l’interpretazione dell’art. 3 comma 1 lettere c) e d), d.l. n. 13/2017. – 4) Il rito camerale speciale istituito con l’art. 35-*bis*, i commi 10 e 11. L’udienza e il colloquio personale. – 5) La videoregistrazione del colloquio, la sua mancanza e le conseguenze nell’interpretazione dell’art. 35-*bis* comma 11. – 6) La sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018. – 7) L’art. 35-*bis* comma 13. La sospensione degli effetti del diniego all’esito della fase giurisdizionale. – 8) L’art. 35-*bis* e il diritto a un rimedio effettivo. Riflessioni conclusive.

1. Le questioni di costituzionalità

Il d.l. n. 13/2017, fin dalla sua conversione, con l. 13 aprile 2017, n. 46, è stato fortemente criticato per avere introdotto norme giudicate fortemente restrittive del diritto di difesa e discriminatorie, in quanto adottate soltanto per procedimenti che, pur avendo ad oggetto diritti fondamentali, riguardavano la sfera soggettiva di persone prive della cittadinanza italiana ed europea¹.

La nuova procedura per la trattazione delle impugnazioni contro di dinieghi di protezione internazionale prevede infatti un rito camerale “speciale” nel quale l’udienza di comparizione davanti al giudice è solo eventuale e, contro la decisione adottata dal Tribunale, non è più possibile ricorrere in appello, ma soltanto in Cassazione per questioni di legittimità.

Tale riforma è stata inoltre adottata dal legislatore con procedura d’urgenza, benché contenga disposizioni destinate a entrare in vigore diversi mesi dopo il decreto stesso, e disposizioni (come quelle che prevedono la videoregistrazione del colloquio durante la fase amministrativa) che ancora oggi non sono operative, dovendo il Ministero dell’interno dotarsi delle tecnologie necessarie.

* Giudice della sezione specializzata di Milano.

1. Cfr. G. Savio, *Le nuove disposizioni urgenti per l’accelerazione del procedimento in materia di protezione internazionale nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale: una (contro)riforma annunciata*, in questa *Rivista*, n. 3.2017.

A un anno dalla sua entrata in vigore non consta però che le sezioni specializzate abbiamo sollevato davanti alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale, nonostante esse siano state oggetto di eccezione da parte dei difensori.

I giudici di primo grado² hanno vagliato, in particolare, le seguenti contestazioni:

- (la violazione degli artt. 77 e 111 della Costituzione ad opera dell'intero d.l. n. 13/2017 (e della relativa legge di conversione) per essere stato adottato in assenza dei requisiti di necessità ed urgenza, come comprovato dal fatto che il testo legislativo conteneva anche norme di non immediata applicazione e norme tra loro assolutamente eterogenee;

- la violazione, ad opera dell'art. 35-*bis* l. 25/08 (introdotto con il d.l. n. 13/17 e dalla legge di conversione n. 46/17) dell'art. 111 Costituzione per avere creato un modello processuale, destinato a risolvere i conflitti attinenti a diritti fondamentali, che ricalca il rito camerale *ex art.* 737 c.p.c. ma che contiene vistose limitazioni al diritto di difesa e delle regole del giusto processo per avere il legislatore previsto che l'udienza di comparizione davanti al giudice sia un adempimento solo eventuale, quantomeno in tutti i casi in cui la videoregistrazione del colloquio sia messa a disposizione del giudice, e per avere previsto che il procedimento di impugnazione del provvedimento amministrativo reso dalla C.T. si svolga con un solo grado di merito.

La prima questione, ossia l'illegittimità dell'intero testo normativo per difetto dei requisiti di necessità e urgenza, è stata ritenuta manifestamente infondata alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale su questo argomento³.

La Corte ha infatti statuito che, in linea generale, perché il legislatore possa legittimamente accedere alla procedura di decretazione d'urgenza devono effettivamente sussistere i requisiti previsti dall'art. 77 della Costituzione e l'esistenza di tali requisiti possa essere oggetto di verifica da parte del Giudice delle leggi in quanto la loro mancanza darebbe luogo a un vizio *in procedendo* idoneo a travolgere non solo il decreto che sia stato in tal modo adottato, ma anche la conseguente legge di conversione.

La stessa Corte ha tuttavia rigorosamente delimitato il perimetro entro il quale la verifica di tali requisiti può essere condotta, stabilendo che si deve trattare di un difetto evidente che è stato ad esempio ritenuto sussistente in caso di reiterazione, da parte del legislatore, di decreti-legge non convertiti⁴.

2. Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata, decreto 20 febbraio 2018 (R.G. 53791/2017) e Trib. Napoli, sez. specializzata, decreto 2 maggio 2018 (R.G. 31151/2017).

3. Cfr. Corte costituzionale n. 29/1995, n. 360/1996, n. 341/2003 e n. 171/2007.

4. Cfr. Corte costituzionale n. 360/1996 e n. 171/2007.

È stata esclusa l'evidente assenza dei presupposti per ricorrere alla decretazione d'urgenza sulla base delle ragioni che avevano spinto il legislatore ad adottare la riforma, esplicitate nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione.

Questo documento prendeva atto, infatti, del vertiginoso aumento negli ultimi anni delle domande di protezione internazionale e delle conseguenti impugnazioni davanti ai Tribunali dei dinieghi delle Commissioni territoriali e alla lunghezza della durata dei relativi procedimenti (comprensivi del grado di appello) e alla evidente difficoltà di dare una risposta in tempi ragionevoli e rispettosi conformi anche alle indicazioni del legislatore europeo⁵.

Anche il preambolo del d.l. n. 13/2017 richiama «[...] la straordinaria necessità ed urgenza di prevedere misure per la celere definizione dei procedimenti amministrativi innanzi alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e per l'accelerazione dei relativi procedimenti giudiziari, nel rispetto del principio di effettività, in ragione dell'aumento esponenziale delle domande di protezione internazionale e dell'incremento del numero delle impugnazioni giurisdizionali», della pendenza, davanti ai Tribunali (e alle Corti d'appello) di migliaia di domande di protezione.

Pertanto la scelta del legislatore di ricorrere a un'urgente riforma del settore che avesse l'obiettivo di snellire la procedura e, attraverso l'istituzione di sezioni specializzate, favorisse anche il miglioramento della qualità della procedura e delle decisioni, non poteva essere censurata sotto il profilo della evidente assenza dei requisiti d'urgenza.

Neanche l'esistenza, nel decreto, di disposizioni la cui entrata in vigore era stata espressamente differita, è stata ritenuta sintomo di evidente carenza dei presupposti dell'urgenza.

5. La relazione illustrativa della legge di conversione del d.l. n.13/2017 così recita: «L'esponenziale aumento delle domande di asilo dirette alle Commissioni territoriali si è tradotto, evidentemente, in un altrettanto esponenziale incremento del numero delle impugnazioni in sede giurisdizionale delle decisioni amministrative [...] l'afflusso eccezionale di migranti impone, pertanto, di velocizzare da un lato i tempi di identificazione delle persone e dall'altro di ridurre i tempi di definizione delle procedure, tanto amministrative quanto giurisdizionali, volte ad accertare lo *status* di persona internazionalmente protetta per chi ne presenta domanda.

A tal fine, le disposizioni del presente decreto sono rivolte a potenziare la capacità e l'efficienza del sistema, con l'obiettivo di comprimere i tempi per la definizione della posizione giuridica dei cittadini stranieri e avviare rapidamente i migranti in arrivo verso le forme di accoglienza previste ovvero verso le misure idonee ad assicurarne il rimpatrio.

Accanto all'obiettivo di accertare più rapidamente il diritto alla protezione internazionale, il provvedimento si propone di intensificare gli strumenti idonei ad assicurare l'effettività dei provvedimenti di espulsione e allontanamento dal territorio nazionale dei cittadini stranieri in condizione di soggiorno irregolare, in particolare attraverso il potenziamento della rete dei Centri di identificazione ed espulsione e nuove risorse finanziarie per l'esecuzione dei rimpatri».

Nella sentenza n. 178/2004⁶ la Corte costituzionale aveva già chiarito che non vi è incompatibilità tra il legittimo ricorso alla decretazione d'urgenza e l'adozione di norme la cui entrata in vigore venga parzialmente differita, tutte le volte che tale differimento abbia una propria giustificazione, in genere correlata alla necessità di rendere operativi ed effettivi gli strumenti di tutela introdotti con la decretazione d'urgenza.

Nel caso del d.l. n. 13/2017 l'istituzione delle sezioni specializzate competenti all'esame delle impugnazioni dei dinieghi delle domande di protezione richiedeva, ad esempio, l'adozione di un'ulteriore normativa secondaria (circolari del CSM) che delineasse, a organico invariato dei vari uffici interessati, i profili organizzativi e funzionali delle nuove sezioni.

Era inoltre necessario dotare le Commissioni territoriali di tutti gli strumenti tecnici necessari per procedere alla videoregistrazione del colloquio individuale, per la conservazione e protezione dei relativi dati oltre che per la loro messa a disposizione dei giudici e dei difensori in caso di impugnazione del diniego.

Le questioni attinenti al modello processuale sono state parimenti affrontate sulla base dei precedenti della Corte costituzionale.

In linea generale il Giudice delle leggi ha escluso che il rito camerale possa di per sé essere considerato in violazione del diritto di difesa⁷, dato che l'esercizio di tale diritto può essere regolato dal legislatore con modalità differenti che tengano conto delle peculiari esigenze dei vari procedimenti, purché venga rispettato il limite costituito dalla necessità di assicurare lo scopo e la funzione del diritto di difesa in relazione alla tipologia di diritto controverso.

Il rito camerale "speciale" introdotto dall'art. 35-*bis*, d.l. n. 13/2017 prevede che il contraddittorio sia costituito con modalità principalmente (anche se non esclusivamente) cartolari.

Dopo il deposito del ricorso, infatti, viene assegnato un termine entro cui l'amministrazione (Ministero dell'interno) può costituirsi in giudizio e svolgere le proprie controdeduzioni.

6. Il giudizio aveva a oggetto, tra l'altro, la legittimità costituzionale del d.l. 24 aprile 2001, n.150 «Disposizioni urgenti in materia di adozione e procedimenti civili davanti al Tribunale per i minorenni», convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della l. 23 giugno 2001, n. 240, che aveva differito al momento della emanazione di una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per lo stato di adottabilità e alla emanazione di nuove disposizioni nei procedimenti di cui all'art. 366 c.c., l'entrata in vigore delle disposizioni processuali della legge 28 marzo 2001, n. 149.

7. Con sentenza n. 103/1985 – richiamando precedenti e conformi arresti – la Corte costituzionale ha stabilito che «la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse ... non è per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa».

La Commissione territoriale può, costituendosi nello stesso termine tramite un proprio funzionario, partecipare al giudizio depositando una memoria difensiva con cui sostiene le ragioni del rigetto e partecipando all'udienza di trattazione.

Nella prassi è molto rara la partecipazione attiva della Commissione al giudizio di impugnazione.

La Commissione, anche quando non si costituisca formalmente in giudizio ha il dovere di mettere a disposizione del Tribunale i documenti della fase amministrativa.

In concreto l'amministrazione trasmette, in via telematica, all'autorità giudiziaria il modello contenente la formalizzazione della domanda di protezione, il verbale di audizione e tutti i documenti (comprese fotografie, memorie, documentazione medica) di cui il richiedente asilo ha inteso avvalersi, comprese le eventuali traduzioni, e la decisione adottata.

Le informazioni sul Paese di origine utilizzate dalla Commissione vengono messe a disposizione, in genere, mediante citazione della fonte all'interno della motivazione del provvedimento conclusivo, molto più raramente vengono trasmessi i documenti informativi nella loro interezza.

Spetta ancora alla difesa il diritto di replica e non sono previsti termini di decadenza che facciano scattare preclusioni né per la fase delle allegazioni, né per la proposizione di mezzi istruttori.

