



Il diritto dell'immigrazione

Quaderno 22

Volume a cura di: Gianluca Grasso, componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, e Matilde Betti, presidente della sezione specializzata immigrazione e diritti della persona del Tribunale di Bologna, e Luciana Sangiovanni, presidente della sezione specializzata immigrazione e diritti della persona del Tribunale di Roma

Contributo redazionale: Antonella Licheri, funzionario giudiziario della Scuola superiore della magistratura, e Ilaria Laezza, addetta all'ufficio per il processo.

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022
ISBN 9791280600288

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*



Il diritto dell'immigrazione

Quaderno 22

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

PRESENTAZIONE

SEZIONE PRIMA

PROTEZIONE INTERNAZIONALE: VALUTAZIONE DI CREDIBILITÀ ED IL CASO SPECIALE DEI MINORI

Antonio Di Muro

Individuazione dei fatti materiali ed analisi di credibilità nella
valutazione delle domande di protezione internazionale.
Indicazioni e prospettive dai documenti dell'Alto Commissariato
delle Nazioni Unite per i Rifugiati. 21

Valeria Montaruli

La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra giurisdizione e
amministrazione. 45

Ornella Fiore e Sara Reggio

L'accertamento dei fatti rilevanti nelle richieste di protezione
internazionale avanzate da minori. 73

SEZIONE SECONDA

NON RESPINGIMENTO E PROTEZIONE COMPLEMENTARE

Chiara Favilli

L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento
italiano. 105

Angela Baraldi

Il principio di non respingimento alla luce della riforma introdotta
dal d.l. 130 del 2020 e della emergenza pandemica. 121

Maria Acierno

La nuova protezione complementare. 143

Umberto L.C.G. Scotti

I rapporti fra il procedimento amministrativo e quello
giurisdizionale nella protezione internazionale e complementare. 161

Nazzarena Zorzella

Alcune criticità emerse nel primo anno di applicazione della nuova
protezione speciale. 213

Pietro Pustorino

Tutela dell'ambiente, cambiamenti climatici e diritti umani nella
recente giurisprudenza internazionale e interna. 231

Carlo De Chiara

Protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), d.lgs. n. 251/2007, conflitto a
bassa intensità e suo inquadramento nella protezione internazionale
ovvero in quella complementare: profili giurisprudenziali. 243

SEZIONE TERZA

I PROCEDIMENTI DUBLINO

Davide Strazzari

Profili problematici nell'applicazione del Regolamento Dublino alla
luce del diritto a un rimedio effettivo e dei poteri del giudice. 257

Luca Perilli

La tutela giudiziaria effettiva secondo il Regolamento Dublino III.
Profili applicativi. 295

Umberto L.C.G. Scotti

Questioni aperte in relazione all'applicazione del Regolamento Dublino. 321

SEZIONE QUARTA

PROCEDIMENTI DIVERSI: RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE E CONVALIDE DEI TRATTENIMENTI

Guido Savio

Le controversie in materia di rilascio/rinnovo dei permessi di
soggiorno per motivi familiari e il bilanciamento con i motivi
di sicurezza 369

Maurizio Veglio

Il Sindacato Giurisdizionale nei giudizi concernenti il trattenimento 379

Gli autori

Maria Acierno
presidente di sezione della Corte di cassazione

Angela Baraldi
giudice della sezione specializzata del Tribunale di Bologna

Carlo De Chiara
presidente di sezione della Corte di cassazione

Antonio Di Muro
funzionario UNHCR

Chiara Favilli
*professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso
l'Università degli Studi di Firenze*

Ornella Fiore
Avvocata del foro di Torino

Valeria Montaruli
presidente del Tribunale per i Minorenni di Potenza

Luca Perilli
giudice della sezione specializzata del Tribunale di Milano

Pietro Pustorino
professore ordinario di diritto internazionale presso la L.U.I.S.S.

Sara Reggio
funzionaria UNHCR

Guido Savio
avvocato del foro di Torino

Umberto Luigi Scotti
consigliere della Corte di cassazione

Davide Strazzari
*professore associato di diritto pubblico comparato presso Dipartimento
Sociologia e ricerca sociale Università di Trento*

Maurizio Veglio
avvocato del foro di Torino

Nazarena Zorzella
avvocato del foro di Bologna

PRESENTAZIONE

Presentazione

I contributi pubblicati in questo quaderno provengono dalle relazioni svolte ai due corsi di formazione nazionale P21042 e P22009 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura per l'ambito della protezione internazionale nel 2021 e nel 2022. Questi corsi organizzati dalla Scuola unitamente ad UNHCR sono stati caratterizzati da una peculiare offerta formativa, connessa alla specificità della materia. In primo luogo, l'impugnabilità direttamente in Cassazione dei decreti di protezione internazionale ha portato in entrambi i corsi ad una interlocuzione approfondita e proficua fra giudici di merito e di legittimità. Inoltre, la necessità formativa in ambiti geopolitici e culturali diversi dal diritto ha trovato risposta in ricchissimi contributi di esperti esterni alla giurisdizione (formatori UNHCR, accademici con cui si sono chiariti i crescenti effetti dei cambiamenti climatici sulle migrazioni e le relative necessità di protezione ecc.). Infine, il coinvolgimento nel secondo corso dell'avvocatura, del servizio immigrazione del ministero dell'interno e della commissione nazionale per il diritto di asilo, ha consentito di approfondire dai diversi punti di vista istituzionali le *criticità emerse nella applicazione pratica dei recenti mutamenti legislativi*. La novità di entrambi i corsi – che ha comportato un vivo interesse da parte dei numerosi partecipanti – risiede nella “formula” utilizzata di un confronto a più voci e a diversi livelli e nella scelta delle tematiche che sono in continua evoluzione e che richiederanno, verosimilmente e a breve, nuovi corsi di formazione, sia a livello centrale che decentrato, da parte della Scuola Superiore della Magistratura.

La maggior parte delle relazioni svolte ai corsi si è occupata degli argomenti oggi più topici nella materia ed in primo luogo le complesse ricadute processuali e sostanziali della modifica della protezione complementare operata col DL 130/20. In secondo luogo, è stata centrale – soprattutto nel primo dei due corsi citati – l'analisi della giurisprudenza sul Regolamento Dublino CE n. 604/13: in considerazione dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia proposti dalla Corte di Cassazione e da alcuni tribunali italiani in merito alla interpretazione degli artt.4 e 17 del Regolamento si è tentata una analisi ragionata dei diversi profili ed una messa a sistema delle problematiche aperte. In questo caso il corso ha costituito la prima occasione di un meditato confronto tra giudici di merito e di legittimità sulle tematiche più urgenti che si sono presentate in sede di prima applicazione di un Regolamento europeo sicuramente complesso che richiede un confronto continuo che dovrà essere sviluppato ed ampliato all'esito della prossima pronuncia in sede pregiudiziale della Corte di Giustizia. Vi sono stati inoltre interessanti approfondimenti sul tema di massima importanza della valutazione di credibilità del richiedente asilo, sulle specificità della condizione dei

minori e sul crescente impatto nella materia dei cambiamenti climatici. Non sono mancati approfondimenti sui diversi procedimenti di ricongiungimento familiare e di convalida dei trattenimenti.

L'ampiezza degli argomenti trattati, la larghissima ed attiva partecipazione dei discenti, l'autorevolezza dei relatori hanno evidenziato la necessità sempre maggiore di specializzazione dei giudici della immigrazione e della protezione internazionale. Le complessità giuridiche (solo ad esempio i rapporti col procedimento amministrativo, i rapporti fra normativa interna e dell'unione ecc.), geopolitiche e culturali (nella raccolta delle prove e specificamente della audizione del richiedente) richiedono una formazione specifica ed un aggiornamento costante. Tale esigenza è stata sempre ben presente alla Scuola Superiore della Magistratura che l'ha ritenuta una priorità nell'organizzazione dei corsi di formazione, sia a livello centrale che decentrato, e questo ha comportato che i corsi si sono succeduti anche a breve distanza tra loro e sono stati organizzati su tematiche talvolta ricorrenti.

Il numero di procedimenti trattati dalle sezioni di protezione internazionale è una percentuale rilevantissima della giurisdizione civile dei nostri tribunali. Le linee guida CSM 19/10/21 hanno rilevato – su scala nazionale – che nel periodo 2016-2020 nei tribunali distrettuali le sopravvenienze in materia di immigrazione e protezione internazionale hanno costituito il 20% delle sopravvenienze all'interno di tutta la giustizia civile. Per questo molti colleghi debbono riconvertirsi a questa materia, che rappresenta uno dei settori oggi portanti della giustizia civile, rappresentando un quinto delle cause pendenti davanti ai tribunali maggiori.

Questo ambito disciplinare si è sviluppato di recente nel nostro paese: la programmazione di corsi universitari in materia sta solo negli ultimi anni prendendo piede nell'accademia e la larghissima maggioranza dei giudici in servizio non hanno avuto formazione curricolare sul diritto della immigrazione e la protezione internazionale, costruendosela invece "on the job", grazie alla scuola, UNHCR, EASO e in occasioni formative autonomamente cercate.

La Scuola Superiore della Magistratura ha pienamente colto queste necessità formative, impegnandosi su vari fronti per offrire ai giudici strumenti adeguati allo svolgimento dei nuovi compiti loro affidati. Ha innanzitutto organizzato corsi specialistici in materia con una offerta formativa plurima e di alto livello, ma ha anche approfondito le tematiche organizzative connesse ai gravi problemi di sovraccarico delle sezioni immigrazione descritte nelle linee guida del CSM 19/10/21, con specifiche attività formative per l'ufficio del processo immigrazione.

Il grande successo avuto da entrambi i corsi P21042 e P22009 nelle valutazioni dei partecipanti è un segnale evidente del bisogno di formazione specializzata in questa area: per i giudici delle sezioni specializzate, ma anche per i giudici di

pace e per i giudici minorili in diverso modo coinvolti nell'ambito disciplinare oggetto dei corsi.

Obiettivo della Scuola Superiore della Magistratura è una formazione di qualità ed a 360° in una materia in costante espansione nelle nostre aule giudiziarie. Questo quaderno, raccogliendo i frutti migliori dei corsi, vuole mettere a disposizione di tutti i giudici uno strumento di pronta consultazione per l'approfondimento delle questioni di maggiore rilievo nella trattazione dei procedimenti di competenza delle Sezioni Specializzate Immigrazione, Protezione Internazionale e Libera Circolazione dei Cittadini U.E.

Anche attraverso questa raccolta, la Scuola Superiore della Magistratura si propone di offrire ai giudici il costante supporto formativo necessario per una giurisdizione al passo coi tempi ed in grado di rispondere alle nuove sfide poste alla giustizia dalla complessità della nostra società globalizzata e multiculturale.

Matilde Betti – Luciana Sangiovanni

SEZIONE PRIMA

PROTEZIONE INTERNAZIONALE: VALUTAZIONE DI CREDIBILITÀ ED IL CASO SPECIALE DEI MINORI

Individuazione dei fatti materiali ed analisi di credibilità nella valutazione delle domande di protezione internazionale. Indicazioni e prospettive dai documenti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Oggetto, ruolo e funzione della analisi di credibilità: le indicazioni del Manuale UNHCR. – 3. Individuazione dei fatti materiali ed analisi di credibilità: un approccio strutturato. – 4. L'analisi di credibilità e il beneficio del dubbio fra olismo, frammentazione e ricerca di approcci combinati. – 5. Gli indici di credibilità: sufficienza di dettaglio e specificità. – 6. Coerenza interna. – 7. Coerenza esterna. – 8. Plausibilità.

1. Introduzione

È percezione diffusa fra gli operatori del diritto di asilo che, nell'ambito delle procedure di valutazione delle domande di protezione internazionale, le considerazioni in merito alla credibilità delle dichiarazioni della (o del) richiedente rivestano, nella maggior parte dei casi, un peso decisivo.

La preponderante rilevanza pratica delle questioni di credibilità, colta intuitivamente dagli operatori¹, è stata negli anni confermata dalle ricerche empiriche su sistemi asilo nazionali sotto altri aspetti profondamente diversi, come quelli di Australia², Finlandia³ o Grecia⁴, come pure da studi incentrati sulla osservazione

* Le opinioni espresse nel presente articolo vanno attribuite all'autore e non riflettono necessariamente quelle dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.

¹ Si veda, ad esempio, G. NOLL, *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Leiden-Boston, 2005, p. 1: "In asylum law, this poses veritable challenges. Today, an important fraction of applications are arguably decided on the basis of evidentiary assessment rather than on legal issues".

² G. Coffey, *The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, n. 3, 2003, p. 378.

³ E. BODSTRÖM, *Asylum Decisions as Performances: Intertextuality in Internal Credibility Assessment*, in *Intern. Journ. Ref. Law*, vol. 32, n. 4, dicembre 2020, p. 623 ss.,

⁴ S. ZISAKOU, *Credibility Assessment in Asylum Claims Based on Sexual Orientation by the Greek*

delle procedure di determinazione dello status di rifugiato (RSD) sotto mandato da parte di uffici dell'UNHCR⁵.