Inoltre il giudice può, tutte le volte che ciò sia necessario, fissare udienza di comparizione delle parti per il compimento dell'attività istruttoria ritenuta necessaria ai fini della decisione.

Con sentenza n. 190/2013 la Corte costituzionale⁸ (richiamando la precedente sentenza n. 10/2013) ha ribadito che «nella disciplina degli istituti processuali vige il principio della discrezionalità e insindacabilità delle scelte operate dal legislatore, nel limite della loro non manifesta irragionevolezza» in quanto «la Costituzione non impone un modello vincolante di processo» e ha affermato «la piena compatibilità costituzionale della opzione del legislatore processuale, giustificata da comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione, per il rito camerale, anche in relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi».

8. Con la sentenza citata la Corte giudicava della tenuta costituzionale dell'art. 54 del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia espropriazione per pubblica utilità) che prevedeva che le controversie aventi ad oggetto l'opposizione alla stima di cui al comma 1 dello stesso art. 54 fossero introdotte, trattate e decise secondo le forme del rito sommario di cognizione non convertibile, risultante dagli artt. 3 del decreto legislativo n. 150 del 2011, 702-*bis* e 702-*ter* c.p.c.).

Anche l'eliminazione del grado di appello per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017, non è stato ritenuto sintomo di sospetta incostituzionalità in relazione al diritto di difesa e al giusto processo *ex artt.* 24 e 111 Costituzione.

È stato osservato che con sentenza n. 190/2013 la Corte costituzionale aveva già escluso l'incompatibilità con la Costituzione di un modello processuale che non contemplasse il doppio grado di merito posto che «[...] la garanzia del doppio grado di giudizio non gode, di per sé, di una copertura costituzionale, sicché non appare fondato il dubbio prospettato dalle odierne ordinanze relativo ad una compressione del diritto di difesa conseguente al fatto che la pronuncia emessa in primo grado dalla Corte d'appello può essere impugnata solo con il ricorso per Cassazione (ordinanza n. 107 del 2007)».

Né sono stati rilevati evidenti contrasti con la normativa europea di riferimento, posto che la previsione di un doppio grado di giudizio di merito, in materia di protezione internazionale non è previsto neppure dalla direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 che non lo indica tra i requisiti del rimedio effettivo, in attuazione dei principi sanciti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La questione di legittimità costituzionale inerente l'eliminazione del grado di appello è stata, dal Tribunale di Napoli, ritenuta non rilevante in quanto in quello specifico caso non era stato evidenziato dai difensori l'impatto pratico che avrebbe avuto la questione da loro sollevata nel giudizio di primo grado, pur osservandosi che la questione avrebbe potuto eventualmente essere riproposta nel corso del giudizio di Cassazione alla luce delle difese che la parte avrebbe potuto proporre in secondo grado, ove non fosse stato eliminato il grado d'appello.

Le argomentazioni dei giudici di merito a sostegno della manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità finora sollevate, riproposte in sede di legittimità, sono state confermate dalla recentissima sentenza della Corte di Cassazione, I sezione civile, n. 17717/2018⁹.

2. Riconoscimento della protezione internazionale e della protezione umanitaria: riti diversi per azioni diverse?

L'art. 3, co. 1 d.l. n. 13/2017 indica le materie attribuite alla competenza delle sezioni specializzate e distingue, per quanto qui di rilievo, tra «le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» e «le controversie in materia di riconoscimento della protezione

9. Della quale si parlerà più diffusamente nel paragrafo 6.

umanitaria nei casi di cui all'art. 32 comma 6 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25».

Il comma 4-*bis* del citato art. 3 stabilisce che sono soggette al rito camerale speciale (decisione in forma collegiale, udienza eventuale) solo le controversie di cui all'art. 3 co. 1 lett. c), pertanto per le controversie di cui alla lettera d) devono essere trattate con il rito ordinario, con decisione assunta dal Tribunale in composizione monocratica, soggetta ad appello, oltre che a ricorso per Cassazione.

La formulazione dell'art. 3 co. 1 lett. c) e d) ha indotto alcuni interpreti a ritenere che sia stata formalizzata dal legislatore la distinzione tra le azioni volte al riconoscimento della protezione internazionale (e quindi finalizzate al riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero della protezione sussidiaria) e le azioni volte al riconoscimento della (sola) protezione umanitaria, per le quali il legislatore, pur avendone attribuito la competenza alle sezioni specializzate, avrebbe tuttavia scelto riti diversi caratterizzati, per il giudizio di protezione internazionale, dalla previsione di uno speciale rito camerale, dall'assenza di un secondo grado di merito giurisdizionale con impugnazione diretta in Cassazione della decisione negativa del Tribunale¹⁰.

Questa interpretazione dell'art. 3 co. 1 lett. c) e d) ha portato a ritenere che il legislatore abbia formalizzato una distinzione tra domande di riconoscimento della protezione internazionale e domande di riconoscimento della protezione umanitaria e che,

10. Presso la sezione specializzata di Milano la (apparente) ambiguità testuale di tale disposizione ha dato luogo, nella prima fase di applicazione della nuova procedura, a prassi differenti per la tipologia delle forme di impugnazione scelte e per la tipologia di domande formulate in sede di impugnazione del diniego della Commissione territoriale.

Sono state registrate nella pratica, diverse scelte difensive:

1) impugnazione del diniego con un unico atto corredato di conclusioni differenziate, ossia con richiesta al Tribunale di pronunciarsi in composizione collegiale sulla domanda di protezione internazionale e in forma monocratica sulla domanda di protezione umanitaria (richiesta ritenuta inammissibile posto che il Collegio era investito dell'intera domanda di protezione), cfr. Trib. Milano sez. specializzata decreto 24 gennaio 2018 (R.G. 54144/2017);

2) impugnazione del diniego con due atti separati, uno con la forma del rito speciale camerale (*ex art. 35-bis* d.l. n. 13/2017) e un altro nelle forme dell'art. 702-*bis* c.p.c., il primo contenente esclusivamente domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato e/o protezione sussidiaria, il secondo contenente esclusivamente il riconoscimento della protezione umanitaria (il Presidente di sezione ha proceduto d'ufficio, prima dell'assegnazione, alla riunione dei due procedimenti, sia per avere ritenuto unitaria la domanda, sia per identità dell'atto impugnato e tale provvedimento è stato confermato e fatto proprio dal Collegio in sede di decisione), cfr. Trib. Milano, sez. specializzata decreto 21 marzo 2018 (R.G. 42071/2017);

3) impugnazione del diniego con un solo atto ma con conclusioni "limitate" alla protezione umanitaria (la questione è stata ritenuta di competenza della sezione specializzata in composizione collegiale, in quanto l'impugnazione del diniego di protezione investe il giudice dell'intera domanda, compresa anche quella di protezione internazionale), cfr. Trib. Milano, sez. specializzata decreto 24 gennaio 2018 (R.G. 42139/2017);

4) impugnazione del diniego con atto di citazione, secondo il rito ordinario di cognizione, basate sull'assunto secondo cui la domanda di protezione umanitaria sarebbe soggetta al rito ordinario che sarebbe prevalente sul rito camerale speciale, *ex art. 40* c.p.c. (la questione è stata risolta con la conversione del rito da ordinario a speciale, con atto del Presidente o del Collegio, previa verifica della tempestività dell'impugnazione secondo le regole dell'art. 35-*bis*, d.l. n. 13/2017), cfr. Trib. Milano, sez. specializzata ordinanza 14 luglio 2018 (R.G. 9205/2018);

pertanto, sia rimessa alla difesa la scelta, di fronte al diniego della Commissione, di adire il Tribunale per ottenere le c.d. “protezioni maggiori” o la protezione umanitaria.

I Tribunali che hanno aderito a questa interpretazione, nel caso in cui il diniego di protezione internazionale venga impugnato, nelle forme di cui all’art. 35-*bis*, con conclusioni limitate al riconoscimento della sola protezione umanitaria procedono, con provvedimento collegiale, alla conversione del rito (da camerale speciale a ordinario nei casi in cui la controversia venga introdotta nelle forme dell’art. 35-*bis*) non ritenendo che la sezione specializzata sia in questo caso investita della domanda di protezione internazionale, e rimettono la causa davanti al giudice monocratico perché proceda nelle forme ordinarie alla valutazione della ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria¹¹.

Il procedimento, in tali casi, dopo la conversione del rito prosegue, in genere, nelle forme del processo sommario di cognizione¹².

Occorre però chiedersi se sia effettivamente possibile distinguere le “domande” di protezione internazionale dalla “domanda” di protezione umanitaria, se queste prassi siano conformi al dettato legislativo e, cosa non meno importante, se questa distinzione sia rispettosa del diritto a un rimedio effettivo che deve essere assicurato al richiedente protezione nella fase giurisdizionale che segue al diniego da parte dell’autorità amministrativa secondo quanto previsto dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dall’art. 46 della direttiva procedure.

11. In questo senso Trib. Bologna sez. specializzata decreto 1 maggio 2018; Trib. Genova, sez. specializzata decreto 16 marzo 2018; Trib. Caltanissetta, sez. specializzata decreto 29 settembre 2017; in senso esplicitamente contrario Trib. Palermo, sezione specializzata decreto 21 febbraio 2018 e Trib. Cagliari, sezione specializzata decreto 18 dicembre 2017, orientamenti ricordati da D. Belluccio, *Protezione internazionale e permesso di soggiorno per motivi umanitari*, incontro di studi *Il nuovo rito in base alla l. n. 46/2017: problematiche interpretative e applicative*, Bari, 18/19 maggio 2018.

12. Si deve qui anche evidenziare la problematica insita nella conversione del rito da camerale speciale a rito sommario di cognizione. Infatti l’art. 1 d.lgs. n.150/2011 stabilisce che ai fini dell’applicazione del decreto stesso i riti si distinguono in rito ordinario di cognizione, rito sommario e rito del lavoro ed è prevista, solo in questo decreto, la possibilità per il giudice di procedere alla conversione di questi tre riti quando ricorrano le condizioni dell’art. 4 dello stesso decreto. Non è prevista in generale la possibilità di convertire il rito camerale in uno dei tre riti in questione, né la possibilità di procedere in senso inverso.

Tuttavia come statuito da Cass. 5 aprile 2016, n. 6543: «La nullità della sentenza e del procedimento non possono essere dichiarate, se la parte non deduca e dimostri che dalla erronea adozione del rito – nella trattazione della controversia – le sia derivata una lesione del diritto di difesa, a meno che quanto lamentato possa essere immediatamente colto dal contenuto complessivo del ricorso». (Nella specie, osserva la Suprema Corte, parte ricorrente non pone in discussione il provvedimento di conversione del rito quale disposto in appello con ordinanza, né pone in discussione che vi sia stata una implicita riconversione del rito da parte del giudice di primo grado, ma si duole – piuttosto – che tale provvedimento di riconversione, implicito o esplicito che fosse, non potesse essere emesso. Posta in questi termini, la questione si riduce a quella della erroneità o meno della implicita riconversione del rito, senza che – peraltro – la parte abbia indicato alcuno specifico pregiudizio conseguente a tale errore).

In generale per domanda di protezione in senso processuale si intende la richiesta di dichiarare l'esistenza del diritto a non essere respinti dal Paese di ingresso sulla base di determinate allegazioni di fatto, che spetta al richiedente svolgere e rispetto alle quale gode di un'attenuazione dell'onere della prova.

Correlativamente l'amministrazione e il giudice devono cooperare con il richiedente nella ricerca delle prove o comunque dei riscontri dei fatti posti a fondamento della domanda.

Spetta poi al decisore (e quindi in prima battuta alla Commissione territoriale e poi al Tribunale in sede di impugnazione) la qualificazione giuridica della domanda, che si traduce nella individuazione della forma giuridica di protezione appropriata rispetto ai fatti che risulteranno accertati, all'esito della valutazione di credibilità¹³.

Le fattispecie in presenza delle quali gli Stati sono tenuti a riconoscere lo *status* di protezione internazionale hanno derivazione e disciplina sovranazionale, mentre le condizioni per il riconoscimento della protezione umanitaria sono dettate dalle norme del diritto interno¹⁴, ma il fondamento di entrambe è comune, essendo costituito dall'obbligo degli Stati firmatari della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e della Carta dei diritti dell'uomo di rispettare l'obbligo di *non refoulement*, ossia di non respingere un cittadino straniero verso un Paese nel quale vi è il fondato rischio di subire trattamenti inumani o degradanti ovvero la pena di morte.

La conferma della comune radice giuridica della protezione internazionale e della protezione umanitaria si ritrova nella nota problematica della necessità per gli stati dell'Unione europea di individuare la forma di protezione più appropriata nelle ipotesi in cui venga accertato che il richiedente, pur avendo una situazione personale che lo espone, nel Paese di origine, al rischio di atti persecutori per uno dei motivi di cui all'art. 8 "decreto qualifiche" ovvero di pena di morte o trattamenti disumani, si trova in una condizione di non meritevolezza, essendo incorso in una causa di esclusione.

In tal caso lo Stato membro non può esimersi dal rispettare il principio di *non refoulement* ed è conseguentemente tenuto a riconoscere e regolarizzare la posizione di quel richiedente attraverso una forma "minima" di protezione prevista e regolata dal diritto interno¹⁵.

13. Cfr. *Evidence and credibility assessment in the context of the CEAS. A judicial analysis* (produced by IARLJ Europe under contract to EASO).

14. Per la ricostruzione dell'istituto della protezione umanitaria si veda la fondamentale Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, e M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018.

15. Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018; P. Papa, *L'inclusione per non meritevolezza. I motivi di sicurezza e di pericolo. Il principio di non refoulement e il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista*, n. 2.2018; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018.

Se dunque la domanda di protezione implica l'attribuzione al giudice del potere/dovere di individuare quale sia la forma di protezione giuridicamente riconoscibile, una volta che siano stati accertati determinati fatti, appare evidente l'impossibilità di separare, in sede di impugnazione del diniego di protezione internazionale, le azioni volte al riconoscimento della protezione internazionale da quelle volte al riconoscimento della protezione umanitaria.

Infatti la "domanda" deve essere identificata nell'insieme delle allegazioni di fatto poste dal richiedente asilo a fondamento della richiesta di rispettare, nei suoi confronti, l'obbligo di *non refoulement*.

In caso di diniego da parte dell'autorità amministrativa, il giudice dell'impugnazione, in ossequio al principio del diritto a un ricorso effettivo, garantito in questa materia dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere dotato dei poteri processuali necessari ad esercitare il potere/dovere di riesame completo di tale domanda, sia dal punto di vista dei fatti che dal punto di vista della loro qualificazione giuridica¹⁶.

L'art. 46 della direttiva procedure prevede infatti, al comma 3, che «per conformarsi al paragrafo 1 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 domande di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado».

Vi sono quindi plurime ragioni che indicano in modo convergente che il processo di impugnazione contro il diniego di una domanda di protezione deve svolgersi (quantomeno nel primo grado di merito successivo al diniego della C.T.) davanti a un giudice dotato non solo di idonei poteri/doveri di cooperazione istruttoria ma anche del potere/dovere di riesaminare integralmente la domanda (sia in punto di fatto che di diritto) e di qualificarla d'ufficio in modo da poter riconoscere la forma di protezione più appropriata per la concreta situazione del richiedente, anche sulla base di nuove "evidenze" oltre che di informazioni aggiornate sul Paese di origine.

16. Cfr. Cass. 16 luglio 2015, n. 14998: «In tema di protezione internazionale dello straniero, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, ai sensi dell'art. 14, lett. b) e c), d.lgs. 19 novembre 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, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente e astrattamente suscumbibile in entrambe le tipologie tipizzate di rischio, sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione». (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che aveva escluso il riconoscimento della protezione sussidiaria per non avere il richiedente specificamente dedotto l'esistenza del rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti, una volta rientrato in patria).

Basta pensare alle ipotesi, che nella pratica si possono verificare, di un radicale mutamento, in peggio, delle condizioni del Paese di origine nel periodo compreso tra il diniego da parte della C.T. e il momento della decisione da parte del Tribunale e quindi anche della possibile erroneità della scelta della difesa di insistere solo per il riconoscimento della protezione “minima”.

Consentire, allora, che tale giudizio si svolga nelle forme ordinarie (e quindi o nella forma del giudizio ordinario di cognizione, ovvero, nelle forme di cui all’art. 702-*bis* e ss. c.p.c. con decisione del Tribunale in forma monocratica) significa devolvere la cognizione della controversia a un giudice privo degli ampi poteri previsti dall’art. 46 della direttiva procedure e che non potrebbe, a pena di non violare l’attribuzione del Collegio, decidere se, alla luce dei fatti accertati e delle informazioni aggiornate sul Paese di origine, vi siano le condizioni per il riconoscimento di una delle forme di protezione internazionale.

Infatti il giudice monocratico, procedendo nelle forme del rito sommario e secondo la previsione dell’art. 3 co. 1 lett. d) potrebbe riconoscere (o negare) soltanto la protezione umanitaria, essendogli preclusa dalla lettera c) della stessa norma la cognizione delle cause di inclusione nelle fattispecie di protezione internazionale¹⁷.

Dunque, l’interpretazione dell’art. 3, co. 1 lett. c) conforme all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE e al diritto a un rimedio effettivo dovrebbe portare a ritenere che nella “domanda per il riconoscimento della protezione internazionale” rientrino tutte le controversie che hanno ad oggetto l’impugnazione del diniego da parte della C.T., a prescindere dalle conclusioni concretamente formulate nel ricorso.

3. Spunti per l’interpretazione dell’art. 3, comma 1, lettere c) e d), d.l. n.13/2017

L’art. 3, al comma 1 lett. c) attribuisce alla competenza delle sezioni specializzate «le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale di cui all’art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 [...]».

Mentre al comma 1 lett. d) attribuisce alla competenza delle sezioni specializzate «le controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all’art. 32, comma 3 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25».

Le due lettere dell’art. 3 disciplinano indubbiamente controversie diverse tra loro in quanto solo quelle di cui alla lettera c) sono soggette al rito camerale “speciale” delineato

17. L’irrazionalità di un sistema che preveda, a seconda della scelta difensiva dell’interessato, del tutto casuale, di concludere per l’una o l’altra forma di protezione, due riti diversi dei quali uno con due gradi di giudizio di merito e l’altro no, è stato evidenziato da M. Acierio e M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice nell’acquisizione e nella valutazione della prova*, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

dall'art. 35-*bis* che prevede che il decreto, soggetto solo a ricorso per Cassazione, sia emessa dal Tribunale in composizione collegiale.

Per le ragioni che si sono espone al paragrafo precedente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale «di cui all'art. 35 decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» non dovrebbe essere precluso al giudice valutare se, sulla base dei fatti accertati all'esito della valutazione di credibilità, non potendosi riconoscere, per qualsiasi ragione, una delle forme di protezione “maggiori” (o per carenza di cause di inclusione o per esistenza di cause di inclusione e anche di cause di esclusione) vi siano gli estremi per riconoscere, invece, la forma di protezione residuale costituita dalla protezione umanitaria¹⁸.

Vi sono ulteriori ragioni che portano ad escludere che le «controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, comma 3 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» siano le stesse di cui al comma 1 lett. c) dell'art. 3.

Infatti i casi in cui la C.T. decide *ex art.* 32 co. 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 sono quelli nei quali la C.T. accoglie la domanda riconoscendo l'esistenza di motivi di carattere umanitario.

L'art. 32 co. 3, d.lgs. 20 gennaio 2008, n. 25 dispone che:

«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 dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

È dunque conforme al dettato normativo sostenere che le controversie di cui all'art. 3, co. 1 lett. d) sono quelle che hanno ad oggetto il mancato rilascio, il diniego di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari il cui diritto è stato già riconosciuto in favore del richiedente a seguito di decisione assunta dalla C.T. *ex art.* 32 co. 3, d.lgs. n. 25/2008.

Si potrebbe obiettare che se così fosse, l'impugnazione contro il diniego di rilascio, di rinnovo o contro la revoca non dovrebbe avere ad oggetto il “riconoscimento” della protezione umanitaria, in quanto il riconoscimento del relativo diritto c'è già stato, per cui l'uso di questa espressione confermerebbe la volontà del legislatore di disciplinare due

18. Tale affermazione è oggi ulteriormente confortata da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455 secondo cui «la protezione umanitaria [...] costituisce una forma di protezione a carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina la protezione internazionale degli stranieri in Italia come rende evidente l'interpretazione letterale dell'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008 [...] ne discende che la protezione umanitaria è collocata in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde [...]».

autonome azioni, una per il «riconoscimento della protezione internazionale» (art. 3 co. 1 lett. c) e una per il «riconoscimento della protezione umanitaria» (art. 3 co. 1 lett. d) esercitabili discrezionalmente dall'interessato, per mezzo del suo difensore, di fronte al diniego della domanda di protezione proposta davanti alla C.T.

Questa ricostruzione si scontra però con il fatto che, come osservato, l'art. 3 co. 1 lettera d) richiama esclusivamente il caso in cui la C.T. abbia riconosciuto la protezione umanitaria per cui una simile interpretazione, basata sul mero tenore testuale della disposizione, colliderebbe con il fatto che quando la C.T. si pronuncia nel senso di cui all'art. 32 co. 3, d.lgs. n.25/2008 il diritto alla protezione umanitaria viene riconosciuto e non vi dovrebbe essere neppure interesse, in senso processuale, a impugnare il relativo provvedimento, quantomeno sotto il profilo del mancato riconoscimento della protezione umanitaria.

L'oggetto delle controversie che vertono sull'impugnazione dei provvedimenti con cui l'amministrazione decida di negare (con il mancato rilascio, la revoca o con il mancato rinnovo alla scadenza) il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari hanno comunque sempre ad oggetto il «riconoscimento» della protezione a suo tempo operata dall'amministrazione.

Infatti in questi procedimenti, esattamente come accade quando venga impugnato il diniego di protezione *ex art. 3, co. 1 lett. c)*, il giudizio verte sul diritto fatto valere dal ricorrente e quindi, nel caso di cui all'art. 3, co. 1 lett. d), sulla permanenza delle condizioni che avevano portato l'amministrazione a riconoscere il diritto del ricorrente a godere del diritto alla protezione umanitaria¹⁹.

La norma si spiega del resto con la necessità di colmare una lacuna legislativa, dato che prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017 non era stata adottata una specifica disciplina del regime delle impugnazioni contro i provvedimenti di revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari, non essendo tali ipotesi contemplate né nel d.lgs. n. 286/98 (e successive modifiche), né nel d.lgs. n. 150/2011 (articoli da 16 a 20)²⁰.

In sede di impugnazione della revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari il giudice non è quindi investito dell'intera domanda di protezione (come invece accade nelle impugnazioni di un diniego totale da parte della C.T. *ex art. 3, co. 1, lett. c)* dovendo esclusivamente giudicare sulla permanenza, affermata dal ricorrente e

19. Cfr. in questo senso Trib. Milano, sez. specializzata, decreto 10 maggio 2018 (R.G. 3747/2018).

20. Prima della riforma, mancando una disciplina specifica, le impugnazioni contro il mancato rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari venivano proposte davanti al giudice ordinario, considerata la natura del diritto fatto valere, nella forma del rito sommario di cognizione.

negata dalla PA, delle ragioni che a suo tempo avevano giustificato il riconoscimento della forma di protezione residuale costituita dalla protezione umanitaria.