È parimenti dato di comune percezione, confermato anch'esso da ricerche empiriche, che la diversità di approcci al tema della valutazione della credibilità sia una delle principali cause di divergenza fra i tassi di accoglimento delle domande di protezione internazionale non solo fra sistemi di asilo differenti⁶, ma anche all'interno del medesimo sistema nazionale⁷.

Tali dati pongono un problema di credibilità della valutazione di credibilità medesima⁸ e dei sistemi di asilo in quanto tali. Alcuni autori si sono perfino spinti a sospettare che la valutazione di credibilità e, con essa, il meccanismo stesso della valutazione individualizzate delle domande di asilo siano irrimediabilmente destinati a sottrarsi ad ogni sforzo di armonizzazione e razionalizzazione, in quanto inevitabilmente condizionati, nel loro funzionamento pratico, dalla soggettività delle persone a cui è affidata la valutazione⁹.

Chi scrive ritiene, al contrario, che le regole tecniche di esperienza in materia col tempo individuate dalla migliore pratica internazionale, oggi ampiamente recepite quali parametri legali dalla vigente normativa interna ed europea, possano significativamente ridurre la dimensione soggettiva ed irrazionale della valutazio-

Asylum Service: A Deep-Rooted Culture of Disbelief, in *Front. Hum. Dyn.*, 22 luglio 2021, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fhumd.2021.693308/full>.

⁵ M. KAGAN, *Is Truth in the Eye of the Beholder? Objective of the Beholder? Objective Credibility edibility Assessment in Refugee Status Determination*, in UNLV School Of Law, 2003: <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1647&context=facpub>

⁶ M. KATE, *The Provision of Protection to asylum-seekers in destination countries*, in UNHCR, Department of International Protection, *New issues in Refugee Research*, Working paper n. 114, maggio 2005: <https://www.refworld.org/pdfid/4ff167692.pdf>.

⁷ Uno studio ormai classico sulle decisioni di asilo negli Stati Uniti ha individuato nei tassi di accoglimento da parte di singoli giudici delle domande di asilo di persone con provenienza comparabile forbici comprese fra il 3% e il 96%, ed individuato l'approccio alla valutazione di credibilità quale principale area idonea a giustificare simili livelli di disparità fra le decisioni. V.J. RAMJI-NOGALES et al., *Refugee Roulette, Disparities in Asylum Adjudication*, in *Stanford Law Review*, 2007, p. 295 ss., <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=684088071004066001097109111082006109026012051033042091108127110074072026068072109121101122062000122051045124000098024065078070005049095084082028087125113018126118077007007120071004015010011117123064090103121093103007122075085094-110085125087121085123&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.

⁸ Il gioco di parole è mutuato da G. COFFEY, *The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal*, in *Int. Journ. Ref. Law*, vol. 15, n. 3, 2003, p. 377 ss.

⁹ G. NOLL, *Credibility, Reliability, and evidential assessment*, in C. Costello et al., *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, 2021, p. 682 ss.

ne di credibilità. Ciò a condizione che le stesse vengano interpretate ed applicate secondo lo spirito umanitario alla base della Convenzione di Ginevra del 1951 e con una consapevolezza multidisciplinare di base in merito ai fattori di ordine psicologico, linguistico e culturale che condizionano i processi di comunicazione fra autorità e richiedenti asilo.

Con il presente contributo si procederà dapprima a circoscrivere l'oggetto, il ruolo e la funzione della analisi di credibilità e successivamente a precisarne la collocazione nel più ampio contesto delle attività funzionali alla valutazione delle domande di protezione internazionale. L'analisi si chiuderà con una succinta ricostruzione dei parametri di credibilità offerti dalla normativa e dalle regole tecniche di esperienza, prestando particolare attenzione ai fattori distorsivi che possono alterarne il normale funzionamento.

Il presente elaborato ha quale suo punto di riferimento centrale l'attività di ricerca e il materiale di *guidance* realizzati negli anni dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), di cui lo scrivente è funzionario.

2. Oggetto, ruolo e funzione della analisi di credibilità: le indicazioni del Manuale UNHCR

Ogni indagine sulla valutazione di credibilità delle dichiarazioni dei richiedenti asilo non può che prendere le mosse dalla constatazione che essere o risultare un dichiarante credibile non è, in quanto tale, un elemento costitutivo della definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, né, per il vero, di altre forme di protezione internazionale o fondate sul diritto interno.

Come è stato osservato in letteratura¹⁰ uno dei primi riferimenti alla credibilità nel contesto del diritto internazionale dei rifugiati si rinviene in un passaggio del *Manuale sulle procedure e i criteri per la determinazione dello status di rifugiato* edito dall'UNHCR nel 1979, ed è poi sviluppato ulteriormente nella seconda versione edita nel 1992¹¹.

In tale contesto, il richiamo al concetto di credibilità è inteso dal manuale come riferito non già alla (o al) richiedente in quanto persona, ma alle sue dichiarazioni in merito ai “*fatti rilevanti*” per la determinazione dello status di

¹⁰ A. CAMUS, *Office du juge de l'asile et crédibilité du récit*, in *Revue des droits de l'Homme*, n. 18, 2020, <https://journals.openedition.org/revdh/10078#bodyftn>

¹¹ UNHCR, *Manuale sulle procedure e i criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, seconda edizione, 1992, traduzione (ufficiosa) in lingua italiana, <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Manuale-procedure-e-criteri-determinazione-status-rifugiato-compresso.pdf>. Di seguito, anche ‘*Manuale UNHCR*’ o ‘*Manuale*’.

rifugiato¹². La analisi di credibilità non è concepita infatti come un obiettivo in sé delle procedure di valutazione delle domande di asilo, bensì come uno strumento funzionale alla individuazione dei fatti concretamente utili per stimare e comprenderne i bisogni di protezione di chi chiede asilo.

Corollario importante di tale affermazione è che *“le dichiarazioni false non costituiscono di per sé una ragione per rifiutare lo status di rifugiato e l'esaminatore ha il compito di valutare tali dichiarazioni alla luce di tutte le circostanze del caso”*.

Il *Manuale* è anche chiaro nel ricollegare l'impiego della nozione di credibilità alla circostanza che, nel settore del diritto di asilo, sarebbe inappropriato esigere da chi chiede asilo la capacità di corroborare le proprie dichiarazioni fino al raggiungimento di uno standard probatorio elevato; ciò in quanto *“i casi in cui il richiedente può fornire delle prove a sostegno delle sue dichiarazioni costituiscono l'eccezione e non la regola”* e *“(n)ella maggioranza dei casi una persona che fugge da persecuzioni arriva sprovvista di tutto e spesso anche senza documenti personali”*¹³.

Il *Manuale* impiega quindi il termine di credibilità nel senso di nozione sostitutiva o attenuativa del concetto di prova come tradizionalmente inteso in altri settori del diritto, tanto è vero che al paragrafo 203, il verbo “provare” è utilizzato fra virgolette, al fine di rimarcare l'impiego in un'accezione non coincidente con quella abituale. Esso precisa, peraltro, che le agevolazioni dovute alle persone richiedenti asilo sul piano probatorio non possono spingersi fino a riconoscere come veritiere affermazioni non solo sfondate di prova, ma anche *“non coerenti con l'esposizione generale dei fatti offerta dal richiedente”*¹⁴.

Il *Manuale* è inoltre chiaro nel precisare che la valutazione di credibilità presuppone una esauriente fase di raccolta di informazioni rispetto alla quale chi ha la responsabilità della sua conduzione non può limitarsi a svolgere un ruolo passivo, dovendo invece *“cercare di guadagnarsi la fiducia del richiedente per poterlo aiutare a esporre esprimere il proprio caso con chiarezza e ad esprimere pienamente le sue opinioni e i suoi sentimenti”*¹⁵.

¹² V. UNHCR, *Manuale*, cit., par. 195: *“in ogni singolo caso i fatti rilevanti dovranno essere forniti anzitutto dallo stesso richiedente. Spetterà quindi alla persona incaricata di procedere alla determinazione dello status di rifugiato (“esaminatore”) la valutazione dei mezzi di prova e della credibilità delle dichiarazioni del richiedente”*.

¹³ Ivi, par. 196.

¹⁴ Ivi, par. 197.

¹⁵ Ivi, par. 200.

Il *Manuale* fornisce anche importanti indicazioni in merito all'attitudine mentale con la quale ci si dovrebbe accostare alle valutazioni di credibilità e, più in generale, all'accertamento dei fatti materiali delle domande di asilo, osservando che occorre “*applicare i criteri valutativi con senso di giustizia e comprensione*”, senza indulgere alla tentazione di lasciarsi influenzare “*dall'eventuale impulso personale a considerare come <<non meritevole>> il caso del richiedente*”¹⁶.

Da quanto riassunto sono già ricostruibili alcuni principi chiave che, sulla spinta dell'autorevolezza del manuale UNHCR, sono andati consolidandosi quali standard di riferimento sul piano internazionale:

- a) la analisi di credibilità non è un obiettivo in sé delle procedure di esame delle domande di asilo bensì uno strumento, funzionale ad una corretta individuazione dei *fatti rilevanti* (o, con terminologia più recente, “*materiali*”) per l'esame delle domande di protezione internazionale; le dichiarazioni false non costituiscono in sé un motivo valido per il rigetto delle domande di protezione internazionale.
- b) essa non riguarda la (o il) richiedente in quanto persona e neppure, in principio, la totalità delle sue dichiarazioni, ma le sole dichiarazioni ricollegabili agli elementi della domanda concretamente rilevanti per l'esame dei bisogni di protezione internazionale;
- c) essa presuppone una esaustiva attività istruttoria fondata sulla cooperazione fra richiedente ed autorità di valutazione, alla quale è richiesto di creare un contesto favorevole alla instaurazione di un rapporto di fiducia e di aiutare la (o il) richiedente ad esporre compiutamente il proprio caso;
- d) essa implica una valutazione incentrata su criteri obiettivi e non su percezione soggettivi o la impressione personali; criteri da applicarsi comunque senza rigidi formalismi ma piuttosto con flessibilità, in uno spirito di “*giustizia e comprensione*”.

Tali principi risultano ampiamente compatibili con la pertinente normativa della Unione europea ed interna.

Che l'analisi di credibilità riguardi le sole dichiarazioni delle (o dei) richiedenti riconducibili ad elementi “*rilevanti*” è evincibile dall'art. 4.1 della Direttiva 2011/95/UE (Direttiva Qualifiche), corrispondente nella sostanza all'art. 3, comma 1, d.lgs. 251/2007, che circoscrive rispettivamente l'onere di collaborazione di chi chiede asilo e la responsabilità statale di chi ne esamina la domanda agli elementi “*significativi*”¹⁷ della domanda stessa, ovvero a quelli “*necessari a motivar(la)*”.

¹⁶ Ivi, par. 199.

¹⁷ Ovvero, secondo il testo inglese della stessa Direttiva, ai “*relevant elements*”.

Il principio per il quale le dichiarazioni false non costituiscono un motivo a sé stante per il rigetto delle domande di protezione internazionale trova riscontro, pur con formulazione rovesciata, nel combinato disposto dell'articolo 31.8(e) e 32.2 della Direttiva Procedure, nella parte in cui si precisa che le domande contenenti dichiarazioni palesemente incoerenti o contraddittorie o palesemente false possono essere esaminate con procedura accelerata, e condurre all'esito ad una dichiarazione di manifesta infondatezza", a condizione che esse abbiano reso "*chiaramente non convincente*" l'asserzione del richiedente "*di avere diritto alla qualifica di beneficiario di protezione internazionale*".¹⁸

Il principio per il quale la analisi di credibilità non possa fare a meno di una previa attività istruttoria di carattere esaustivo, caratterizzata da uno sforzo attivo del valutatore per creare un rapporto di fiducia ed aiutare il richiedente a esporre pienamente il proprio caso trova poi rispondenza nel combinato disposto dell'art. 10.3 della Direttiva 2013/32/UE (Direttiva Procedure), corrispondente nella sostanza all'art. 8, comma 2, d.lgs. 25/2008, che subordina l'assunzione della decisione da parte dell'autorità accertante ad un previo "*congruo esame*" ("*appropriate examination*"), e del già citato art. 3.1 della Direttiva Qualifiche, nella parte in cui prescrive che le autorità statuali conducano tale esame "*in collaborazione con il richiedente*".

A tali dati normativi si aggiunge l'articolo 24 della Direttiva Procedure, che prescrive alle autorità statali un dovere di collaborazione qualificato in caso di persone richiedenti asilo che necessitino di "*garanzie procedurali particolari*", l'apprestamento in loro favore di forme di sostegno adeguato, affinché siano concretamente poste, per tutta la durata della procedura di asilo, nelle condizioni di "*godere dei diritti e di adempiere gli obblighi*" che la stessa implica.

¹⁸ Il fatto che tale ultimo inciso non sia stato espressamente riprodotto nella corrispondente previsione di cui all'art. 28-ter, comma 1, lett. c), d.lgs. 25/2008, in ossequio al principio della interpretazione conforme, non può evidentemente intendersi come decisione del legislatore italiano di disattendere la previsione eurounitaria. Per completezza si segnala che la richiamata previsione della Direttiva Procedure fa anche riferimento alla possibilità di procedura accelerata e dichiarazione di manifesta infondatezza, nei limiti suesposti, in caso di dichiarazioni "evidentemente improbabili". Tale parte della norma non riprodotta nella legislazione interna (che, in tale parte, segue legittimante un criterio più favorevole, nel senso di cui all'art. 5 della stessa Direttiva Procedure) è oggetto di critica da parte di UNHCR, che al riguardo ha osservato: "*the fact that an applicant has made "improbable representations" does not necessarily imply that his/her claim is clearly abusive, fraudulent or unfounded*". Cfr. UNHCR, *UNHCR Comments on the European Commission's Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection status (Recast) COM (2011) 319 final*, gennaio 2012, p. 26, <https://www.unhcr.org/4f35256c9.pdf>.

A tale riguardo si segnala, quale buona pratica di diritto interno, che il vigente “*Codice di Condotta*”¹⁹ dalla Commissione Nazionale per il diritto di Asilo, approvato dalla stessa per sé e per le Commissioni Territoriali sulla base dell’art. 5, comma 1-ter, d.lgs. 25/2008, configura il *dovere di collaborazione* in termini ancora più penetranti, prevedendo espressamente, all’art. 2.6 che il personale addetto alla valutazione di domande di protezione internazionale debba predisporre “*quanto necessario affinché il richiedente si senta a proprio agio favorendo una partecipazione attiva alla procedura*”.

Il principio per il quale chi esamina le domande di asilo deve rifuggire da valutazioni prettamente soggettive si ricava, con altrettanta chiarezza, dall’art. 10.3, lett. a) della Direttiva Procedure, corrispondente all’art. 8.2 del d.lgs. 25/2008, nella parte in cui prescrive un esame “*individuale, obiettivo ed imparziale*”.

Quanto alla esigenza che l’attitudine delle autorità di valutazione si conformi ad uno spirito di “*giustizia e comprensione*”, è ricavabile dall’obbligo posto dall’art. 4.3 della Direttiva Qualifiche, corrispondente nella sostanza all’art. 3, comma 3, d.lgs. 251/2007, di tenere conto da un lato di “*tutti i fatti pertinenti che riguardano il paese di origine*” e dall’altro “*della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare l’estrazione, il sesso e l’età*”.

In termini più espliciti, l’art. 15, comma 1 del d.lgs. 25/2008 aggiunge che i corsi di formazione per i componenti della Commissione Nazionale e delle Commissioni territoriali siano anche volti a garantire che essi abbiano “*la necessaria competenza perché il colloquio si svolga con la dovuta attenzione al contesto personale o generale in cui nasce la domanda, l’origine culturale o la vulnerabilità del richiedente*”.

3. Individuazione dei fatti materiali ed analisi di credibilità: un approccio strutturato

Un aspetto importante che, all’epoca di redazione del *Manuale UNHCR*, non era ancora emerso con chiarezza nella pratica era l’importanza dell’adozione, da parte delle persone chiamate a valutare le domande di asilo, oltre che di principi e valori condivisi, anche di un metodo chiaro e parimenti condiviso.

¹⁹ Commissione Nazionale per il diritto di asilo, *Codice di Condotta per i presidenti e i componenti delle Commissioni Territoriali per il riconoscimento della Protezione Internazionale e della Commissione Nazionale per il Diritto d’Asilo, nonché per gli interpreti, per il personale di supporto e per tutti gli altri soggetti che prestano le proprie attività, anche a titolo gratuito o occasionale, presso le medesime Commissioni, adottato il 15.11.2016*, https://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ita_1.pdf. La elaborazione del *Codice* è avvenuta in collaborazione con l’UNHCR.

Una delle prime e più autorevoli espressioni di tale consapevolezza è fornita, nel contesto del sistema europeo comune dell'asilo, dalla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *M. M. del 2012*, nella quale si evidenzia la necessità che le autorità di valutazione procedano dapprima ad un compiuto “*accertamento delle circostanze di fatto che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda*” e solo in un momento logicamente successivo alla “*valutazione giuridica di tali elementi*”, ovvero sia a stabilire se le circostanze di fatto così accertate diano luogo o meno al diritto di ricevere protezione internazionale²⁰.

Dal 2013 in poi si è affermata, in ambito europeo, una crescente consapevolezza della importanza di una metodologia chiara per la valutazione delle domande di asilo; ciò anche grazie al “*Credo Project*”: un ampio progetto di studio ed elaborazione di strumenti pratici per una analisi di credibilità più giusta ed obiettiva finanziato dall'Unione europea ed al quale hanno partecipato l'UNHCR, la IARLJ – *International Association of Refugee Law Judges* (oggi IARMJ, *International Association of Refugee and Migration Judges*) e la organizzazione di tutela dei diritti umani *Hungarian Helsinki Committee*.

Dai prodotti realizzati nell'ambito di tale progetto dalle rispettive organizzazioni dal 2013 in poi²¹ emerge, con qualche diversità di accenti, la nozione di “*approccio strutturato*”, quale requisito essenziale di una corretta valutazione delle domande di asilo. Secondo tale approccio, la sede propria dell'analisi di credibilità è esclusivamente la fase della dell'accertamento dei fatti (“*past and present facts*”, precisa il *Manuale Training* dell'Hungarian Helsinki Committee), e mai quella, logicamente distinta e successiva, della valutazione del rischio futuro²².

Elaborazioni posteriori hanno messo meglio in luce la ulteriore necessità di distinguere, all'interno della fase di individuazione dei “*past and present facts*” fra il momento della *descrizione* delle pertinenti informazioni, così come fornite dalla (o dal) richiedente o derivanti da altre fonti, e l'analisi della loro “*credibilità*” (o “*attendibilità*”).

²⁰ CJEU, *M. M c. Minister for Justice, Equality and Law Reform (Ireland)*, C-277/11, sent. del 22 novembre 2012, par. 64, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=130241&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13546>.

²¹ V. IARLJ, *A Structured Approach to the Decision Making Process in Refugee and other International Protection Claims*, 2017, https://www.iarmj.org/iarlj-documents/2017_publications/IARLJ_guide-chartCOIJul17.pdf; l'Hungarian Helsinki Committee, *Credibility Assessment in Asylum Procedure, A multidisciplinary Training Manual*, Maggio 2013, <https://helsinki.hu/wp-content/uploads/Credibility-Assessment-in-Asylum-Procedures-CREDO-manual.pdf>; UNHCR, *Beyond proof: Credibility assessment in EU asylum system*, 2013, <https://www.unhcr.org/protection/operations/51a8a08a9/full-report-beyond-proof-credibility-assessment-eu-asylum-systems.html>.

²² V. HUNGARIAN Helsinki Committee, cit., p. 38.

Nelle operazioni di determinazione dello status di rifugiato (RSD) sotto proprio mandato, UNHCR fa uso di un *Assessment Form* per guidare i propri funzionari alla redazione di una proposta di decisione equa e ben argomentata. La versione più aggiornata dell'*Assessment Form*²³, allineandosi alle elaborazioni di cui sopra, chiede di procedere secondo cadenze logiche ben definite, articolate come capitoli o sezioni separate.

Innanzitutto, occorre procedere al riassunto, in termini neutrali e senza alcun dato valutativo o ricavabile da altre fonti, delle ragioni fornite direttamente dalla (o dal) richiedente per la partenza dal proprio paese di origine e per la sua indisponibilità a farvi ritorno²⁴.

Successivamente, si dovrà procedere alla individuazione degli “*elementi materiali*”, da intendersi non come informazioni specifiche, bensì come argomenti o temi pertinenti per l’esame della domanda, quali ad esempio la identità della (o del) richiedente, le sue attività ed esperienze passate, o la sua situazione presente²⁵.

Per ciascun elemento materiale, è quindi richiesto di indicare le informazioni ad essi ascrivibili raccolte durante l’attività istruttoria, sia che esse siano state fornite dalla o dalla richiedente, sia che derivino da altre fonti²⁶, per poi procedere in modo argomentato alla loro analisi di credibilità/attendibilità, e, all’esito, alla esatta indicazione dei relativi “*fatti materiali*”²⁷, ossia delle sole informazioni che, a seguito di tale analisi, possono essere accettate.

²³ UNHCR, *Assessment Form*, allegato IV a UNHCR, *Procedural Standards for Refugee Status determination under UNHCR’s mandate*, agosto 2020, p. 208 ss., <https://www.unhcr.org/4317223c9.pdf>.

²⁴ UNHCR, *Assessment Form*, cit., sez. I-1.

²⁵ UNHCR, *Assess Form*, cit., sez. II-1. L'*Assessment Form* segnala che, per tutte le domande di asilo, l’identità della o del richiedente va sempre indicata come primo degli elementi materiali.

²⁶ Informazioni sulla specifica posizione della persona richiedente asilo possono rinvenire, oltre che dalle dichiarazioni della stessa, da fonti di varia natura, come documenti di identità, dichiarazioni di terzi, articoli di stampa, relazioni mediche, sociali o psicologiche, comunicati di organizzazioni non governative, UNHCR o altre agenzie delle Nazioni Unite, autorità del sistema asilo di altri paesi, feedback di organizzazioni antitratte nell’ambito di procedure di *referral*, documentazione di polizia, amministrativa o giudiziaria. Tale materiale può, a seconda dei casi, essere esibito da chi chiede asilo, oppure pervenire direttamente dalla fonte informativa, eventualmente su sollecitazione dell’autorità di valutazione. Mentre, in linea di principio, acquisire anche d’ufficio da fonti terze informazioni utili alla valutazione della domanda di protezione internazionale è coerente con i doveri di collaborazione e di esame approfondito, tale attività istruttoria presuppone spesso il consenso informato e l’osservanza di cautele idonee ad evitare pregiudizi ai diritti fondamentali della persona interessata (o delle persone interessate, come nel caso di confronto di dichiarazioni di più richiedenti di un unico nucleo familiare). Appare altresì utile rammentare che, ai sensi dell’art. 25, comma 1, d.lgs. 25/2008, che recepisce ed estende l’art. 30.3, Direttiva Procedure, non è consentito l’ottenimento di informazioni da parte dei presunti responsabili della persecuzione (o del danno grave).

²⁷ *Ibidem*.

Solo a questo punto, e su tali basi, si potrà procedere all'analisi legale, organizzata attorno alla verifica della individuazione della esistenza di un “*fondato timore*”²⁸, della sua riconducibilità alla nozione di *persecuzione*²⁹ e, dunque, a una o più delle *ragioni di persecuzione* previste nella Convenzione di Ginevra del 1951³⁰, alla valutazione in merito alla esistenza o meno di una *alternativa di fuga o ricollocamento interno* rilevante e non irragionevole³¹, e quindi a una conclusione espressa in merito alla sussistenza o meno dei requisiti per l'inclusione nella definizione di rifugiato ai sensi dell'art. 1A della Convenzione di Ginevra³² o nella cosiddetta *definizione di rifugiato estesa*³³.

Vantaggio essenziale dei metodi fondati su un approccio strutturato e degli strumenti pratici che lo recepiscono è quello di richiamare l'attenzione della valutatrice o del valutatore sulla necessità di esercitare autodisciplina per evitare contaminazioni fra attività logicamente successive e distinte, che potrebbero portare, ad esempio, ad una affrettata prevalutazione di credibilità idonea a distorcere la ricostruzione stessa delle dichiarazioni di chi chiede asilo, oppure, al momento della determinazione dei rischi del rimpatrio, alla impropria svalutazione della importanza di fatti materiali già stabiliti a causa di una surrettizia rimessione in discussione della loro credibilità.

4. L'analisi di credibilità e il beneficio del dubbio fra olismo, frammentazione e ricerca di approcci combinati

Il *Manuale UNHCR*, pur dichiarando che “*un esame approfondito dei vari metodi di accertamento dei fatti andrebbe oltre i limiti*” che esso si pone³⁴, accenna

²⁸ Ovvero, della ovvero della ragionevole possibilità che il rientro della o del richiedente nel paese di origine sia causa di danno. V. UNHCR, *Assessment Form*, cit., sez. III-1.

²⁹ UNHCR, *Assessment Form*, cit., sez. III-2.

³⁰ UNHCR, *Assessment Form*, cit., sez. III-3.

³¹ UNHCR, *Assessment Form*, cit., sez. III-4.

³² UNHCR, *Assessment Form*, cit., sez. III-5.

³³ UNHCR, *Assessment Form*, cit., Parte IV. La definizione di rifugiato estesa applicata da UNHCR sotto proprio mandato si ispira all'articolo I.2 della Convenzione sugli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa del 1969 e alla raccomandazione II.3 della Dichiarazione di Cartagena e riguarda quelle persone che, pur non rientrando nella definizione di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951, si trovano fuori dal paese di loro nazionalità o, se apolidi, di residenza abituale, e non possono ritornarvi a causa di “*serious threats to life, physical integrity or freedom resulting from indiscriminate violence or other events seriously disturbing public order*”. Le parti successive dell'*Assessment Form* riguardano l'analisi di eventuali elementi rilevanti ai fini delle valutazioni di esclusione (parte V), e quindi le raccomandazioni conclusive (parte VI).

³⁴ UNHCR, *Manuale*, cit., par. 200.

a taluni indici di credibilità, affermando che le dichiarazioni del richiedente, per risultare credibili, dovrebbero “*essere coerenti e plausibili, e non in contrasto con i fatti generalmente noti*”³⁵.