Dopo il riconoscimento della protezione umanitaria ogni aspetto è regolato dal diritto interno, sicché le controversie insorte successivamente tra il titolare del diritto a questa forma di protezione e l'amministrazione, vertono su una materia che non ricade nello scopo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, dato che non si controverte più sul diritto di asilo, ma degli obblighi assunti dal singolo Stato per dare piena ed effettiva attuazione al principio di *non refoulement*, per cui in questo tipo di controversie il legislatore non è tenuto ad attribuire al giudice dell'impugnazione quei particolari poteri che, invece, devono essere riconosciuti, in materia di riconoscimento del diritto di asilo, in attuazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Queste controversie, non essendo stato previsto nulla di specifico dal legislatore per quanto riguarda il rito applicabile (nulla disponendo l'art. 3 co. 4-*bis* d.l. n. 13/2017) sono soggette al rito ordinario e devono essere decise dal Tribunale con sentenza di primo grado appellabile.

Nella prassi i difensori utilizzano, per questo tipo di impugnazioni, il rito sommario di cognizione *ex* artt. 702-*bis* e ss., adottato con il d.lgs. n. 150/2011 per tutte le azioni esperibili in materia di diritto degli stranieri.

4. Il rito camerale speciale istituito con l'art. 35-*bis*, i commi 10 e 11. L'udienza e il colloquio personale

L'art. 35-*bis* introdotto dal d.l. n. 13/2017 ha creato un rito camerale "speciale" per la trattazione dei procedimenti aventi ad oggetto le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale.

Il procedimento, di tipo impugnatorio, viene avviato, su istanza di parte, con deposito del ricorso presso la sezione specializzata nel termine di 30 giorni dalla notifica del diniego, ovvero entro 60 giorni se il ricorrente risiede all'estero, salvi i casi di dimidiazione dei termini²¹.

La Cancelleria provvede alla notifica al Ministero dell'interno (ovvero, nei casi di cessazione o revoca della protezione internazionale alla Commissione nazionale per il diritto d'asilo) e trasmette l'atto introduttivo al P.M. per le sue conclusioni.

21. Nei casi di cui all'art. 28-*bis* co. 2, d.lgs. n. 25/2008 e nei casi in cui il ricorrente sia trattenuto *ex* art. 6, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

Nei successivi 20 giorni la parte resistente può costituirsi e depositare una nota difensiva e, entro i 20 giorni successivi, decorrenti dalla scadenza del termine assegnato alla parte resistente, la parte ricorrente può depositare una nota difensiva.

Il rito prevede quindi che il contraddittorio tra le parti del processo si instauri e si completi in modo cartolare, senza che sia attribuita una funzione in tal senso all'eventuale udienza di comparizione delle parti davanti al giudice.

Conseguentemente il comma 9 dell'art. 35-*bis* stabilisce che la trattazione avviene in Camera di Consiglio con decisione da emettere nei quattro mesi successivi al deposito del ricorso (art. 35-*bis* co. 13).

Quindi la regola generale è che la decisione venga emessa in Camera di Consiglio dopo un contraddittorio cartolare e senza trattazione in udienza.

I commi 10 e 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 eccezionale²².

La trattazione con udienza è prevista dal legislatore in una serie di ipotesi particolari, che dovrebbero essere caratterizzate dalla necessità di svolgere un'attività istruttoria ulteriore rispetto alla acquisizione dei documenti prodotti dalle parti.

Il comma 10 elenca, quali adempimenti che richiedono la fissazione di udienza, l'audizione dell'interessato, la necessità di chiedere chiarimenti alle parti, la disposizione di CTU e l'assunzione di mezzi di prova.

Il comma 11 prevede che sia fissata udienza quando non sia disponibile la videoregistrazione del colloquio svolto durante la fase amministrativa, o sia stata formulata motivata richiesta da parte dell'interessato e il giudice ritenga che sia effettivamente necessaria una interlocuzione orale con le parti, oppure l'impugnazione si fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa.

I due commi, pur dedicati entrambi alla individuazione dei casi in cui, in deroga alla regola generale della trattazione puramente cartolare, vi debba essere la comparizione delle parti davanti al giudice disciplinano questo tema, rispettivamente, secondo l'ottica del giudice che deve esercitare i suoi poteri officiosi in adempimento del dovere di cooperazione, e della difesa che sollecita e propone al giudice il compimento di determinate attività istruttorie.

Non consta che siano sorti problemi interpretativi sul comma 10, norma che potrebbe apparire persino superflua, posto che nessuna delle attività in esso elencate potrebbe

22. Come si desume dall'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente" nel comma 10.

essere effettuata senza fissazione di udienza e che è ormai dato acquisito l'esercizio dei poteri di cooperazione istruttoria da parte del giudice.

Maggiori problemi derivano invece dal tenore testuale del comma 11 dell'art. 35-*bis*.

Non è infatti chiaro se residui in capo al giudice qualche discrezionalità nella scelta sul se fissare udienza al verificarsi dei casi in esso previsti, né se vi sia un contenuto necessitato degli adempimenti che all'udienza così fissata debbano essere effettuati.

La disposizione infatti si limita ad affermare che, quando ricorre una delle tre ipotesi previste dalle lettere da a) e c) del comma 11, "è disposta udienza", senza specificare quale sia l'adempimento che a questa udienza debba essere effettuato, o dare indicazioni utili in tal senso, e senza chiarire se vi sia necessità di procedere necessariamente, in ciascuno di questi casi, all'udienza così fissata, ad audizione personale del ricorrente.

Non è neppure prevista una sanzione processuale per il caso in cui tale adempimento venga omesso dal giudice che abbia motivato la decisione di non fissare udienza, valutando la completezza dell'istruttoria, o per il caso in cui il giudice decida di fissare udienza ma stabilisca che non vi è necessità di non ripetere il colloquio personale, così limitando l'adempimento a una interlocuzione con il difensore del ricorrente.

A complicare il lavoro dell'interprete vi è il fatto che i sistemi di videoregistrazione e compilazione del verbale con il sistema di riconoscimento automatico di cui all'art. 14 d.l. n. 13/2017 non sono disponibili, non essendo state ancora adottate e formalizzate le "specifiche tecniche" di cui al comma 8 della norma citata²³.

Pertanto attualmente tutti i procedimenti assoggettati al nuovo rito camerale "speciale" presentano la prima ipotesi contemplata dal comma 11 dell'art. 35-*bis*.

Proprio per questo, nel primo periodo di applicazione dell'art. 35-*bis*, si è posto per tutti i giudici delle sezioni specializzate il problema di stabilire se la decisione dovesse essere preceduta necessariamente, e a prescindere da qualsivoglia valutazione di completezza dell'istruttoria svolta nella fase amministrativa e in assenza di qualsivoglia segnalazione di incompletezza da parte della difesa, dallo svolgimento di un'udienza e se a questa udienza fosse necessario procedere all'audizione del ricorrente.

5. La video registrazione del colloquio, la sua mancanza, e le conseguenze nell'interpretazione dell'art. 35-*bis* comma 11

Conformemente alla previsione dell'art. 17 della direttiva procedure (2013/32/EU) il legislatore italiano ha recepito, anche se non ancora attuato, la possibilità, prevista dalla

23. L'adozione di questi mezzi avrebbe dovuto essere effettuata con lo strumento del decreto direttoriale da adottarsi dai Ministeri dell'interno e della giustizia, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso art. 14.

normativa dell'Unione, di effettuare la videoregistrazione del colloquio individuale durante la fase amministrativa. I sistemi di videoregistrazione e compilazione del verbale con il sistema di riconoscimento automatico di cui all'art. 14, d.l. n. 13/2017 non sono disponibili, in quanto non sono state ancora adottate e formalizzate le "specifiche tecniche" di cui al comma 8 della norma citata.

Come previsto dall'art. 14 del d.l. n.13/2017 il colloquio viene videoregistrato «con mezzi audiovisivi e trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale».

L'adozione di questa modalità di acquisizione e conservazione delle dichiarazioni del richiedente comporta (o meglio, comporterà in futuro) un indubbio ampliamento della possibilità, per l'interessato, di interloquire sulla qualità di questo fondamentale atto istruttorio, disponendo di molti più mezzi per contestare le modalità con cui le sue dichiarazioni sono state tradotte nella lingua del processo, parlata dal giudice e dal difensore.

Infatti la videoregistrazione consentirà di rendere disponibile preziosi elementi di valutazione che oggi, con la verbalizzazione solo cartacea direttamente in lingua italiana, vanno irrimediabilmente perduti, ossia le dichiarazioni nella lingua originale, la loro traduzione contestuale dell'interprete in lingua italiana, insieme alla verbalizzazione di quanto dichiarato, oltre che alle dinamiche di interazione tra intervistato, intervistatore e interprete.

Questo consentirà di verificare, ai fini dell'impugnazione, se vi siano state lacune, fraintendimenti o significative distorsioni delle dichiarazioni rese dall'interessato a causa, ad esempio, dell'attività dell'interprete ma anche del contegno tenuto dall'intervistatore che potrebbe influenzare non poco l'esito del colloquio²⁴.

Una volta che le misure tecniche saranno effettivamente adottate, l'indisponibilità della videoregistrazione, che potrebbe anche dipendere da una precisa scelta dell'interessato (secondo quanto previsto dall'art. 14, co. 6-*bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 come modificato dall'art. 6 d.l. n. 13/2017) costituirà un'eccezione, idonea a porre il ricorrente in una posizione difensiva meno favorevole rispetto a coloro che si sono avvalsi della videoregistrazione.

Il nuovo rito camerale è entrato in vigore in un momento in cui le Commissioni territoriali non disponevano (e tutt'ora la situazione è invariata) del sistema di video

24. Cfr. *Intervistare i richiedenti asilo*, UNHCR, <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/.../6intervistare-i-richiedenti-asilo.pdf>; *La guida pratica dell'EASO: il colloquio personale*, dicembre 2014, <https://www.easo.europa.eu/sites/.../easo-practical-guide-personal-interview-it.pdf>.

registrazione del colloquio, che continua ad essere trasfuso in un verbale cartaceo interamente redatto in lingua italiana.

Proprio a causa di questa sfasatura le sezioni specializzate si sono dovute confrontare con una non semplice esegesi dell'art. 35-*bis* co. 11, destinato a disciplinare procedimenti nei quali il documento audiovisivo dovrebbe, invece, essere generalmente disponibile.

Ne sono conseguite, come era prevedibile, interpretazioni e prassi applicative sensibilmente differenti.

Alcune sezioni hanno ritenuto, in sostanza, che l'art. 35-*bis* co. 11, lett. a) preveda un'ipotesi non discrezionale di fissazione di udienza e che tale disposizione, in quanto in vigore, debba trovare applicazione a prescindere dall'adozione dei sistemi di videoregistrazione da parte dell'autorità amministrativa e anche a prescindere da qualsivoglia valutazione di rilevanza delle questioni di fatto poste a base della domanda di protezione e della stessa esistenza di contestazioni da parte della difesa in ordine alla completezza dell'istruttoria svolta nella fase amministrativa e, in particolare, della qualità dell'intervista²⁵.

Queste prassi valorizzano il tenore testuale della disposizione: «l'udienza è altresì disposta [...]» e, pur in assenza di una specifica sanzione processuale per il caso di mancata fissazione, hanno ritenuto di non adottare una decisione *de plano* ossia in Camera di Consiglio a seguito di trattazione cartolare, potendo ciò dare luogo a un vizio procedurale rilevabile in sede di legittimità.

Non tutte le sezioni che si sono orientate in questo senso concordano, però, sul fatto che dalla norma si ricavi anche un'indicazione che imponga, oltre alla fissazione di udienza, la ripetizione del colloquio personale, benché sia costante, da parte dei difensori, la richiesta di fissazione di udienza, *ex art.* 35-*bis* co. 11, al solo scopo di ripetere il colloquio individuale per la mancanza di videoregistrazione, anche in assenza di contestazioni specifiche sulla qualità dell'operato della Commissione territoriale nello svolgimento dell'intervista, sulla completezza dei fatti posti a fondamento della domanda di protezione e in assenza di allegazione di fatti nuovi o non indagati dalla Commissione.