La enunciazione di tali indici è collocata nel paragrafo del *Manuale* che introduce il concetto di “*beneficio del dubbio*”, che consentirebbe di concludere per la credibilità degli elementi non compiutamente assistiti da riscontri quando, una volta raccolti e vagliati tutti gli elementi gli elementi di prova, l’esaminatore sia persuaso della “*credibilità complessiva del richiedente*”³⁶.

Un documento di UNHCR del 1998, la *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, si esprime in termini analoghi, ribadendo che nel valutare la complessiva credibilità della domanda della (o del) richiedente, l’autorità di valutazione dovrebbe tenere conto di fattori quali la ragionevolezza dei fatti allegati, la coerenza complessiva della storia della o del richiedente, il materiale probatorio prodotto, nonché della coerenza con i dati di conoscenza comune e con la situazione nota nel paese di origine³⁷.

Anche in questo documento, gli indici di credibilità vengono presentati in stretta associazione al concetto di beneficio del dubbio, trattato nel paragrafo immediatamente successivo, in merito al quale si osserva che quando anche laddove non si sia persuasi della veridicità di tutte le affermazioni della (o del) richiedente, la valutazione della relativa domanda non dovrebbe riceverne pregiudizio se la sua storia è “*nel complesso coerente e plausibile*”³⁸.

I documenti UNHCR precedenti gli anni 2000 configuravano, dunque, la analisi di credibilità come attività di tipo olistico, ovvero da compiersi tenendo conto dell’intero complesso delle dichiarazioni rese, ed imperniata su essenzialmente tre criteri: la *coerenza interna* al tessuto narrativo della o del richiedente, la *coerenza esterna*, ovvero con le COI e con l’ulteriore materiale istruttorio disponibile, e la *plausibilità* intesa quale ragionevolezza dei fatti allegati.

Negli anni successivi, in un contesto di più generale maturazione della riflessione scientifica e pratica sui temi in argomento, la posizione di UNHCR è andata incontro ad una evoluzione, in relazione sia alla conduzione, olistica o per argomenti separati, dell’analisi di credibilità, sia alla identificazione degli indici per l’analisi di credibilità. Anche per tale evoluzione, la partecipazione del *Credo*

³⁵ UNHCR, *Manuale*, cit., par. 204.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ UNHCR, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 16 dicembre 1998, par. 11, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>.

³⁸ *Ivi*, par. 12.

*Project*³⁹ e il dialogo che esso ha favorito con l'intero mondo dell'asilo in ambito europeo hanno avuto importanza decisiva. Nel proseguo di questo paragrafo ci si concentrerà sul primo di questi due aspetti, rinviando per il secondo ai paragrafi successivi.

Già nello studio *Beyond Proof* del 2013, UNHCR osservava come sia la prassi del Regno Unito, parzialmente seguita anche da altri paesi, sia il *Curriculum europeo comune dell'asilo* (EAC) convergessero nel richiedere che l'analisi di credibilità fosse compiuta separatamente per ciascun fatto materiale⁴⁰.

La impostazione dell'EAC, incentrata su di una analisi di credibilità per fatti separati, è stata poi ripresa dall'EASO (oggi EUAA) nella sua *Guida pratica sulla valutazione delle prove*: con essa, si suggerisce di sottoporre a separata analisi di credibilità ciascun singolo fatto rilevante, per individuare, di volta in volta, i fatti che possono essere accettati, i fatti che non possono essere accettati e quelli che dopo una prima disamina risultano ancora incerti. Tale residuale categoria di fatti dovrà essere quindi sottoposta ad una analisi ulteriore di tipo olistico, al fine di stabilire se, alla luce di una valutazione complessiva delle credibilità delle dichiarazioni della (o del) richiedente, ai fatti incerti possa applicarsi o meno il *beneficio del dubbio*⁴¹.

Nel contesto italiano, il rifiuto di un modello di analisi di credibilità di tipo puramente olistico è ben espresso dalla giurisprudenza più recente.

Particolarmente interessante, a tale riguardo, è la sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, n. 12645 del 20 aprile 2022, con la quale si osserva che “*il modello olistico si presterebbe facilmente a sovrapporre alla realtà dei fatti la (sola) loro narrazione*”, al contrario di un modello “*analitico-atomistico*” che invece si fonderebbe “*sulla premessa che la base della decisione sia rappresentata dai fatti e soltanto da essi*”.

Con la medesima pronuncia, la Cassazione chiarisce tuttavia che la propria preferenza per un modello analitico non deve essere intesa come invito ad una totale frammentazione della analisi di credibilità, la quale non consentirebbe di tenere debitamente conto “[*dell'insieme intrinseco delle connessioni logico-esplicative delle dichiarazioni a formare oggetto di valutazione*]”.

La Cassazione perviene dunque a proporre un modello analitico temperato, consistente in un primo esame separato di ciascun singolo fatto e di un secondo passaggio di analisi incentrato sulla rilettura “*dell'intera trama fattuale in modo*

³⁹ In merito al quale si rinvia al paragrafo precedente.

⁴⁰ UNHCR, *Beyond Proof*, cit. n. 19, p. 227 s.

⁴¹ EASO (EUAA), *Guida pratica dell'EASO: Valutazione delle Prove*, marzo 2015, par. 2.5, https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/PGEvidenceAssessment_-_IT.pdf.

complessivo e unitario”, in modo che ciascun singolo fatto trovi la sua “*collocazione e ricomposizione all’interno di un mosaico del quale il singolo indizio (id.e., la singola vicenda narrata) costituisce la singola tessera*”.

Tali indicazioni sono ribadite dalla Corte di Cassazione, sezione III, nella successiva pronuncia n. 19045 del 13 giugno 2022, in cui viene fornita una precisazione di notevole importanza pratica: il momento della rilettura delle singole dichiarazioni alla luce dell’intero tessuto narrativo non deve necessariamente condurre ad una valutazione totalmente omogenea sulla credibilità delle medesime. La Cassazione ammette infatti che un giudizio di credibilità venga circoscritto ad una parte soltanto delle dichiarazioni, il che, a seconda delle situazioni, potrebbe risultare sufficiente ai fini del riconoscimento di protezione internazionale.

Come l’EUAA e la Cassazione, anche l’UNHCR si orienta, nel suo materiale più recente, verso una logica di tipo misto, temperando approccio analitico ed elementi di valutazione olistica.

Lo strumento concettuale che UNHCR ha individuato per pervenire a un tale temperamento è la nozione, già anticipata nel paragrafo precedente, di “*elemento materiale*”, inteso non già quale singola dichiarazione o singolo fatto specifico, ma piuttosto come argomenti o temi pertinenti per l’esame della domanda. Le istruzioni diramate con la versione più aggiornata dei *Procedural Standards*⁴² e dell’*Assessment Form*⁴³ indicano infatti che l’analisi di credibilità debba essere organizzata per elementi materiali separati, ed è pertanto in base alle connessioni logiche esistenti fra le dichiarazioni riconducibili al medesimo elemento che le incertezze sui fatti dubbi devono essere sciolte, e l’eventuale applicabilità del beneficio del dubbio tenuta in debita considerazione⁴⁴.

Tale metodo indirizza chiaramente, sia pure in modo non rigorosamente vincolante, verso una conclusione di credibilità uniforme quantomeno nell’ambito di un singolo elemento materiale, riservando a casi limitati e sorretti da valide argomentazioni l’eventualità che, anche all’interno del medesimo elemento materiale, coesistano fatti accettati e fatti rigettati. L’approccio così descritto, pur riconoscendo che l’analisi di credibilità non debba necessariamente portare all’accettazione o al rifiuto in blocco di tutto il compendio delle dichiarazioni, evita in tal modo il rischio opposto di una ricostruzione artificiale, per effetto di

⁴² UNHCR, *Procedural Standards*, cit. n. 21, par. 4.3.1.

⁴³ UNHCR, *Assessment form*, cit. n. 21, sez. II-1.

⁴⁴ È comunque pratica raccomandabile quella di dare una ultima disamina di insieme a tutte le conclusioni dell’analisi di credibilità, al fine di mitigare il rischio che perfino il loro moderato frazionamento secondo elementi materiali distinti possa portare a conclusioni logicamente incompatibili.

sommatoria di aspetti accettati e rifiutati, di una vicenda completamente diversa, nel suo significato e nella sua sostanza, da quanto direttamente esposto dalla persona interessata.

5. Gli indici di credibilità: sufficienza di dettaglio e specificità

Come anticipato nel paragrafo che precede, gli indici di credibilità ricavabili dal Manuale UNHCR nella versione riedita del 1992 e dal documento UNHCR *Note on Burden and Standards of proof in Refugee Claims* del 1998 erano essenzialmente tre: la *coerenza interna*, la *coerenza esterna*, intesa come non contrasto con le fonti informative esterne alle dichiarazioni del richiedente, e la *plausibilità*. La normativa europea fa propri tali indici facendovi riferimento in modo esplicito⁴⁵.

Da circa dieci anni, il dialogo sul tema della credibilità fra UNHCR, Stati ed altri attori dell'asilo, facilitato in ambito europeo dal già più volte menzionato "*Credo Project*", ha portato alla progressiva affermazione di un ulteriore indice: il *livello di dettaglio* o, con espressione alternativa, la "*sufficienza di dettaglio e specificità*".

Nello studio comparativo *Beyond Proof* del 2013, l'UNHCR osserva che l'indice in questione è effettivamente utilizzato nella pratica dai tre Stati costituenti l'oggetto diretto dello studio, ovvero Regno Unito, Paesi Bassi e Belgio e, sulla base della esperienza osservata, descrive il contenuto concreto di questo indice in termini di verifica della corrispondenza fra "*la natura e il livello dei dettagli forniti dalla o dal richiedente*" e "*ciò che sarebbe ragionevole attendersi da parte di qualcuno che si trovi nelle circostanze personali e di contesto dedotte (di età, genere, regione di origine, istruzione e così via) e che riferisca una esperienza personale autentica*"⁴⁶.

Così ricostruita la sua portata, un ancoraggio normativo di questo indice può essere rinvenuto, pur in assenza di un riferimento testuale, nell'articolo 4.4(a) della Direttiva Qualifiche, nella parte in cui fa riferimento al compimento, da parte della (o del) richiedente, a "*sinceri sforzi per circostanziare la domanda*"⁴⁷.

⁴⁵ V. art. 4.5(c) Dir. 2011/95/UE, corrispondente nella sostanza all'art. 3, comma 5, lett. c), d.lgs. 251/2007.

⁴⁶ UNHCR, *Beyond proof*, cit., p. 138 s.

⁴⁷ La corrispondente previsione interna, ovvero l'articolo 3, comma 5, lett. a), d.lgs. 251/2007, utilizza la formulazione apparentemente più rigorosa di "*ogni ragionevole sforzo*". Il principio della interpretazione conforme esige, comunque, che ad essa sia attribuito lo stesso senso di quella utilizzata nella Direttiva Qualifiche.

Nel contesto italiano, il ricorso all'indice della *sufficienza di dettaglio* è espressamente accettato dalla giurisprudenza più recente. Esso è richiamato, ad esempio, al paragrafo 8.1 della ordinanza della Corte di Cassazione, sezione I, n. 679 del 12 gennaio 2022, nonché da copiosa giurisprudenza della sezione lavoro, la quale si esprime altresì sul fondamento razionale dell'indice in questione, individuandolo nel fatto che “*di regola il dettaglio è indicativo di una vicenda effettivamente vissuta*”⁴⁸.

Nella riflessione scientifica sull'argomento, la potenziale validità dell'indice della *sufficienza di dettaglio e specificità* non è generalmente messa in discussione in modo frontale; tuttavia, sono stati individuati molteplici fattori che, a seconda delle circostanze concrete di ogni singolo caso, possono comprometterne l'utile adozione.

In primo luogo, è stato osservato che il livello di dettaglio delle dichiarazioni della o del richiedente è, ancora più di altri aspetti delle sue dichiarazioni, fortemente influenzato dal contesto in cui si svolge l'intervista e dalla asimmetria di potere che la caratterizza, dalle tecniche adoperate nel corso della intervista stessa e, più generalmente, dalla condotta degli altri partecipanti alla comunicazione, che comprendono quantomeno un intervistatore e, di norma, un interprete.

Gli studiosi dei processi comunicativi hanno al riguardo evidenziato come i partecipanti a qualsiasi tipo di conversazione mostrino una generale tendenza ad allineare le loro pratiche comunicative a delle regole di esperienza che includono una “*massima di quantità*”, secondo cui occorrerebbe fornire all'interlocutore le informazioni necessarie nel contesto dato, ma non più di esse⁴⁹, nonché una “*massima di maniera*”, che impone di essere brevi per quanto possibile⁵⁰.

A ciò va aggiunto che lo stile espositivo dei richiedenti asilo presenta una elevata variabilità, condizionata tanto da caratteristiche individuali quanto da fattori di ordine interculturali. I *Culture studies* hanno da tempo identificato una delle “dimensioni” costitutive della variabilità fra le culture nella diversa misura in cui esse tendono a veicolare parte della comunicazione attraverso un riferimento implicito al contesto, piuttosto che mediante verbalizzazione⁵¹. Le persone

⁴⁸ In tal senso, fra le pronunce più recenti, Cass., sez. lavoro, ord. n. 13643 del 29 aprile 2022; nn. 1610-16214 del 19 maggio 2022, n. 17289 del 27 maggio 2022.

⁴⁹ J. HERLIHY et al., *What assumptions about Human Behaviour underlie asylum judgments?*, 2010, par. 4.2: <https://academic.oup.com/ijrl/article/32/4/623/6245111>.

⁵⁰ H.P. GRICE, *Logic and conversation*, in Cole et al., *Syntax and Syntactics 3: speech arts*, 1975, <https://www.ucl.ac.uk/lis/studypacks/Grice-Logic.pdf>.

⁵¹ E.T. HALL, *Beyond Culture*, 1977, p. 91.

provenienti da culture “*ad alto contesto*”⁵² sarebbero generalmente poco abituate a situazioni in cui si attende da parte loro la condivisione di informazioni ad un livello particolarmente elevato di dettaglio e avrebbero la tendenza, in particolare, a non parlare esplicitamente dei propri timori e dell’impatto degli eventi sulla loro sfera emozionale.⁵³

In considerazione di quanto sopra, non appare affatto scontato che le persone intervistate nell’ambito di una procedura di asilo siano spontaneamente in grado di cogliere la esatta *quantità* di informazioni, ovvero il *livello di dettaglio* che il valutatore si attende e che ritiene necessario ed appropriato.

In definitiva, il riferimento alla *sufficienza di dettaglio e specificità* come indice di credibilità avrà limitato valore laddove la (o il) richiedente asilo non abbia ricevuto da chi lo intervista un chiaro incoraggiamento, accompagnato da un linguaggio non verbale coerente ed illustrato anche con esempi pratici, a fornire la maggior quantità possibile di dettagli, sia in termini generali che in relazione a passaggi specifici della sua narrazione.

Va poi anche precisato che l’assunto secondo il quale una persona che ha personalmente vissuto una esperienza sarebbe generalmente in grado di descriverla con maggiore ricchezza informativa di chi non l’ha vissuta si riferisce essenzialmente alla sfera delle *memorie autobiografiche*, ovvero alle memorie relative agli eventi o episodi significativi della propria vita, e ha trovato conferme empiriche esclusivamente in merito agli specifici dettagli che hanno attratto l’attenzione della persona interessata al momento della formazione del ricordo.

Ben meno significativa risulta, dunque, l’utilità di tale criterio quando applicata a memorie di tipo *semantico*, ovvero alle conoscenze astratte o nozionistiche, non legate al ricordo di uno specifico episodio come direttamente vissuto dalla persona interessata. Ciò include anche le informazioni relative alla data precisa di fatti ed eventi che, generalmente, non fanno parte del ricordo autobiografico propriamente inteso.

Data la difficoltà di individuare il livello di dettaglio ragionevolmente esigibile da una o uno specifico richiedente alla luce della sua situazione individuale e provenienza culturale, la pratica di alcune autorità evidenzia una tendenza a riconoscere valore indicativo di non credibilità non tanto ad un basso livello di

⁵² Secondo C. K. Gorman, la maggior parte delle culture nelle diverse regioni del mondo avrebbe una tendenza alla alta contestualità, mentre una prevalente tendenza alla bassa contestualità sarebbe riscontrabile nell’area germanica o anglofona. C. K. Gorman, *Communicating across culture*, 2010, <https://www.asme.org/topics-resources/content/communicating-across-cultures>.

⁵³ J.L. SCHROEDER, *The vulnerability of asylum adjudications to subconscious cultural biases: demanding American narrative norms*, in *Boston University law review*, vol. 97, 2017, p. 334 ss.

dettaglio in quanto tale, quanto al suo contrasto con l'eventuale livello di dettaglio superiore riscontrabile in altre parti dell'esposizione⁵⁴.

Tale approccio incontra tuttavia un limite: un salto nel livello di dettaglio di una esposizione non è necessariamente ricollegabile ad una assenza di veridicità, ma può anzi essere indizio del fatto che il tema toccato è particolarmente sensibile.

Nel suo rapporto *Beyond Proof* del 2013, l'UNHCR ha osservato come sia i sentimenti di pudore, senso di colpa o vergogna, sia l'impatto del trauma sui processi di elaborazione e restituzione della memoria possono parimenti compromettere la capacità di ricordare o esporre eventi realmente vissuti al livello di dettaglio atteso dal valutatore⁵⁵. Studi scientifici hanno dimostrato come l'esposizione, da parte delle persone sopravvissute a tortura o trauma, dei propri ricordi di carattere traumatico tenda a presentarsi "*incompleta, incoerente, frammentata e cronologicamente fratturata*"⁵⁶.

Anche sotto questo profilo, una buona attività istruttoria costituisce il presupposto imprescindibile per un uso consapevole e corretto dell'indicatore della *sufficienza di dettaglio e specificità*. Esso presuppone, fra gli altri accorgimenti, che alle vittime di trauma e alle altre persone con bisogni procedurali particolari siano state date le necessarie forme di assistenza, che il valutatore abbia saputo creare e mantenere, durante l'intervista, un clima di confidenzialità e fiducia, che sappia riconoscere nel carattere frammentato di talune memorie un dato compatibile con il loro carattere traumatico piuttosto che un indice di non credibilità, e che sappia infine arrestare l'intrusività dell'indagine sugli aspetti più sensibili a quanto strettamente necessario all'adozione di una decisione argomentata.

6. Coerenza interna

La rilevanza della *coerenza interna* come indice per l'analisi di credibilità è già indicata nel *Manuale UNHCR*, e trova riscontro testuale nella normativa europea ed interna.

Nello studio *Beyond Proof* del 2013, questo indice è inteso nel senso di "*assenza di discrepanze, contraddizioni e variazioni nei fatti affermati dal richiedente*" nell'ambito delle dichiarazioni rese in forma scritta o orale, sia quando

⁵⁴ E. BODSTRÖM, *Asylum Decisions as Performances*, cit.

⁵⁵ UNHCR, *Beyond Proof*, cit., p. 144.

⁵⁶ S. PASKEY, *Telling Refugee Stories: Trauma, Credibility and the Adversarial Adjudication of Claims for Asylum*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 56, 2016, p. 488.

risultino da un'unica intervista o documento, sia quando emergono dal confronto di più interviste o documenti⁵⁷.

Una tavola rotonda di esperti convocata dall'UNHCR nel 2015 nel contesto del *Credo Project* ha evidenziato incertezze e diversità di vedute fra gli operatori circa la utilità di operare una distinzione, nell'ambito dell'applicazione di questo indice, fra dimensioni della *consistency* e della *coherence*. Si è osservato che, sebbene nella pratica di molti sistemi asilo le due dimensioni non vengano distinte, da un punto di vista prettamente scientifico esse denotano aspetti diversi, in quanto la prima espressione si riferirebbe alle contraddizioni, omissioni, aggiunte o alle variazioni nella quantità di informazione in relazione al medesimo blocco narrativo, mentre la seconda al modo in cui i vari elementi di una narrazione si combinano o contrastano fra loro⁵⁸.

Richiamandosi a materiale di *guidance* del Regno Unito, Il rapporto *Beyond Proof* dell'UNHCR individua il fondamento logico per l'utilizzo di questo indice nell'assunto per il quale chi ha fatto diretta esperienza di un evento dovrebbe essere generalmente in grado di riferirne gli aspetti centrali ("*central elements*") in un modo sostanzialmente coerente ("*broadly consistent manner*"). Ciò conduce alla raccomandazione di non fondare valutazioni negative di credibilità su incoerenze relative ad aspetti marginali⁵⁹.

Tale indicazione è coerente con ricerche di psicologia della memoria che mostrano una minore suscettibilità al decadimento e alla distorsione degli aspetti centrali di un ricordo in confronto ai suoi dati periferici⁶⁰ e, nel contesto italiano, è fatta propria anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁶¹.

⁵⁷ Per come presentato in tale sede, l'indice includerebbe anche il contrasto fra le dichiarazioni della o del richiedente e il materiale documentale prodotto direttamente da questi come prova, che secondo altre impostazioni dovrebbe invece più correttamente inquadrarsi nel concetto di "*coerenza esterna*".

⁵⁸ UNHCR, *Summary of Deliberations on Credibility Assessment in Asylum Procedures*, Expert Roundtable, 15 gennaio 2015, par. 37, <http://www.refworld.org/docid/554c9aba4.html>.

⁵⁹ UNHCR, *Beyond Proof*, cit., p. 144.

⁶⁰ J. HERLIHY et al., *Just tell what happened to you: Autobiographical memory and seeking asylum*, 2012, p. 10 ss., <http://www.csel.org.uk/assets/images/resources/herlihy-jobson-turner-2012-acp/Just-Tell-Us-pre-print.pdf>.

⁶¹ Fra le pronunce più recenti, si veda al riguardo Cass., sez. lav., ord. n. 26.446 del 29.9.2021, par. 3 e 3.1.

La osservazione della pratica evidenzia tuttavia aspetti di incertezza nell'individuazione del discrimine fra dati centrali e periferici, che a volte appare impropriamente basarsi su una valutazione dell'importanza di tali dati secondo criteri astratti e puramente logici, piuttosto che alla luce del punto di vista soggettivo della persona a cui appartengono i ricordi⁶².

Altro fraintendimento ricorrente è quello di considerare come centrale e non periferica ogni informazione comunque fornita dal richiedente in relazione ad un evento di carattere centrale.

Tale approccio sembra basarsi sull'assunto secondo cui le memorie di eventi percepiti da chi li ha vissuti come importanti abbiano carattere più stabile e siano meno inclini alle variazioni ed al decadimento di quelle relative ad episodi banali della vita quotidiana; tale assunto è stato però smentito dalle ricerche empiriche⁶³.

Anche in relazione all'indice della coerenza interna, è stato evidenziato il portato potenzialmente inquinante del contesto della intervista e delle tecniche in essa adoperate. Alcune contraddizioni potrebbero avere carattere solo apparente, ed essere l'effetto di incomprensioni o equivoci linguistici; altre, considerata l'asimmetria di potere che caratterizza le procedure di asilo, potrebbero essere artificialmente generate da domande a scelta forzata o altrimenti suggestive, come pure da un più complessivo clima di non fiducia, che induca la persona intervistata a semplificare l'esposizione delle proprie vicende o a smussarne gli

⁶² In una Conferenza tenutasi a Londra nel 2009. È stata segnalata una ricerca condotta sul campo con metodo partecipativo, da cui è emerso che lo stesso tipo di dettaglio, ovvero l'abbigliamento indossato, era percepito come periferico dalla maggior parte delle persone intervistate ma centrale da altre, fra cui un uomo che ricordava con precisione gli indumenti indossati durante una esperienza detentiva, in quanto i maglioni più pesanti servivano da protezione contro pestaggi e maltrattamenti delle guardie, e venivano regolarmente prestati da un detenuto all'altro a tale fine. REDRESS, *Meeting the needs of torture survivors in the UK*, ottobre 2019, p. 11, <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/June-Meeting-the-needs-of-torture-survivors-in-the-UK.pdf>.

⁶³ Uno studio di psicologia della memoria realizzato fra il 2001 e il 2003 su di un campione di 54 studenti universitari americani invitati, a diverse cadenze temporali, a fornire le proprie memorie autobiografiche relative ad un episodio banale della vita quotidiana ed alle circostanze in cui avevano appreso degli atti terroristici dell'11 settembre ha riscontrato, al passare del tempo, tassi simili di decadimento dei dettagli e aumento delle contraddizioni fra memorie "comuni" e memorie di speciale intensità emotiva ("*flashbulb*"), giungendo alla conclusione che ciò che le caratterizza è più una impressione soggettiva di durevolezza ed esattezza, che il possesso effettivo di tali qualità. Cfr. J.M. TALARICO et al., *Confidence, not consistency, characterizes flashbulb memories*, 2003, <https://dukespace.lib.duke.edu/dspace/handle/10161/10118>.

aspetti che potrebbero essere percepiti come implausibili da intervistatori di diversa provenienza culturale⁶⁴.

Ricerche sperimentali hanno dimostrato che alcune categorie di persone vulnerabili, quali ad esempio i minori non accompagnati⁶⁵ o le vittime di violenza sessuale⁶⁶ hanno una tendenza particolarmente marcata a modificare le risposte alla luce dei feedback ricevuti, fino al punto di dubitare della credibilità dei propri stessi ricordi.

In tutti i casi, sarebbe contrario a fondamentali criteri di equità e giusto procedimento fondare valutazioni di non credibilità su contraddizioni di cui la (o il) richiedente non sia stata preventivamente informata, e che non abbia dunque avuto l'occasione di chiarire.