La sezione specializzata di Bari, ad esempio, ritiene che il giudice mantenga sempre discrezionalità nel decidere se sia necessario ripetere il colloquio, trattandosi di

25. Si sono orientate in questo senso le sezioni specializzate di Bari, Brescia, Trieste e Bologna. Non vengono citati provvedimenti specifici su questo orientamento, che si traduce, in pratica, in un semplice provvedimento di fissazione di udienza, constatata l'assenza di videoregistrazione. Le ragioni di queste prassi mi sono state illustrate e confermate in via informale da Presidenti e giudici delle sezioni citate, consultati per la redazione di questo scritto.

adempimento che si compie solo se ne ravvisa la necessità, al fine di completare l'istruttoria prima della decisione²⁶.

La sezione di Trieste, invece, perdurando l'indisponibilità della videoregistrazione, procede alla fissazione di udienza e alla ripetizione del colloquio personale.

Inoltre non tutte le sezioni che hanno optato per la fissazione di udienza in modo automatico delegano tale attività al giudice relatore, essendosi registrato anche l'orientamento della sezione specializzata di Brescia che fissa udienza avanti al Collegio²⁷.

Altre sezioni hanno adottato una interpretazione significativamente differente, nel senso di ritenere non cogente il disposto del comma 11 lettera a) dell'art. 35-*bis*, sia con riferimento alla fissazione necessaria dell'udienza, sia con riferimento alla ripetizione del colloquio.

In particolare le sezioni di Milano e Napoli hanno proposto una lettura sistematica e non puramente letterale, limitata cioè al solo comma 11 lettera a) dell'art. 35-*bis* che tiene conto del fatto che, come regola generale (comma 9) il rito camerale speciale prevede che la decisione sia assunta, dopo il completamento del contraddittorio cartolare, in Camera di Consiglio e che le ipotesi di cui ai commi 10 e 11 rappresentano un'eccezione a questa regola e quindi come tali devono essere interpretati²⁸.

Si è inoltre considerato che l'attuale indisponibilità della videoregistrazione dipende dal fatto che le norme che la prevedono (primarie e secondarie) non sono state attuate sicché, oltre a potersi dubitare della concreta applicabilità dell'ipotesi di cui all'art. 35-*bis* co. 11 lett. a), oggi il sistema non differisce affatto, per quanto riguarda il sistema di verbalizzazione del colloquio personale, da quello con cui giudici e difensori si confrontavano *ante* riforma, per cui attualmente la difesa non può avvalersi del descritto ampliamento delle possibilità di contestazione e verifica del verbale di audizione.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, con riferimento al rito sommario di cognizione previsto per le controversie di protezione internazionale anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017 che prevede, *ex artt.* 702-*bis* e ss. c.p.c., l'udienza di comparizione delle parti come passaggio essenziale della procedura necessario per il completamento del contraddittorio, aveva preso chiara posizione sul fatto che non vi fosse un diritto "assoluto" del richiedente asilo ad essere ascoltato in fase giurisdizionale.

26. Cfr. S. Casciaro, *La protezione internazionale e umanitaria, Aspetti processuali e sostanziali*, incontro di studio *Il nuovo rito in base alla l. n. 46/2017: problematiche interpretative e applicative*, Bari, 18/19 maggio 2018.

27. Anche per questo orientamento vale quanto precisato alla nota 26.

28. Cfr. Trib. Napoli, sez. specializzata, decreto 9 marzo 2018 (R.G. 29155/2017), Trib. Milano, sez. specializzata decreto 7 giugno 2018 (R.G. 3736/2018), Trib. Torino, sez. specializzata decreto 13 marzo 2018 (R.G. 26197/2017).

Infatti, a fronte del diritto di chiedere di essere nuovamente sentiti, è stata ritenuta altrettanto legittima la decisione del giudice di non procedere a nuovo colloquio, se ritenuto adempimento non necessario a fini istruttori, sicché la mancata ripetizione dell'audizione in fase giurisdizionale non dava luogo a un vizio del procedimento²⁹.

Le sezioni che hanno ritenuto di poter adottare, in certi casi, la decisione senza fissazione di udienza hanno quindi affermato il mantenimento, anche dopo la riforma, del potere/dovere del giudice di valutare, nel giudizio di protezione internazionale così come in qualsiasi processo civile, la rilevanza degli adempimenti istruttori, officiosi o proposti dalle parti, necessari ai fini della decisione, alla luce della completezza dell'istruttoria e della qualità dell'intervista svolta dalla C.T.

Questo orientamento muove dal presupposto che dal comma 11 dell'art. 35-*bis* non si possa ricavare in via interpretativa l'esistenza di un obbligo per il giudice di procedere in modo automatico alla fissazione di un'udienza, prevista come eventuale nel nuovo procedimento camerale, in quanto, ove non venga individuata la necessità di svolgere una specifica attività istruttoria, si tradurrebbe in un adempimento formale privo di un effettivo scopo alla luce del completamento del contraddittorio cartaceo, salvo evidentemente il caso in cui il giudice ritenga necessario procedere alla ripetizione del colloquio personale.

D'altra parte l'art. 35-*bis* co. 11 non contiene esplicite sanzioni di nullità per il caso di omessa fissazione, la cui rilevanza potrebbe sempre essere valutata, in sede di legittimità, in relazione a specifiche doglianze sulla violazione del diritto di difesa, per non essere state compiute determinate attività necessarie per il suo completo dispiegamento.

6. La sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018

La Suprema Corte, con decisione attesa, ha preso molto di recente³⁰ posizione sull'interpretazione dell'art. 35-*bis* co. 11 e 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 dinnanzi 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

29. Cfr. Cass., 21 novembre 2011, n. 24544; Cass., 19 dicembre 2011, n. 27456; Cass., 18 novembre 2013, n. 25873; Cass., 3 settembre 2014, n. 18633; Cass., 8 giugno 2016, n. 11754 e, per la non idoneità della mancata ripetizione del colloquio a comportare una nullità del procedimento v. Cass., 25 giugno 2014, n. 14338.

30. Pubblicata il 5 luglio 2018, quando il presente scritto era in fase di ultimazione.

dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la registrazione del colloquio»³¹.

La sentenza non ha dunque accolto l'orientamento delle sezioni che argomentavano nel senso della non obbligatorietà dell'udienza, ed è giunta alla declaratoria di nullità del decreto decisorio emesso “*de plano*” attraverso un percorso argomentativo che appare a chi scrive formalistico e insoddisfacente, perché si basa su una lettura puramente testuale della norma senza affrontare molte delle questioni che pure gli interpreti si sono posti proprio a causa del tenore letterale dell'art. 35-*bis* co. 11 da collocare e leggere, però, nel complessivo disegno della procedura camerale speciale.

Il provvedimento oggetto del giudizio di Cassazione³² aveva deciso, nonostante l'indisponibilità della videoregistrazione, di non procedere a un nuovo colloquio personale e di non fissare neppure un'udienza di mera trattazione, in considerazione della «sufficienza della verbalizzazione» delle dichiarazioni rese nel corso della fase amministrativa e quindi della sostanziale inutilità di un adempimento formale quale la comparizione delle parti davanti al giudice senza altra finalità istruttoria.

Nonostante sia rimasta invariata, rispetto al sistema anteriore, la modalità con cui le Commissioni territoriali verbalizzano il colloquio con il richiedente asilo, la Corte ha ritenuto che l'art. 35-*bis* co. 11 lett. a) debba essere immediatamente applicato, con conseguente necessità di fissare l'udienza di trattazione in quanto non vi è disponibilità del documento audiovisivo.

Ha inoltre escluso che sia possibile evitare la fissazione di udienza anche nei casi in cui, come sembra sia accaduto nel caso trattato dalla sezione di Napoli, l'istruttoria della fase amministrativa venga motivatamente ritenuta completa dal giudice e la difesa stessa non alleggi fatti nuovi, non sollevi specifiche doglianze sulla qualità del colloquio e si limiti a insistere per il riesame completo, in fatto e in diritto, della domanda di protezione senza formulare richieste istruttorie diverse dalla mera formale fissazione di udienza quale conseguenza automatica della assenza di videoregistrazione.

La Corte si è infatti limitata a constatare che la disposizione è entrata in vigore e che il testo normativo «non lascia adito [...] al benché minimo dubbio» sul fatto che, mancando la videoregistrazione (per qualsiasi ragione e quindi anche per non essere stata adottata dal Ministero dell'interno), «l'udienza debba essere fissata».

Sul punto ha spiegato che le ipotesi contemplate dal comma 11 si caratterizzano, rispetto a quelle del comma 10, per l'assenza di qualsivoglia discrezionalità in capo al

31. La sentenza affronta anche, dichiarandole non rilevanti e comunque manifestamente infondate, le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalla difesa, le stesse di cui si è parlato nel paragrafo 1 del presente scritto.

32. Emesso dal Trib. Napoli, sez. specializzata.

giudice (a parte il caso della «motivata richiesta» da parte dell'interessato se specificamente confutata dal giudice nel provvedimento che non ammette l'atto istruttorio) nella scelta della trattazione con pubblica udienza, senza però fornire, almeno in via interpretativa, quale sia l'esigenza difensiva che debba essere colmata con questo adempimento³³.

Il fatto che la videoregistrazione non sia disponibile in quanto mai adottata è stato ritenuto irrilevante con la seguente motivazione: «è infatti semplicemente assurdo pensare che la mancata adozione delle specifiche tecniche possa ribaltare il chiaro significato della disposizione ormai entrata in vigore».

La Corte ha per la verità affermato che scopo dell'udienza, quando appunto la videoregistrazione (per qualsiasi ragione) manchi, debba essere di consentire «il pieno dispiegamento del contraddittorio attraverso lo svolgimento dell'udienza di comparizione parti».

Non vengono però fornite indicazioni sul come, nel particolare caso in questione, questo dispiegamento debba avvenire attraverso lo svolgimento dell'udienza di comparizione delle parti allorché sia disponibile il verbale delle dichiarazioni rese nella fase amministrativa.

Dopo la pronuncia in esame questa udienza, da fissare necessariamente finché le C.T. non saranno in grado di depositare il documento audiovisivo, rischia di risolversi in un pur adempimento formale tutte le volte che il giudice non ritenga necessario ripetere il colloquio e la difesa non abbia indicato fatti nuovi o l'esistenza di lacune, né abbia criticato la qualità del metodo usato dall'intervistatore, e non sia necessario trattare oralmente la causa.

La sentenza riafferma la differenza tra il diritto all'udienza e il diritto alla ripetizione del colloquio personale e richiama, a sostegno della non obbligatorietà del secondo pur avendo stabilito l'obbligatorietà a pena di nullità della prima, la sentenza della Corte di Giustizia C-348/2016 *Sacko Moussa c. Commissione territoriale di Milano*.

La Corte di Cassazione infatti, pur statuendo che la mancata ripetizione dell'udienza nel caso di mancanza di videoregistrazione determina la nullità della decisione, allo stesso tempo ribadisce il proprio orientamento, formatosi con riferimento alle procedure trattate con il rito sommario *ante* riforma, sulla non necessità della ripetizione del colloquio personale, la cui mancata rinnovazione non determina la nullità della decisione³⁴.

33. Si deve anche considerare che il procedimento camerale speciale non stabilisce preclusioni, per cui la difesa può sempre, fino alla decisione, integrare i documenti e segnalare il verificarsi di fatti sopravvenuti al deposito del ricorso.

34. Cfr. Cass., 21.11.2012, n. 24544; Cass., 19.12.2011, n. 27456; Cass., 18.10.2013, n. 25873; Cass., 3.9.2014 n. 18633, Cass., 8.6.2016, n. 11754; Cass., 25.6.2014, n. 14338.

Nel far ciò non prende però posizione su quello che, per molti commentatori³⁵ è il principale aspetto critico della sentenza *Sacko Moussa* ossia cosa si debba intendere, ai fini dell'obbligo di ripetere il colloquio in fase giurisdizionale, per «domanda di protezione internazionale manifestamente infondata».

Nonostante il comma 11 dell'art. 35-*bis* non menzioni mai il colloquio personale, appare però difficilmente contestabile l'esistenza di uno stretto legame tra tutte le tre le ipotesi in presenza delle quali il legislatore prevede che venga fissata udienza³⁶ e la necessità di interloquire direttamente con la parte ricorrente in vista della acquisizione di nuovi elementi, posto che tutti i casi previsti dal comma 11 ineriscono al colloquio svolto nella fase amministrativa e quindi, in senso ampio, alla disciplina, in fase giurisdizionale, del diritto di essere “sentiti”.

La questione non chiarita dalla sentenza *Sacko Moussa* e non affrontata dalla Corte appare quindi di importanza centrale nell'interpretazione e applicazione dell'art. 35-*bis* co. 11, norma introdotta dal legislatore successivamente alla sentenza in questione.

Il diritto di essere sentiti, secondo la normativa europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non si esercita, in fase giurisdizionale, necessariamente con la ripetizione del colloquio personale, né implica il diritto a un'udienza pubblica, tuttavia il suo esercizio è oggettivamente correlato a specifiche esigenze di completamento della raccolta dei fatti rilevanti per la decisione.

La direttiva procedure (2013/32/EU) all'art. 14 prevede che il diritto di essere sentiti, durante la fase amministrativa, si deve inevitabilmente esercitare attraverso il colloquio personale, adempimento che può essere omesso solo in eccezionali, ossia quando «l'autorità accertante» è in grado di riconoscere la protezione «basandosi sulle prove acquisite», ovvero quando si reputi che il richiedente sia incapace o non in grado di sostenere un colloquio personale «a causa di circostanze persistenti che sfuggono al suo controllo», e comunque tutte le volte che il procedimento possa concludersi con una decisione favorevole.

La Corte di Giustizia, con le sentenze 9 febbraio 2017 C-560/2014 *M. c. Irlanda* e 26 luglio 2017 C-348/2106 *Sacko Moussa c. Italia* ha chiarito che la decisione non può essere emessa se non quando l'autorità accertante, nella fase amministrativa, ha raccolto

35. Cfr. C. de Chiara, *Fase amministrativa e fase giurisdizionale; partecipazione del richiedente all'udienza ed ascolto in sede giudiziale: il dovere di cooperazione dell'Autorità e principio dispositivo*, incontro di studio *Il diritto di asilo e alla protezione internazionale* della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 7, 8 e 9 febbraio 2018, e D. Strazzari, *Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di protezione internazionale*, in DPCE online 2017, n. 4, vol. 33.

36. E precisamente: mancanza della videoregistrazione del colloquio, richiesta motivata del difensore di ripetizione del colloquio, impugnazione basata su elementi di fatto nuovi, in quanto non dedotti in precedenza.

tutte le informazioni necessarie, ossia con piena cognizione di causa e che l'autorità giurisdizionale può rigettare la domanda di protezione (e quindi confermare la decisione negativa assunta dall'autorità amministrativa) senza procedere a nuova audizione del ricorrente, a condizione che il richiedente asilo sia stato sentito (cioè abbia avuto la possibilità di svolgere un colloquio personale) nella fase amministrativa e che siano disponibili, in fase giurisdizionale, le sue dichiarazioni raccolte con le modalità stabilite dal diritto nazionale, ferma restando per il giudice la possibilità di disporre una ulteriore audizione tutte le volte che tale adempimento appaia necessario per consentire l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della sua domanda, in ossequio al principio del diritto a un ricorso effettivo, stabilito dall'art. 46 della direttiva procedure.

La sentenza *Sacko Moussa*, ha al contempo statuito che l'audizione del ricorrente, in fase giurisdizionale, può essere omessa solo nei casi di manifesta infondatezza della domanda, senza però chiarire se tale principio debba trovare applicazione ai soli e specifici casi di manifesta infondatezza previsti dalla direttiva procedure³⁷, ovvero se esso possa trovare applicazione anche nei casi non tipizzati di manifesta infondatezza, ad esempio quando vi siano vistose incoerenze intrinseche non chiarite neppure di fronte a specifiche obiezioni dell'intervistatore della fase amministrativa, ovvero il racconto sia palesemente contrario alle pertinenti informazioni sul Paese di origine.

È evidente la differenza tra le due ipotesi, in quanto nel caso di manifesta infondatezza per chiara assenza di elementi di inclusione il giudice potrebbe, in applicazione del principio affermato dalla sentenza *Sacko Moussa*, valutare che, in assenza di fatti nuovi allegati con il ricorso, non vi sia necessità di approfondire la narrazione, in quanto non vi sarebbero comunque elementi che potrebbero portare all'accoglimento della domanda³⁸.

Il nuovo rito camerale, interpretato nel senso della assenza di un obbligo per il giudice di ripetere il colloquio individuale, non è quindi in contrasto con il quadro legislativo europeo e con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia, dato che in fase giurisdizionale viene mantenuta la possibilità di ripetere il colloquio davanti al giudice.

37. Secondo la trasposizione operata dal legislatore italiano, si tratta dei casi di cui all'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 e successive modifiche, ossia quando il richiedente abbia sollevato questioni non attinenti con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, quando si tratti di domanda rigettata e reiterata, ovvero di domanda strumentale, presentata quando il richiedente sia stato fermato in posizione di irregolarità o abbia tentato di eludere i controlli di frontiera o al solo scopo di ritardare o ostacolare l'esecuzione di un provvedimento di espulsione.

38. La rilevanza del concetto di «manifesta infondatezza» per l'esercizio del diritto di essere sentiti è confermata dalla proposta di regolamento destinato a sostituire l'attuale direttiva procedure, che all'art. 40 co. 1 lett. a) e b) stabilisce a quali condizioni la manifesta infondatezza della domanda consente allo Stato membro di optare per la procedura di esame accelerata, dalla quale conseguono significative limitazioni qualitative e temporali della procedura stessa; l'attuale versione della proposta è disponibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0467>.

Tuttavia la pronuncia della Corte, che riafferma tali principi, avrebbe potuto essere anche un'importantissima occasione per chiarire in che modo il giudice debba cooperare in termini di effettività per consentire, all'udienza prevista dall'art. 35-*bis* co. 11, il pieno dispiegamento del diritto di essere sentiti, in vista del pieno riesame della domanda, e chiarire anche se vi siano, e quali siano, gli specifici oneri della difesa in vista di tale adempimento obbligatorio, valorizzando il fatto che il difensore ha un effettivo contatto con il ricorrente e che proprio per questo si trova nella migliore posizione per segnalare la necessità di completare la raccolta dei fatti necessari per la decisione con il compimento di determinate attività istruttorie, anche eventualmente diverse dalla rinnovazione del colloquio personale, causalmente connesse con la mancanza della videoregistrazione e causate dalla qualità dell'intervista quale emerge dal verbale cartaceo.

Senza questi indispensabili chiarimenti è oggettivamente alto il rischio che l'udienza, pur obbligatoria, si traduca in un adempimento che attua in modo solo formale il diritto di essere sentiti.

7. L'art. 35-*bis* comma 13. La sospensione degli effetti del diniego all'esito della fase giurisdizionale

Il decreto di rigetto emesso dal Tribunale è impugnabile in Cassazione, ma la presentazione del ricorso davanti al giudice di legittimità, diversamente da quanto accade per la proposizione del ricorso davanti al giudice di primo grado, non ha effetto sospensivo automatico dell'efficacia del diniego³⁹.

L'art. 35-*bis* co. 13 prevede infatti che la sospensione «è disposta» su istanza di parte, quando sussistono «fondati motivi», e di essa è investito lo stesso giudice che ha pronunciato il decreto impugnato.

Non consta che siano sorti dubbi interpretativi circa la competenza del Collegio (e non del giudice in composizione monocratica) a decidere sull'istanza di sospensione, così intendendosi il termine «giudice» utilizzato per designare l'autorità che decide su tale istanza, e sul fatto che anche in questo caso si tratti di un procedimento essenzialmente cartolare con decisione in Camera di Consiglio, senza necessità di fissare udienza, una volta che sia stato completato il contraddittorio sull'istanza di sospensione.

39. Secondo quanto previsto dall'art. 35-*bis* co. 3 la regola dell'effetto sospensivo automatico che deriva dalla proposizione del ricorso davanti al giudice di primo grado trova alcune eccezioni nei seguenti casi: a) il diniego sia stato adottato nei confronti di persona soggetta a trattenimento a fini di espulsione; b) la domanda di protezione sia dichiarata inammissibile; c) il diniego si fondi su una valutazione di manifesta infondatezza nella specifica ipotesi di cui all'art. 21, comma 1 lett. b)-*bis*; d) quando il diniego sia stato emesso nei confronti di persona colpita da provvedimento di espulsione.

Inoltre appare consolidata l'interpretazione del termine «proposizione» del ricorso nel senso che l'istanza di sospensione viene ritenuta ammissibile solo quando l'interessato abbia dimostrato di avere completato l'*iter* procedimentale previsto dall'art. 369 c.p.c. che impone, a pena di improcedibilità del ricorso per Cassazione, che il ricorrente notifichi l'atto introduttivo alle «parti contro le quali è proposto» e provveda poi al suo deposito presso la «Cancelleria della Corte»⁴⁰.

Per quanto riguarda, invece, il termine di 5 giorni indicato dalla norma per la presentazione dell'istanza di sospensione, non risultano decisioni che lo abbiano ritenuto perentorio, mancando del resto una esplicita sanzione di decadenza, che sarebbe richiesta, per la decadenza, dall'art. 152 co. 1 c.p.c.

Il legislatore ha dunque scelto di attribuire al giudice il potere di sospensione caso per caso, così mostrando di voler attuare in modo letterale il disposto dell'art. 46 della direttiva procedure che al comma 5 prevede, per le procedure ordinarie (ossia i casi che non rientrano nelle ipotesi di cui allo stesso art. 46 co. 6) che gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il diritto a un ricorso effettivo (ossia all'impugnazione della decisione negativa sulla loro domanda di protezione) oppure, quando il diritto di ricorso è stato esercitato, a rimanere sul territorio nazionale in attesa del suo esito «quantomeno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado».

Per i gradi successivi (in Italia ora limitati al ricorso per Cassazione) nel procedimento regolato dall'art. 35-*bis* co. 13, il giudice di primo grado è chiamato, su istanza di parte, a valutare caso per caso la richiesta di sospensione.

Il procedimento di sospensione previsto dall'art. 35-*bis* co. 13 presenta molte differenze rispetto a quello previsto dal codice di procedura civile per la sospensione degli effetti dei provvedimenti decisori emessi all'esito di un processo civile ordinario soggetti a ricorso per Cassazione.

L'art. 373, co. 1 c.p.c. infatti stabilisce che la presentazione del ricorso per Cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza ma che «il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che la esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione».

Il giudice che ha emesso il provvedimento è in tal caso chiamato a valutare in via cautelare la sussistenza di un grave e irreparabile danno derivante dall'esecuzione della

40. Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata, decreto 3 maggio 2018 (R.G. 52501/2017).

decisione, senza che venga richiesta una valutazione anche del c.d. *fumus boni juris*, inerente la possibile fondatezza o meno del ricorso per Cassazione.

Invece l'art. 35-*bis* co. 13 condiziona la possibilità di sospendere gli effetti del diniego di protezione all'esistenza di «fondati motivi», locuzione che rimanda al concetto di *fumus boni juris*, in questo caso consistente nella ragionevole fondatezza del ricorso, senza alcun richiamo, quantomeno esplicito, alla necessità di valutare anche il rischio connesso all'esecuzione del provvedimento⁴¹.

L'art. 35-*bis* co. 13 chiede allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento impugnato di valutare, sia pure sommariamente e con finalità cautelari, le ragionevoli possibilità di accoglimento del ricorso che ha come scopo quello di far cassare la sua stessa decisione.