A tale riguardo, i *Procedural Standards* di UNHCR prevedono che le incoerenze riscontrate fra le informazioni rese dalla (o dal) richiedente asilo debbano essere discusse nel contesto della intervista e che, per regola generale, nessuna valutazione negativa di credibilità dovrebbe essere adottata, in base a considerazioni di coerenza o a qualsiasi altro indice, su aspetti in merito ai quali i problemi di credibilità non sono stati segnalati ed illustrati alla persona interessata, privandola della possibilità di fornire le informazioni mancanti o chiarire le incoerenze.⁶⁷

7. Coerenza esterna

La coerenza esterna è descritta nello studio *Beyond Proof* in termini di compatibilità fra le dichiarazioni della (o del) richiedente e le informazioni generali e

⁶⁴ "Sometimes people give incorrect information because they do not know the 'truth', because it conveys information that is more 'truthful' than the strict 'truth', or because they anticipate a bias of mistrust. This may not necessarily be the same as lying". Così osserva M. GRIFFITHS in "Vile liars and truth distorters": *Truth, Trust, and the asylum System*, in *Anthropology Today*, vol. 28, n. 5, 2012, p. 12, <http://archive.eclass.uth.gr/eclass/modules/document/file.php/SEAD391/%CE%9C%CE%91%CE%98%CE%97%CE%9C%CE%91%208/Griffith%20AT%202012.pdf>.

⁶⁵ S. Childs et al., *Vulnerability to interrogative suggestibility from negative life events. A comparison of separated asylum-seeking youth and age-matched peers*, in *Personality and Individual Differences*, 2021, p. 173, <https://rheg.psychologyresearch.co.uk/wp-content/uploads/2022/07/Childs-et-al-2020.pdf>.

⁶⁶ S. PASKEY, *Telling Refugee Stories*, cit., p. 489.

⁶⁷ UNHCR *Procedural Standards*, cit., p. 154. Per indicazioni analoghe, v. anche EUAA (EASO), *Guida pratica dell'EASO: Valutazione delle prove*, cit., p. 11, dove si invita a verificare se "il funzionario ha concesso al richiedente l'opportunità di spiegar(e) o chiarir(e) difformità e incongruenze, posto che, in mancanza, esse "non dovrebbero essere utilizzate nell'analisi di credibilità".

specifiche disponibili⁶⁸. L'indice in questione è recepito in termini analoghi nella legislazione interna ed europea, posto che sia l'articolo 3.4(c) della Direttiva Qualifiche, sia l'articolo 3, comma 5, lett. c) d.lgs. 251/2007 fanno riferimento al criterio della "non contraddizione" fra le affermazioni della o del richiedente asilo e "le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso di cui si dispone".

Il criterio della coerenza esterna riguarda dunque il confronto delle dichiarazioni della (o del richiedente) da un lato con le COI, intese quali informazioni di carattere generale sulla situazione esistente nel paese di origine (ed ove occorra nei paesi di transito) pertinenti per l'esame della domanda, e dall'altro con eventuali informazioni più specifiche, riguardanti direttamente l'interessata o l'interessato, rinvenienti dalle dichiarazioni di terze parti o contenute in documenti di varia natura, ad esempio amministrativi, giudiziari o medici.

In tutti i casi, tale operazione presuppone come già positivamente verificata l'attendibilità (*reliability*) del materiale informativo di confronto, il che potrebbe in alcune circostanze risultare particolarmente problematico: la fonte da cui il materiale di confronto potrebbe non essere pienamente informata o aver ricevuto delle informazioni erranee, oppure avere motivi ideologici, di sicurezza, di opportunità o convenienza per offrire una rappresentazione parziale o distorta.

Per quanto riguarda le COI, la normativa esige che il loro utilizzo debba avvenire nel rispetto di taluni standard qualitativi di base, in quanto le informazioni utilizzabili devono essere *precise e aggiornate* e provenire da *varie fonti*, come EUAA, UNHCR o organizzazioni internazionali per i diritti umani pertinenti⁶⁹.

Il criterio della "non contraddizione" fra le dichiarazioni della (o del) richiedente asilo e le informazioni generali o specifiche non esige che le prime siano necessariamente corroborate dalle seconde. L'assenza di COI a supporto di una dichiarazione non avrà dunque, di norma, valore di confutazione.

Allo stesso modo, informazioni che dovessero indicare che una data pratica di persecuzione è, in un dato paese di origine, non sistematica o persino rara non dovrebbero generalmente costituire un parametro sufficientemente solido per fondarmi una analisi negativa di credibilità. Ciò che è raro o infrequente in termini generali potrebbe comunque verificarsi nelle circostanze specifiche che riguardano una singola (o singolo) richiedente⁷⁰.

⁶⁸ UNHCR, *Beyond Proof*, cit., p. 169.

⁶⁹ Art. 10.3(b) e 10.4 Dir. 2013/32/UE; Art. 8, comma 3, d.lgs. 25/2008.

⁷⁰ La relativa rarità di una forma di persecuzione, se segnalata dalle COI, potrebbe essere comunque un fattore più rilevante ai fini della diversa operazione della valutazione dei rischi, a condizione però che si tenga pienamente conto delle circostanze specifiche del richiedente e del valore indicativo delle sue precedenti esperienze di esposizione a persecuzione o danno

Una buona ricerca e un buon utilizzo delle fonti COI richiedono, inoltre, l'osservanza di complesse regole di esperienza tecnica, il cui mancato rispetto compromette significativamente l'utilità del ricorso al criterio della coerenza esterna quale utile indice di credibilità. Mentre una completa esposizione di questi aspetti esula dai limiti di questo articolo, si segnala l'utilità della consultazione, riguardo ad essi, di una Guida pratica realizzata nel 2016 dell'ufficio dell'UNHCR in Italia pubblicata⁷¹ o, in un manuale training edito dal centro ACCORD della Croce Rossa austriaca nel 2013⁷².

Un aspetto, infine, su cui è utile richiamare l'attenzione è che la conoscenza di un fenomeno, un evento o una pratica tramite la consultazione delle COI fornisce al valutatore informazioni che, indipendentemente da ogni considerazione in merito alla loro astratta esattezza, non necessariamente coincidono con il modo in cui lo stesso fenomeno, evento o pratica è percepito, conosciuto e compreso dalle persone che, nel paese di origine, li vivono direttamente⁷³.

Per quanto sia suggestivo pensare che le COI possano fornire una descrizione "oggettiva" di un fenomeno o evento, la loro consultazione, che nei limiti di tempo di una procedura di asilo sarà inevitabilmente selettiva, non potrà che offrire una visione comunque parziale e limitata, inadatta a dare conto di tutte le molteplici esperienze, percezioni e prospettive delle persone che vi hanno preso parte⁷⁴.

8. Plausibilità

La pratica internazionale ha da tempo evidenziato come il criterio della plausibilità sia, nel contesto della valutazione delle domande di protezione internazionale, l'indice la cui utilità è più discutibile, e quello che più si presta a dare spazio a valutazioni arbitrarie o puramente soggettive.

⁷¹ UNHCR, Rapp. Reg. Sud Europa, *La ricerca di informazioni sul paese di origine dei rifugiati*, 18 aprile 2016, <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Scheda-COI.pdf>.

⁷² ACCORD, *Researching Country of Origin information*, 2013, <https://www.coi-training.net/site/assets/files/1021/researching-country-of-origin-information-2013-edition-accord-coi-training-manual.pdf>.

⁷³ Ad esempio, il nome impiegato dai membri di una comunità per indicare un luogo potrebbe non coincidere con i dati risultanti dalla toponomastica ufficiale; il senso localmente attribuito ad un precetto religioso potrebbe non coincidere con quello risultante dalle indicazioni delle scritture o dei leader di tale religione.

⁷⁴ R. HAINES, *Country Information and Evidence Assessment in New Zealand*, 2011, <https://www.refugee.org.nz/Reference/Budapest.html>.

Lo studio *Beyond Proof* di UNHCR del 2013 ha individuato, nelle pratiche statali osservate, diversi esempi di valutazioni di implausibilità che risultavano basarsi su “*assunti soggettivi, congetture speculative e percezioni personali*”, piuttosto che su deduzioni ricavabili da dati obiettivi, indipendenti ed affidabili⁷⁵.

Un altro rischio connesso all'utilizzo di tale indicatore è quello che il valutatore o valutatrice, consapevolmente o meno, elevi a parametro per le valutazioni di plausibilità la propria esperienza personale o quelle di altre persone provenienti dal proprio stesso contesto geopolitico, sociale o culturale.

Un simile approccio alla valutazione di credibilità contrasterebbe apertamente con il requisito normativo per il quale le domande di asilo devono essere valutate in modo *individuale, obiettivo ed imparziale*⁷⁶ ed è stato espressamente rigettato dalla Corte di Cassazione che, con decisione recente, ha ad esempio osservato: “*il giudizio di verosimiglianza o plausibilità, ovvero anche lo stesso giudizio di ragionevolezza, non può essere eseguito comparando il racconto con ciò che è vero e ragionevole per il giudice o per il cittadino Europeo medio, o con ciò che normalmente accade in un paese Europeo, dovendo farsi piuttosto riferimento alla “plausibilità di fatti pertinenti asseriti nel contesto delle condizioni esistenti nel paese di origine e del contesto del richiedente, compresi il genere, l'età, l'istruzione e la cultura”*⁷⁷. La indicazione, pur pienamente condivisibile, è tuttavia di non agevole applicazione nella pratica: lo studio di UNHCR *Beyond Proof* segnala, a tale riguardo, che diversi *decision-maker* intervistati nel corso della ricerca avevano riferito che l'aspetto per loro più difficile della loro attività era proprio lo sforzo di calarsi in culture diverse al fine di comprendere le prospettive delle persone provenienti da esse⁷⁸.

Il rischio opposto a quello sopra rappresentato è quello, che un'autrice ha suggestivamente definito *orientalista*⁷⁹, che valutatrici e valutatori pervengano ad una visione esagerata e monolitica delle differenze culturali fra il proprio contesto e quello dei paesi di origine di chi chiede asilo, per tale via ad una rappresentazione distorta o comunque stereotipata dei comportamenti e delle dinamiche sociali in tali contesti, negando a questi ultimi la complessità e variabilità e che riscontriamo nelle nostre società.

⁷⁵ UNHCR, *Beyond Proof*, cit., p. 181 ss.

⁷⁶ Art. 10.3(a), Dir. 2013/32/UE; art. 8, comma 2, d.lgs. 25/2008.

⁷⁷ Cass., sez. Lav., ord. n. 11.910 del 12 aprile 2022. V. anche Cass, sez. I, ord. n. 6738 del 10.3.2021.

⁷⁸ UNHCR, *Beyond Proof*, cit., p. 179.

⁷⁹ S.M. AKRAM, *Orientalism Revisited in Asylum and Refugee claim*, in *Int. Journ. Ref. Law*, 2000, p. 7 ss.

Anche in considerazione delle difficoltà suesposte, l'UNHCR, aderendo alle osservazioni espresse da molti dei partecipanti alla già menzionata Tavola Rotonda di esperti del 2015, intende la nozione di implausibilità in una accezione rigorosamente ristretta, ovvero nel senso di “*affermazione di fatti o circostanze che sono scientificamente impossibili o estremamente improbabili secondo le leggi della fisica*”⁸⁰.

⁸⁰ UNHCR, *Summary of Deliberations on Credibility Assessment in Asylum Procedures*, Expert Roundtable, 15 gennaio 2015, par. 40, <http://www.refworld.org/docid/554c9aba4.html>.

La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra giurisdizione e amministrazione*

Corso P21042 – Questioni attuali in materia di asilo e immigrazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La definizione dei minori stranieri non accompagnati e il divieto di espulsione. La questione dei parenti entro il quarto grado. – 3. L'accoglienza. Questioni di competenza e applicabilità del procedimento di cui alla modifica dell'art. 403 c.c. introdotto dalla legge 21 novembre 2021, n. 206. – 4. L'identificazione del minore e l'accertamento dell'età. – 5. La figura del tutore del minore straniero non accompagnato. – 6. Indagini familiari e affidamento. – 7. L'accoglienza oltre il diciottesimo anno. – 8. Il diritto all'ascolto e all'assistenza legale. L'accesso del minore alla protezione internazionale. La competenza relativa ai minori stranieri non accompagnati nell'istituendo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. – 9. Dati relativi alle tutele volontarie. – 10. La questione dei minori ucraini – 1. Conclusioni.

Premessa

La legge 7 aprile 2017, n. 47, *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cosiddetta legge Zampa, si occupa in maniera esclusiva dei minori non accompagnati implementando (e in parte modificando) il quadro normativo di tutela che già era stato delineato e ricomposto con il d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, cosiddetto 'decreto – accoglienza', emanato in attuazione delle direttive UE 32 e 33 del 2013 recanti rispettivamente "Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale" e "Norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale".

* Ringrazio la dott.ssa Carla Garlatti per gli spunti offerti dalla sua relazione citata e dal monitoraggio da lei curato.

Entrambi gli atti normativi citati – cioè sia il d.lgs. n. 142/2015, n. 142, sia la legge 47/2017 – sono stati poi modificati, nella parte relativa ai minori non accompagnati di cui ci occupiamo in questa sede, dal decreto legislativo correttivo ed integrativo del d.lgs. 142/2015 pubblicato in Gazzetta Ufficiale: d.lgs. 22 dicembre 2017 n. 220 pubblicato sulla GU n. 12 del 16 gennaio 2018. Il d.lgs. correttivo ed integrativo interviene non solo sul d.lgs. 142/2015, ma anche sulla legge Zampa (l. 47/2017) e sul d.lgs. 25 del 2008 avente ad oggetto l'attuazione della direttiva 2005/85/CE “recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato”.

Il correttivo riveste una particolare importanza per i giudici minorili, posto che attribuisce nuove competenze al TM, al quale, peraltro, già la legge Zampa aveva riconosciuto nuove competenze, creando tuttavia alcuni significativi problemi di coordinamento o lasciando lacune che hanno dato luogo alle più varie interpretazioni, come la lacuna relativa alla mancata indicazione della AG competente ad emettere il provvedimento di attribuzione dell'età. La disposizione transitoria che recita che la norma che riconosce al TM la competenza ad emettere il decreto che attribuisce l'età si applica “in relazione agli esami socio-sanitari disposti dopo la data di entrata in vigore del presente decreto”, recepisce il conforme orientamento che si era già formato in via maggioritaria e, tuttavia, fa anche salve le diverse soluzioni che siano state adottate prima della data di entrata in vigore del presente decreto.

Per il resto, per le norme che riguardano i TM, la loro applicazione è prevista dopo 30 giorni dalla entrata in vigore (il d.lgs. 220/17 è entrato in vigore il 31 gennaio 2018). Si segnala che l'art. 2 comma 1 lettera b) oltre a richiamare gli articoli 343 e seguenti c.c., fa riferimento anche alle relative disposizioni di attuazione, ‘in quanto compatibili’, tra cui quelle di cui agli artt. 47 ss disp. att. c.c. con riferimento al registro delle tutele. Sono state apportate dalla DG.SIA presso il Ministero della Giustizia le opportune modifiche del Sigma, anche in relazione all'introduzione del registro delle tutele.

2. La definizione dei minori stranieri non accompagnati e il divieto di espulsione. La questione dei parenti entro il quarto grado

Al fine di definire il quadro normativo entro il quale ci si muove, pare opportuno in primo luogo chiarire chi sono i minori non accompagnati.

Il d.lgs. 142/15 li definisce all'art. 2 lett. e) come “straniero di età inferiore agli anni 18 che si trova per qualsiasi causa nel territorio nazionale, privo di assistenza e di rappresentanza legale”. Inoltre, l'art. 17 – la cui rubrica recita

“accoglienza di persone portatrici di esigenze particolari” – inserisce esplicitamente tra i soggetti “vulnerabili” i minori non accompagnati, che sono menzionati a parte, distinti dai minori in generale, ai quali si applicano specifiche disposizioni: l’art. 19 e l’art. 19 *bis* (quest’ultimo introdotto dalla legge 47/17). L’art. 18 contiene disposizioni relative ai minori, richiamando il principio del superiore interesse del minore con carattere di priorità, ‘in modo da assicurare condizioni di vita adeguate alla minore età, con riguardo alla protezione, al benessere ed allo sviluppo anche sociale del minore, conformemente a quanto previsto dall’articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla legge 27 maggio 1991, n. 176’.

La definizione di minori stranieri non accompagnati si trova all’art. 2 della legge 47/2017 al fine di puntualmente definire l’ambito di applicazione della legge in questione così come delimitato dall’art. 1, che fa riferimento al principio della parità di trattamento fra minori stranieri non accompagnati e minori di cittadinanza italiana o dell’Unione europea, ribadendo la qualificazione dei minori quali soggetti vulnerabili. In proposito viene osservato che la L. 47/2017 ha fatto un passo indietro in merito alla definizione¹. Infatti, la legge citata è tornata a definire questa categoria di persone vulnerabili, non più solo minori non accompagnati, bensì “minori stranieri non accompagnati”.

L’art. 2 della legge 47/17 riprende comunque sostanzialmente le precedenti definizioni di analogo contenuto, eliminando da alcune definizioni che hanno dato luogo a dubbi interpretativi². Viene peraltro superata la limitazione contenuta nell’art. 2 lett. e) d.lgs. n. 142/2015, che escludeva dal novero dei minori stranieri non accompagnati i richiedenti protezione internazionale, in pratica facendo proprio il principio della parità di trattamento e del diritto alla protezione e alla tutela di tutti i minori, indipendentemente dalla loro nazionalità ed etnia di appartenenza, così come sancito dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, in particolare dall’art. 2, e in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità.

In ambito UE, pur se non ha efficacia vincolante, si ricorda l’art. 1 comma 1 e 2 della risoluzione 97/C 221/03 del Consiglio UE 26 giugno 1997 sui mi-

¹ Cfr. la relazione tenuta a Scandicci in data 10.1.2018 dalla dottoressa Carla Garlatti, “La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra assistenza e integrazione: il ruolo del Tribunale per i Minorenni e il tutore volontario a seguito delle nuove disposizioni normative”.

² Art. 2 legge 47 del 2017: per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell’Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che e’ altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano.

nori non accompagnati, contenente la prima definizione adottata a livello UE, come cittadini di Paesi terzi inferiori ai 18 anni che giungono nel territorio degli Stati Membri non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine e fino a quando non ne assuma effettivamente la custodia un adulto per essi responsabile; parimenti si applica ai cittadini di Paesi terzi che rimangono senza accompagnamento successivamente al loro ingresso nel territorio degli Stati. La definizione di “minori non accompagnati” comunemente utilizzata in ambito UE è quella specificata nell’articolo 2 della direttiva europea 2001/55/CE: “i cittadini di Paesi terzi o gli apolidi di età inferiore ai diciotto anni che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da una persona adulta responsabile per essi in base alla legge o agli usi, finché non ne assuma effettivamente la custodia una persona per essi responsabile, ovvero i minori che sono lasciati senza accompagnamento una volta entrati nel territorio degli Stati membri”³. La Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 in tema di protezione internazionale, contiene analoga definizione nell’articolo 2, inciso l: “Il minore di 18 anni, non appartenente a una nazione dell’Unione Europea o apolide, che giunga nel territorio dello Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile in base alla normativa o alla prassi dello Stato membro interessato, e fino a quando non sia effettivamente affidato a un tale adulto; il termine include il minore che venga abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri”. In tal senso, cfr. anche l’art. 2 lettera f) d.lgs. 85/2003 (attuazione direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e alla cooperazione in ambito comunitario)

Tali definizioni hanno posto dubbi interpretativi.

In particolare, ci si chiedeva se nell’ambito di tali definizioni andassero ricompresi anche:

- i minori stranieri affidati ad un Ente pubblico con provvedimento del TM;
- i minori stranieri affidati dai loro genitori a parenti entro il quarto grado (affido per il quale l’art. 9 legge adozioni non richiede particolari formalità);

È discutibile se l’attuale definizione includa nella categoria i MSNA affidati dal TM all’Ente locale⁴. Si propende per la soluzione affermativa, trattan-

³ Cfr. la relazione tenuta a Scandicci in data 10.1.2018 dalla dottoressa Carla Garlatti, “*La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra assistenza e integrazione: il ruolo del Tribunale per i Minorenni e il tutore volontario a seguito delle nuove disposizioni normative*”, cit..

⁴ Cfr. la relazione tenuta a Scandicci in data 10.1.2018 dalla dottoressa Carla Garlatti, “*La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra assistenza e integrazione: il ruolo del Tri-*

dosi questo di un provvedimento che non incide sul potere di assistenza e di rappresentanza dei genitori o di altri adulti per loro legalmente responsabili. Quanto ai minori affidati a adulti scelti dai loro genitori e a parenti entro il 4° grado, al di là della questione pratica relativa alle difficoltà di prova del rapporto familiare, vi è ampia giurisprudenza. In particolare, si è pronunciata anche di recente la Cassazione nel senso che, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 47 del 2017 si qualifica come "minore straniero non accompagnato", ai fini dell'applicazione degli istituti di tutela apprestati dall'ordinamento, il minore che, in base ad un rapporto di affidamento intra-familiare, goda in Italia di assistenza materiale, ma sia, nello stesso tempo, privo di rappresentanza legale per l'impossibilità di riconoscere la validità in Italia di un atto di delega dell'affidamento del minore non riconosciuto nell'ordinamento di provenienza come attributivo della rappresentanza legale del minore. La condizione di minore straniero non accompagnato non può ritenersi esclusa per il fatto che il minore si trovi in Italia per motivi familiari o di studio o formazione professionale, non potendo ritenere tale categoria ristretta ai minori che accedono al territorio dello Stato italiano allo scopo di presentare domanda di asilo⁵. La questione si è recentemente posta per l'emergenza relativa ai minori ucraini, spesso giunti nel territorio italiano insieme a parenti entro il quarto grado diversi dai genitori. I tribunali per i minorenni, sulla scia anche delle disposizioni governative a tutela dei medesimi, come si argomenterà di seguito, si sono orientati per la nomina del tutore volontario anche per questi minori.

Con riferimento alla qualifica di 'straniero', il legislatore abbandona la nozione che richiama l'assenza di cittadinanza italiana e lo stato di apolide, e invece ne circoscrive l'ambito di applicazione solo ai cittadini appartenenti a Stati terzi, essendo diversa la disciplina prevista per i cittadini comunitari. Si riprende dunque la definizione di straniero contenuta nell'art. 2 lett. b) del d.lgs. n. 142/2015, che la riferisce a cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea o agli apolidi.

Va menzionato l'art. 3 della legge n. 47/2017 che, nel modificare l'art. 37 della legge n. 184/1983, stabilisce che ai minori che non sono muniti di visto di ingresso rilasciato ai sensi dell'articolo 32 della presente legge e che non sono accompagnati da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado

bunale per i Minorenni e il tutore volontario a seguito delle nuove disposizioni normative", cit.

⁵ Cfr. Cass. civ. sez. VI, 24 marzo 2022, n. 9648, conf. Cass. civ. sez. VI, 29 dicembre 2021, n. 41930 e Cass. civ. sez. VI, 29 dicembre 2021, n. 41930.

si applicano le disposizioni dell'articolo 19, comma 1-*bis*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, che fa riferimento al divieto di respingimento del minore, essendo peraltro il minore un soggetto "vulnerabile" (tale definito dall'art. 17 d.lgs. 142/15), e dalla stessa legge n. 47/2017.

Si introduce una modifica alla disciplina relativa al divieto di espulsione dei minori stranieri che, ai sensi dell'art. 19, co. 2, del d.lgs. 286/1998 (Testo unico), può essere derogato esclusivamente per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (e in tal caso, è competente il Tribunale per i minorenni).

L'art. 3 citato interviene anche sull'art. 31 comma 4 del TUI, prevedendo che l'espulsione del minore straniero, ove ne ricorrano le condizioni, sia disposta con provvedimento del TM da assumersi entro 30 giorni dalla richiesta del questore e previa valutazione concreta che esso non comporti il rischio di gravi danni per il minore stesso.

In sostanza, il TM deve operare un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza del Paese che giustificano la espulsione del minore e l'interesse del medesimo a non essere sottoposto al rischio di gravi danni. Le esigenze di garanzia del minore, quindi, prevalgono anche sulle ragioni di sicurezza interna.

3. L'accoglienza. Questioni di competenza e applicabilità del procedimento di cui alla modifica dell'art. 403 c.c. introdotto dalla legge 21 novembre 2021, n. 206

L'accoglienza è disciplinata dall'art. 5, che modifica l'art. 19 del d.lgs. 2015.

Innanzitutto, la norma citata interviene prevedendo che i MSNA siano collocati in strutture dedicate nelle quali devono essere ospitati per il tempo strettamente necessario – comunque non oltre 30 giorni – all'identificazione che deve concludersi in 10 giorni e all'eventuale accertamento dell'età.

Gli articoli 19, come modificato dalla legge 47/17, e 19 *bis*, introdotto dalla citata legge, disciplinano accoglienza e identificazione: la prima norma prevede che l'accoglienza avvenga in una struttura dedicata ai minori e disciplina l'ipotesi della mancanza temporanea di tali strutture, l'attivazione da parte del Prefetto di strutture recettive temporanee dedicate con una capacità di accoglienza non superiore a 50 minori (nelle quali però non possono essere ospitati i minori di 14 anni); durante la permanenza nella struttura di prima accoglienza è garantito un colloquio con uno psicologo dell'età evolutiva, ove necessario in presenza di un mediatore culturale, per accertare la situazione personale del minore, i motivi e le circostanze della partenza dal suo Paese di origine e del viaggio effettuato, nonché le sue aspettative future. Il sistema di accoglienza, originariamente amministrato attraverso il

fondo unico presso il Ministero delle politiche sociali, fu trasferito nel 2014 al Ministero dell'Interno, mediante una struttura di missione appositamente costituita, che ha predisposto avvisi pubblici per il FAMI (Fondo asilo migrazione e di integrazione). Ai sensi dell'art. 19 comma 2, superato il periodo anzidetto, il minore straniero non accompagnato, analogamente ai soggetti richiedenti protezione internazionale, dovrà essere collocato nel sistema SAI (ex SPRAR – SIPROIMI).

Solo nel caso di temporanea indisponibilità nelle strutture di cui ai commi 1 e 2, l'assistenza e l'accoglienza del minore sono temporaneamente assicurate dalla pubblica autorità del Comune in cui il minore si trova. Va segnalato come l'originario termine, già molto breve, di 60 giorni, previsto dall'articolo 19 d.lgs. n. 142/2015 per la permanenza dei minori in prima accoglienza, è stato dall'art. 4 della legge n. 47/2017 ridotto a 30 giorni, con una evidente sproporzione rispetto ai tempi reali di permanenza nella prima accoglienza, che non erano inferiori a otto mesi, sino ad andare oltre l'anno, spesso determinandosi rilevanti criticità, in quanto i minori erano letteralmente parcheggiati nella prima accoglienza, in assenza di una concreta progettualità.