Anche l'art. 373 c.p.c. attribuisce al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato la competenza ad esaminare la richiesta di sospensione dei suoi effetti, ma oggetto del procedimento è la sola verifica dell'esistenza di un rischio di danno grave e irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato, valutazione del tutto indipendente dai motivi di impugnazione portati all'attenzione della Corte di Cassazione.

Le regole per la sospensione degli effetti della decisione negativa adottata dal Tribunale in materia di protezione internazionale sono quindi oggettivamente diverse da quelle adottate in generale per tutti gli altri provvedimenti soggetti a ricorso per Cassazione, considerata la chiara volontà del legislatore di non richiamare il procedimento *ex art. 373 c.p.c.* per le sospensive di cui all'art. 35-*bis* co. 13.

L'interpretazione del concetto di «fondati motivi» come limitato alla sola valutazione della ragionevole fondatezza del ricorso per Cassazione, con esclusione di ogni valutazione, da parte del giudice *a quo*, del pericolo che potrebbe derivare dall'esecuzione del decreto di diniego della protezione, accentua la disparità tra i rimedi che l'ordinamento mette a disposizione di coloro che mirano alla sospensione cautelare degli effetti di una decisione di merito impugnata davanti al giudice di legittimità e fa dubitare della effettività di questo rimedio nel quale sarebbe preclusa al giudice ogni valutazione dell'unico requisito richiesto, invece, dall'art. 373 c.p.c.

41. In questo senso si è orientato il Trib. di Napoli, sez. specializzata che, con decreto 20 febbraio 2018 (R.G. 3931/2018), ha esplicitamente interpretato la norma nel senso che il giudizio di sospensione ha ad oggetto soltanto l'apparente fondatezza del ricorso, senza che possa avere alcun rilievo l'aspetto cautelare, ossia la valutazione del rischio che potrebbe derivare dal ricorrere dall'esecuzione del provvedimento, proprio a causa della differente formulazione di due disposizioni che, sia pure con riferimento a distinte tipologie di procedimenti, disciplinano entrambe il giudizio di sospensione degli effetti di una decisione che sia stata impugnata davanti al giudice di legittimità; il Trib. Torino, sez. specializzata, con decreto 3 maggio 2018 (R.G. 26197/2017) ha invece evidenziato che non vi è spazio per un giudizio di sospensione basato sulla valutazione del pericolo nel ritardo, come si dovrebbe ricavare dal fatto che l'interessato, ove attinto da provvedimento di espulsione, avrebbe uno specifico rimedio cautelare da far valere in quella sede.

Non si può ignorare la rilevanza che riveste, nel giudizio di sospensione degli effetti del diniego di protezione internazionale, il rischio che può derivare dall'esecuzione del provvedimento impugnato, i cui effetti sono idonei a rimuovere gli ostacoli alle procedure di rimpatrio in un Paese rispetto al quale il richiedente invoca il diritto di *non refoulement* prima che la sua domanda di protezione sia decisa in via definitiva.

Il fatto, poi, che la possibilità di ottenere la sospensione sia collegata alla sola valutazione della ragionevole possibilità che il ricorso per Cassazione possa essere accolto (come appunto sembra ricavarsi dalle disposizioni in esame e dalle prime applicazioni che ne sono state fatte) rischia di contribuire a rendere non effettivo questo rimedio, proprio in quanto la valutazione della tenuta del provvedimento impugnato a fronte dei motivi di impugnazione in sede di legittimità viene rimesso allo stesso giudice che lo ha emesso.

L'istanza di sospensione deve essere decisa dalla stessa sezione specializzata e, in concreto, potrebbe anche essere assegnata allo stesso relatore che ha emesso il provvedimento impugnato e definita con decisione assunta nella medesima composizione del Collegio che ha conosciuto il merito della domanda di protezione.

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., considerata la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che si è formata sul punto.

La Corte costituzionale, con sentenza 23 dicembre 2015, n. 460, ha infatti chiarito che l'obbligo di astensione la cui violazione comporta la nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice, presuppone che il procedimento che si svolge davanti 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».

Il procedimento di sospensione degli effetti di un provvedimento impugnato per Cassazione ha un oggetto nettamente distinto da quello attribuito alla Corte di Cassazione.

E rimesso infatti al giudice *a quo* esclusivamente di valutare la necessità di rinviare l'esecuzione del provvedimento impugnato al momento in cui diventerà definitiva la decisione assunta dalla Suprema Corte, sulla base di elementi che, pur collegati alla regolare instaurazione del giudizio di legittimità, non coincidono con il suo oggetto e, nello specifico caso della sospensiva di cui all'art. 35-*bis* co. 13, si limitano a una valutazione

probabilistica della fondatezza dell'impugnazione, sulla quale tuttavia il giudice che ha emesso il provvedimento, non ha alcun potere decisorio⁴².

Quindi, pur non essendo ravvisabile un effettivo conflitto tra l'art. 35-*bis* co. 13 e le regole che, in attuazione dei principi di cui agli artt. 24 e 111 Costituzione, assicurano la terzietà del giudice nel processo civile, resta pur sempre il fatto che la sospensione degli effetti del diniego viene fatta dipendere, solo per i giudizi di protezione internazionale, da una valutazione prognostica di possibile fondatezza dei motivi di impugnazione formulati dalla difesa contro il provvedimento emesso dalla stessa sezione, diversamente da quanto previsto dall'art. 373 c.p.c. per qualsiasi altro giudizio civile.

L'introduzione, avvenuta con l'art. 35-*bis* co. 13, di una disposizione che non assicura l'effetto sospensivo automatico anche per i gradi di impugnazione successivi al primo, che pone molti dubbi interpretativi sull'ambito di valutazione riservato al giudice e che demanda allo stesso giudice di valutare, in sostanza, la correttezza del proprio provvedimento alla luce di motivi di ricorso presentati alla Corte di Cassazione, ha posto seri interrogativi di conformità al diritto a un rimedio effettivo, nel senso indicato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, benché la norma possa dirsi formalmente conforme all'art. 46 della direttiva procedure che impone agli Stati di assicurare "quantomeno" l'effetto sospensivo automatico solo quando venga impugnata la decisione emessa all'esito della fase amministrativa.

Si deve considerare, quanto alla effettività del rimedio, che secondo la normativa italiana vigente il rigetto della domanda di protezione contro un decreto decisorio esecutivo, determina in via automatica l'irregolarità della posizione del richiedente sul territorio nazionale e comporta a suo carico l'obbligo di lasciare questo territorio, con conseguente verificarsi del presupposto per l'emissione di un ordine di espulsione.

L'art. 32 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 al comma 4 stabilisce che quando la C.T. rigetta o dichiara inammissibile la domanda di protezione internazionale, alla scadenza del termine per l'impugnazione, il richiedente asilo ha «l'obbligo di lasciare il territorio nazionale», a meno che non goda degli effetti di un permesso di soggiorno rilasciato ad altro titolo.

42. Cass., SU, 26 gennaio 2011, n. 1883 ha statuito che ai sensi dell'art. 51 n. 4 e 52 c.p.c., è possibile accogliere l'istanza di ricasazione per avere il giudice conosciuto del merito della causa in un altro grado dello stesso processo, ma ha precisato che tale ipotesi non ricorre quando gli stessi componenti del collegio delle Sezioni Unite, già investiti della decisione sul ricorso avverso il provvedimento disciplinare a carico di un magistrato, abbiano deciso sull'impugnazione del provvedimento di sospensione cautelare emesso nei confronti del medesimo incolpato, atteso che la decisione sul provvedimento cautelare attiene ad una serie autonoma sia per presupposti, sia per ambito di cognizione, sia per effetti impugnatori, per cui non è possibile affermare che si tratti di un altro grado dello stesso giudizio.

La stessa disposizione prevede inoltre che alla scadenza del termine per impugnare «si provvede ai sensi dell'art. 13 commi 4 e 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» a meno che non intervenga la sospensione di cui all'art. 35-*bis* commi 3 e 4⁴³.

Pertanto una volta che il termine per l'impugnazione sia scaduto senza che il relativo diritto sia stato esercitato l'amministrazione «provvede ai sensi dell'art. 13 commi 4 e 5 del Testo unico immigrazione», ossia emette un decreto di espulsione o con accompagnamento coattivo alla frontiera (comma 4) ovvero con assegnazione, su istanza del destinatario, di un termine per la partenza volontaria (comma 5).

Quando l'impugnazione davanti al Tribunale si conclude negativamente l'effetto che si produce è quello di cui all'art. 32 d.lgs. n. 25/2008 (salvo appunto l'ottenimento della sospensiva degli effetti della decisione emessa dal Tribunale).

Conseguentemente, alla scadenza del termine per l'impugnazione in Cassazione ovvero in caso di suo tempestivo esercizio e di rigetto dell'istanza di sospensione, la posizione del richiedente asilo diventa irregolare e l'amministrazione non può che emettere a suo carico un ordine di espulsione ai sensi dell'art. 13 Testo unico immigrazione⁴⁴.

Il fatto che il ricorrente, per effetto del meccanismo di sospensione non automatica, ma caso per caso, possa trovarsi nella condizione di essere espulso mentre è ancora pendente l'impugnazione contro il diniego della sua domanda di protezione ha portato la sezione specializzata di Milano a sollevare d'ufficio una questione preliminare interpretativa alla Corte di Giustizia⁴⁵.

In via principale il Tribunale dubita della conformità dell'art. 35-*bis* co. 13 all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sotto il profilo del diritto a un rimedio effettivo in quanto non prevede che l'impugnazione contro una decisione di diniego di una domanda di asilo ne determini in via automatica la sospensione degli effetti, anche per i gradi successivi al primo.

Sotto questo profilo viene sottolineato come il diritto ad un ricorso effettivo, anche secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia su questo tema, comprende la possibilità di esercitare il diritto di difesa, di poter contare su un processo equo con parità di armi, di ricorrere a un giudice oltre che la possibilità di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

Cardine del diritto di difesa è poi il diritto al contraddittorio inteso (anche) come diritto delle parti del processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate davanti al giudice e di discuterle, il che implica che il suo effettivo esercizio può

43. L'art. 35-*bis* co. 3 e 4 disciplinano le ipotesi in cui, in via eccezionale, la decisione negativa della C.T. non gode, se impugnata, di effetto sospensivo automatico.

44. Questo provvedimento è poi autonomamente impugnabile davanti al Giudice di pace o al Giudice ordinario, a seconda della posizione in cui si trova il richiedente, che ha facoltà di sospenderne gli effetti.

45. Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata decreto 9 maggio – 19 giugno, (R.G. 44718/2017).

essere pregiudicato se viene limitata o impedita la possibilità per l'interessato di restare sul territorio nazionale in posizione di regolarità fino al passaggio in giudicato della decisione che definisce la sua domanda di protezione.

Viene quindi sospettata di essere incompatibile con questa ampia, articolata e concreta nozione del diritto di difesa la disposizione che consente che il ricorrente in Cassazione, in caso di diniego dell'istanza di sospensione, divenga a tutti gli effetti di legge un irregolare e sia quindi esposto al concreto rischio di un rimpatrio forzato.

In una simile ipotesi non viene garantita né la possibilità di interloquire con la difesa nell'intero corso del processo, né l'eventuale utilità della sentenza, che potrebbe giungere quando ormai il destinatario si trova fuori dal territorio nazionale⁴⁶.

Ulteriore dubbio di non conformità del diritto interno alla normativa dell'Unione europea è costituito, secondo il giudice remittente, dal diritto, ricavabile dall'art. 47 secondo comma della Carta dei diritti fondamentali ad adire un giudice terzo e imparziale nelle materie che, come l'asilo, ricadono nello scopo di applicazione della Carta.

Un giudice terzo e imparziale, in generale, è quello che non ha già conosciuto del merito della controversia nelle fasi precedenti.

Questo requisito, nel sistema delineato dall'art. 35-*bis* co. 13, non sembra essere stato pienamente rispettato (a prescindere dall'esistenza di una causa di astensione secondo il codice di rito) se si accede all'interpretazione secondo cui viene demandato allo stesso giudice che ha emesso il diniego di rivalutare, sia pure sommariamente e nell'ambito di un processo di natura cautelare, la fondatezza della propria decisione alla luce dei motivi di ricorso per Cassazione.

Viene inoltre evidenziato che in tal modo non viene rispettato neppure il principio di equivalenza in quanto, solo nelle controversie in materia di asilo, senza che il legislatore abbia esplicitato la ragione di questa scelta, l'ordinamento italiano prevede che sia lo stesso giudice a riesaminare, in sede di richiesta di sospensione cautelare, sotto il profilo del *fumus boni juris* la possibile fondatezza del ricorso presentato contro la propria decisione, in contrasto con gli strumenti cautelari messi a disposizione delle parti in tutti gli altri procedimenti civili.

L'importanza della garanzia dell'effetto sospensivo collegato alla pendenza di un ulteriore grado di giudizio nelle controversie in materia di asilo è stata avvertita anche in altri ordinamenti che hanno rimesso questioni simili alla Corte di Giustizia ritenendo, evidentemente, non decisivo il fatto che l'art. 46 della direttiva procedure stabilisca in

46. Il diniego del Tribunale potrebbe essere annullato dalla Corte di cassazione per motivi di legittimità in base ai quali venga stabilito che il ricorrente doveva essere sentito nel corso della procedura di primo grado; in una simile ipotesi l'espulsione del richiedente dal territorio sarebbe obiettivamente idonea a compromettere l'utilità del rimedio.

modo chiaro soltanto la garanzia minima costituita dall'effetto sospensivo automatico in caso di impugnazione davanti al giudice del primo grado giurisdizionale.

Al momento del rinvio erano pendenti altri rinvii pregiudiziali sollevati da due Tribunali olandesi⁴⁷ che avevano chiesto alla Corte di chiarire se «il diritto dell'Unione europea, che garantisce il diritto a un ricorso effettivo, debba essere interpretato nel senso che gli ordinamenti nazionali devono attribuire un effetto sospensivo automatico alle procedure di ricorso in appello che essi prevedono avverso le decisioni che respingono le domande di asilo e che contengono un obbligo di rimpatrio, qualora l'interessato faccia valere un rischio di violazione del principio di non respingimento».

Il 24 gennaio 2018 l'Avvocato Generale Yves Bot ha presentato, in questi procedimenti riuniti, conclusioni che rivestono un indubbio interesse anche per gli interpreti delle disposizioni adottate in tema di sospensiva dal legislatore del 2017⁴⁸.

L'Avvocato Generale ha concluso chiedendo alla Corte di dichiarare che: «né le disposizioni della direttiva 2005/85, né quelle della direttiva 2008/115, né quelle della direttiva 2013/32, e neppure quelle della Carta impongono agli Stati membri di prevedere un effetto sospensivo automatico ad un ricorso in appello, proposto nell'ambito di una procedura avviata avverso un diniego di asilo contenente una decisione di rimpatrio, anche quando la persona sottoposta a tale misura invochi un rischio di violazione del principio di non respingimento».

Ha ricordato che le direttive in materia di asilo «costituiscono norme minime» e che il loro obiettivo è stabilire «un ambito di garanzie idonee ad assicurare il pieno rispetto della Convenzione di Ginevra e dei diritti fondamentali, di cui fa parte il diritto a un ricorso effettivo».

Tuttavia, a parere dell'Avvocato Generale, nessuna norma del diritto dell'Unione impone di garantire un doppio grado di giudizio per cui, se gli Stati membri adottano procedure che constano di più gradi, non per questo sono tenuti, in base alla normativa europea, ad assicurare l'effetto sospensivo automatico dopo il primo grado giurisdizionale.

Ha però anche ricordato che: «quanto all'articolo 46, paragrafo 5, della direttiva 2013/32 dispone che gli Stati membri autorizzano i richiedenti asilo a rimanere nel loro territorio sino alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del loro diritto a un ricorso effettivo contro la decisione di rigetto della loro domanda e, ove tale diritto sia stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso. Soltanto se il diritto

47. Cfr. Cause C-175/2017 e C-180/17, *X c. Belastingdienst/Toeslagen* e *X e Y c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

48. Cfr. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198742&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=820739>.

interno preveda l'esistenza di una procedura di ricorso in appello o per Cassazione e autorizzi, a tale titolo, il richiedente a rimanere nel territorio nazionale, una procedura di allontanamento non può essere avviata nei suoi confronti».

Sembra potersi ricavare da queste conclusioni che gli Stati membri dovrebbero garantire l'effetto sospensivo automatico quando l'impugnazione abbia ad oggetto un «ordine di rimpatrio» e, al contempo, l'interessato abbia avviato una procedura di impugnazione contro il diniego della domanda di asilo.

L'Avvocato Generale (al punto 45) distingue però nettamente gli ordini di rimpatrio, emessi sulla base della direttiva 2008/2015, dai dinieghi di protezione emessi sulla base della direttiva 2005/85⁴⁹ e sembra concludere in modo netto nel senso della assenza di un obbligo, per gli Stati membri, di assicurare in via automatica la sospensione del diniego di impugnazione emesso sulla base della direttiva procedure, impugnata nei gradi successivi al primo.

La questione preliminare sollevata dalla Corte italiana presenta alcune rilevanti differenze rispetto a quelle sollevate dalle Corti olandesi, in quanto il diniego di protezione, nel sistema italiano, comporta la caducazione del titolo di soggiorno temporaneo per richiesta asilo e contiene una intimazione (sia pure generica) al ricorrente di lasciare il territorio nazionale.

I giudici europei potrebbero quindi valutare, tra le altre questioni sollevate dalla sezione di Milano, se il diniego di protezione, nel sistema italiano, abbia anche caratteristiche che lo possano accomunare, in vista della verifica dell'esistenza del diritto a un ricorso effettivo, a un ordine di rimpatrio e trarre dal sistema, come ricostruito dall'Avvocato Generale nelle cause C-175/2017 e C-180/17 la necessità di prevedere, a fronte dell'impugnazione del diniego, che alla presentazione del ricorso consegua la sospensione automatica degli effetti che derivano dal rigetto della domanda di protezione.

8. L'art. 35-*bis* e il diritto a un rimedio effettivo. Riflessioni conclusive

Le prassi che si sono illustrate, almeno fino alla formazione e al consolidamento di un orientamento della Corte di Cassazione sui molti punti controversi che pongono le nuove norme procedurali, non possono essere valutate in termini di maggiore o minore correttezza, in quanto, come si è cercato di esporre, molte norme del d.l. n. 13/2017 pongono seri problemi di interpretazione e coordinamento e non sono quindi tali da fondare soluzioni univoche o inattaccabili.

49. L'Avvocato Generale fa riferimento alle direttive prima della loro rifusione ma il loro contenuto, per quanto qui di interesse, non è mutato.

I protagonisti del processo (difesa, Ministero dell'interno o Commissione territoriale, P.M. e giudice) sono in ogni caso chiamati a operare, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e prerogative, con la massima efficacia, avendo come comune finalità quella di individuare le eventuali carenze dell'istruttoria svolta nella fase amministrativa, così da colmarne le lacune e portare davanti al giudice dell'unico grado di merito, tutte le informazioni necessarie per emettere una decisione che davvero possa tenere conto di tutti gli elementi rilevanti per la domanda di protezione.

È questo lo scopo al quale dovrebbe tendere il giudizio di impugnazione, tenuto conto del principio di effettività sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 46 della direttiva procedure, norme tutte che devono guidare l'interpretazione delle disposizioni della legislazione nazionale in tema di procedura di impugnazione dei dinieghi di protezione internazionale.

La conduzione del procedimento alla luce del principio di effettività si pone allora in un'ottica molto diversa da quella ispirata dalla sola ricerca del percorso maggiormente aderente in termini formali al dettato normativo.

La specificità di ogni procedimento è data dall'inevitabile portato della singolarità della vicenda personale che ne è l'oggetto, per cui ogni volta sarà necessario individuare le specifiche necessità istruttorie, a partire da quanto acquisito nella fase amministrativa, ma anche tenendo conto di quanto lo stesso ricorrente, attraverso il confronto con il suo difensore, porta all'attenzione del giudice che a sua volta individuerà gli ambiti probatori nei quali esercitare il suo dovere di cooperazione.

Non si può tuttavia neppure ignorare il fatto che i tempi ristretti posti dal legislatore (4 mesi dalla presentazione del ricorso) e la relevantissima consistenza numerica del contenzioso che grava sulle sezioni specializzate, non consentono al giudice di compiere adempimenti processuali o istruttori dei quali non si possa individuare l'effettiva necessità e congruenza con le scelte difensive.

Un ruolo cruciale viene svolto, come si è detto, dal colloquio individuale che costituisce nella stragrande maggioranza dei casi la principale fonte di informazioni alla quale attingere per la decisione della domanda di protezione.

Il colloquio con il richiedente asilo è tuttavia una delle attività più complesse della procedura per la determinazione degli *status* di protezione internazionale, in quanto dovrebbe essere condotto da operatori (interpreti compresi) dotati di formazione specifica e della dovuta capacità tecnica di entrare in un effettivo rapporto di comunicazione con l'interessato così da raccogliere in modo completo e imparziale le informazioni necessarie

per valutare se il richiedente necessita di protezione⁵⁰ operando in modo tale da chiarire eventuali contraddizioni e colmare le lacune del racconto, evitando di condurre il colloquio con domande non adeguate e che possono compromettere definitivamente la credibilità dell'interessato e consentendo al richiedente, su cui incombe il dovere di allegazione e di cooperazione, di esprimere nel miglior modo possibile, le ragioni che stanno a base della domanda di protezione.

Non si deve quindi sottovalutare il fatto che il colloquio, e a maggior ragione la sua ripetizione, espone il ricorrente ad una forte tensione emotiva che ne può minare la capacità di esprimersi e favorire così ulteriori contraddizioni anziché superarle.

Assume allora un ruolo strategico la capacità del difensore nel valutare la qualità del colloquio svolto durante la fase amministrativa e la sua attenzione nel riesaminare gli atti della prima fase con un pieno ed effettivo confronto con il ricorrente prima della stesura del ricorso, anche allo scopo di valutare se esporre il richiedente ai rischi di un nuovo colloquio davanti al giudice (che potrebbe non avere ancora acquisito o padroneggiare le competenze tecniche per l'ottimale svolgimento dell'intervista), di insistere o meno nella scelta di avvalersi di determinati documenti già esaminati dalla C.T. e dalla stessa magari ritenuti non attendibili, ovvero di produrne altri non esaminati dall'autorità amministrativa e di allegare fatti nuovi che potrebbero anche pregiudicare, se non correttamente allegati e spiegati, la valutazione di credibilità del richiedente.

In questa prospettiva si dovrebbe valorizzare l'importanza di un contenuto altamente personalizzato del ricorso, ed attribuire all'udienza *ex art. 35-bis* co. 11 la funzione di strumento per l'acquisizione di elementi indispensabili ai fini della decisione, ogniqualvolta sia effettivamente necessario svolgere una ulteriore interlocuzione con la parte ricorrente.

È quindi auspicabile, nonostante l'approccio piuttosto formalistico recentemente suggerito dalla Corte di Cassazione con la sentenza citata sulla portata e funzione del comma 11 dell'art. 35-*bis*, che tutti i protagonisti del procedimento di protezione internazionale attuino le pur non chiare disposizioni processuali contenute nel d.l. n. 13/2017 nel senso più aderente a garantire l'esercizio del diritto a una difesa effettiva, rispettosa del modo in cui la stessa è stata in concreto esercitata, a svantaggio di interpretazioni ispirate alla mera adesione degli atti processuali al dato letterale delle disposizioni che li prevedono.

50. Si richiamano i documenti EASO e UNHCR di cui alla nota n. 25