Il sistema di accoglienza dei minori non accompagnati sta subendo importanti e positive evoluzioni, in direzione di un progressivo superamento della distinzione tra la prima e la seconda accoglienza e di un graduale inserimento di tutti i MSNA all'interno del SAI-SIPROIMI, la cui capienza deve essere commisurata alle effettive presenze dei MSNA nel territorio nazionale, nei limiti delle risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo. Nella circolare del 3 gennaio 19, infatti, il Ministero dell'Interno ha dato indicazioni in vista della progressiva chiusura dei "centri FAMI" e dei "CAS minori" e del graduale trasferimento all'interno del SIPROIMI di tutti i minori presenti in tali centri, nonché dei MSNA accolti nelle strutture dei Comuni al di fuori dei progetti SIPROIMI. I centri di accoglienza facenti parte del SIPROIMI (oggi SAI), oltre a soddisfare gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza forniti dalle strutture residenziali per minorenni e a essere autorizzati o accreditati ai sensi della normativa nazionale e regionale in materia, sono tenuti a garantire una serie di servizi volti al supporto di percorsi di inclusione sociale e che tengano conto delle esigenze specifiche dei MSNA quali: la mediazione linguistico-culturale; l'insegnamento della lingua italiana e l'inserimento scolastico e nella formazione professionale; l'orientamento e accompagnamento all'inserimento lavorativo, abitativo e sociale; l'accesso ai servizi del territorio; l'orientamento e accompagnamento legale; la tutela psico-socio-sanitaria; l'e-

rogazione di un *pocket money*⁶. Al sistema SPRAR – Siproimi è succeduto il Sistema Accoglienza Integrazione (SAI), istituito con decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, convertito in legge 18 dicembre 2020 n. 173, e costituito dalla rete degli enti locali che – per la realizzazione di progetti di accoglienza integrata – accedono, nei limiti delle risorse disponibili, al Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo.

Quanto alla procedura, il comma 5 dell’art. 19 prevede poi che l’autorità di PS debba dare immediata comunicazione della presenza di un MSNA al GT per la nomina del tutore (ora al TM) al PMM e al TM per la ratifica delle misure di accoglienza, oltre che al Ministero del lavoro e delle politiche sociali per censimento e monitoraggio.

La doppia segnalazione TM-PMM deriva dalla necessità di attivare il prima possibile la procedura per la nomina del tutore.

Nella prassi, la segnalazione perviene al PMM che l’ha ricevuta dalla Questura, il quale promuove ricorso al TM.

La segnalazione è in genere molto scarsa: poco si dice in realtà su quello che è stato fatto in concreto; non consente una piena verifica del pieno rispetto di ciò che la legge prevede.

Da un’analisi delle prassi dei vari tribunali per i minorenni⁷, operata sulle prassi dei tribunali per i minorenni di Trieste, Bari, Lecce, Taranto, Napoli, Potenza, Reggio Calabria, Palermo e Catania, si evidenzia una difformità di prassi tra gli uffici di grandi dimensioni e quelli di piccole dimensioni. In particolare, i tribunali di Palermo e di Napoli prevedono che, prima della ratifica, sia svolta l’attività istruttoria, a cura del giudice relatore, che consiste nell’assunzione di informazioni dalla questura, dal sindaco o servizio sociale del Comune ove ha sede la struttura ospitante e dal responsabile della medesima struttura, nonché attraverso l’ascolto del minore in ambito giudiziario o in ambito comunitario. Il tribunale per i minorenni di Bari dispone questa preliminare attività istruttoria con provvedimento, nel quale si affida il minore al servizio sociale e, solo a seguito dell’assunzione di tali informazioni, provvede alla ratifica delle misure di accoglienza, con incarico al servizio sociale di realizzare misure di sostegno del minore sino al raggiungimento della maggiore età. In altri tribunali (Potenza, Lecce, Reggio Calabria), la ratifica precede le suddette indagini e viene fatta sulla base della segnalazione dell’arrivo del minore per mare o del suo

⁶ Cfr. *La tutela dei minori stranieri non accompagnati*, manuale giuridico dell’operatore a cura del servizio centrale del sistema di protezione presso il Ministero dell’Interno.

⁷ Cfr. F. PRICOCO, *Per una ricognizione delle prime esperienze applicative del decreto legislativo n. 142/2015*, in *Minori e giustizia*, n. 3/2017.

collocamento in prima accoglienza. Viene successivamente effettuata una verifica istruttoria, tramite l'acquisizione di informazioni presso il servizio sociale e la comunità ospitante, che dovranno procedere all'ascolto del minore e a garantire la corretta informazione, ovvero attraverso l'ascolto dei medesimi in tribunale, anche da parte di un giudice onorario, con successiva emanazione di un provvedimento definitivo, che confermi gli interventi assunti in favore del minore. Solo alcuni tribunali per i minorenni (Bari, Catania) provvedevano alla nomina del tutore provvisorio, in attesa che il giudice tutelare provvedesse in ordine alla nomina del tutore definitivo.

In generale, si dispone l'affidamento all'ente locale con invito al servizio sociale di predisporre un programma di inserimento socio-lavorativo. Di solito avviene la ratifica delle misure assunte, compreso il collocamento in comunità, salvo che non si tratti di struttura palesemente inidonea o destinata agli adulti. Ci si chiede che valenza abbia la ratifica, posto che la legge non riconnette effetti alla mancata ratifica. Deve ritenersi, dunque, che essa rappresenti uno strumento di controllo e di *moral suasion* dell'autorità amministrativa per indurla a rispettare i requisiti di tutela previsti dalla legge⁸. Peraltro, almeno nella prima fase di entrata in vigore della legge n. 47/2017, il passaggio dalla prima alla seconda accoglienza spesso avveniva in tempi assai dilatati rispetto a quelli previsti per legge, circa un anno, e nel frattempo i minori non erano tempestivamente avviati a una chiara progettualità di vita. Come si è detto, tale criticità è in via di superamento.

A seguito dell'entrata in vigore della legge Zampa, molte critiche degli operatori del diritto e della dottrina si sono incentrate sulla frammentazione delle competenze tra giudice tutelare e tribunale per i minorenni. In particolare, la Cassazione⁹ ebbe a intervenire, in sede di regolamento di competenza, affermando la competenza del giudice tutelare del luogo in cui è presente la struttura di prima accoglienza per la nomina del tutore del minore non accompagnato sbarcato illegalmente in Italia, in osservanza del comma 1 dell'art. 19, comma 5, del d.lgs. n. 142 del 2015, mentre il tribunale per i minorenni era ritenuto competente per la fase successiva e per l'adozione. Si è osservato che il modello che ha ispirato il legislatore, analogamente a quanto previsto dall'art. 403 c.c.¹⁰ prevede un'efficacia temporalmente limitata del provvedimento della pubblica autorità, sino a quando non sia possibile provvedere in modo defi-

⁸ Cfr. la relazione di C: GARLATTI, p. 8, cit.

⁹ Cfr. Cass. civ. sez. VI, ord., 26 aprile 2017, n. 1012.

¹⁰ Resta fermo quanto si argomenterà in relazione alla non assimilabilità della ratifica delle misure di accoglienza dei MNSA alla procedimentalizzazione della convalida di cui al novellato art. 403 c.c.

nitivo alla protezione del minore, attraverso un provvedimento del tribunale per i minorenni, investito con ricorso dalla domanda del pubblico ministero minorile. Solo in caso di apertura di una procedura di abbandono, il tribunale per i minorenni ha competenza a nominare il tutore provvisorio.

Questa pronuncia è stata superata dalla rivisitazione delle competenze introdotta dal correttivo.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 26 novembre 2021, n. 220 *“Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”*, contenente all'art. 1 comma 37 una modifica relativa all'art. 403 c.c. dotata di valenza immediatamente precettiva e che, dunque, entrerà in vigore il 22 giugno 2022, nel senso di introdurre una procedimentalizzazione della convalida dei provvedimenti urgenti emessi dalla pubblica autorità, ci si è domandati se vi rientrino anche le ratifiche delle misure di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati. Sembra più corretto escluderne l'estensione, atteso che la ratifica del collocamento degli MNSA rappresenta un momento di controllo svolto dell'autorità giudiziaria sui provvedimenti di accoglienza emessi dall'autorità amministrativa, mentre la *ratio* delle misure ex art. 403 c.c. è individuabile nelle situazioni di pregiudizio che impongano l'adozione di provvedimenti urgenti di messa in sicurezza del minore. Mentre nei casi di cui all'art. 403 c.c. viene in considerazione la potenziale lesione dei diritti personalissimi del minore e dei familiari, la ratifica delle misure di accoglienza degli MNSA è esclusivamente finalizzata a verificare la correttezza dell'operato della Pubblica Amministrazione. Ferma restando la necessaria celerità dell'intervento del giudice anche in questo caso, appare comunque sproporzionata l'operatività di un meccanismo rigido quale è quello disegnato dalla nuova formulazione dell'art. 403 c.c. Milita in favore di questa lettura l'argomento testuale dato dalla formulazione dell'art. 1 comma 37 della legge n. 206/2021, che recita: *“la pubblica autorità che ha adottato il provvedimento emesso ai sensi del primo comma ne dà immediato avviso orale al pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni, nella cui circoscrizione il minore ha la sua residenza abituale”*, che presuppone la stanzialità del minore sul territorio nazionale.

4. L'identificazione del minore e l'accertamento dell'età

L'art. 19 *bis* d.lgs. – introdotto, appunto, dall'art. 5 legge 47/17 – assegna il compito della identificazione alla autorità di PS coadiuvata dal mediatore

culturale, alla presenza del tutore o del *tutore provvisorio se nominato* (il richiamo al tutore provvisorio non pare tecnicamente corretto, posto che il tutore provvisorio è nominato solo nel corso delle proceduta di adottabilità, in precedenza utilizzate da alcuni tribunali, come Bari) e solo dopo che gli è stata garantita una immediata assistenza sanitaria. L'identità di un minore straniero non accompagnato è accertata dalle autorità di pubblica sicurezza, attraverso il fotosegnalamento e il rilevamento delle impronte digitali. Le procedure di identificazione sono svolte presso la Questura (o il Commissariato) territorialmente competente in base al domicilio del minore (ovvero la sede della struttura di accoglienza in cui è stato collocato) o al luogo in cui il minore è stato rintracciato, in ogni caso solo dopo che è stata garantita al minore un'immediata assistenza umanitaria. Alla persona così identificata viene quindi assegnato un Codice Unico Identificativo (CUI), associato alla foto e alle impronte digitali inserite nelle banche dati delle autorità di pubblica sicurezza. Si delineano i seguenti passaggi:

- non appena minore è entrato in contatto o è stato segnalato alle autorità di polizia, ai servizi sociali o ad altri rappresentanti dell'ente locale o dell'autorità giudiziaria, il personale qualificato della struttura di prima accoglienza svolge, sotto la direzione dei servizi dell'ente locale competente e coadiuvato, ove possibile, da organizzazioni, enti o associazioni con comprovata e specifica esperienza nella tutela dei minori, un colloquio con il minore volto ad approfondire la sua storia personale e familiare e a far emergere ogni altro elemento utile alla sua protezione. Al colloquio è garantita la presenza di un mediatore culturale;

Se sorgono dubbi sull'età, l'accertamento viene svolto, sempre dalla autorità di PS, per prima cosa attraverso il documento anagrafico e con il coinvolgimento della autorità diplomatico-consolare, salvo che il minore dichiari che intende chiedere protezione internazionale, o dal colloquio con il minore emerga che il coinvolgimento di tale autorità è, o potrebbe essere, fonte di pregiudizio per il minore o il minore stesso dichiari di non volerlo. Solitamente peraltro vengono acquisiti al fascicolo in copia documenti di identità forniti dallo stesso minore. Il d.lgs. correttivo aggiunge poi un comma con il quale si consente alla autorità di PS di consultare il sistema informativo nazionale dei MSNA istituito presso il Ministero del lavoro, nonché le altre banche – dati pubbliche che contengono dati pertinenti secondo le modalità di accesso per esse previste.

Se permangono fondati dubbi, il PMM – cui giunge evidentemente la segnalazione da parte della Questura – “può disporre esami socio sanitari volti all'accertamento dell'età”.

Secondo la prassi giurisprudenziale, comunque, se l'esigenza di compiere l'accertamento sull'età nasce in pendenza del procedimento, poiché il PM ha

perso il potere di iniziativa, ben può procedere il tribunale, previa acquisizione delle richieste del parere del PM. Quanto alla forma attraverso cui il PMM deve dare queste disposizioni, si ritiene che debba essere emesso uno specifico provvedimento, con modalità più o meno informali, magari anche attraverso disposizioni verbali o telefoniche da recepire in un'annotazione redatta dall'autorità di pubblica sicurezza.

Gli ulteriori passaggi procedurali previsti dalla legge Zampa sono i seguenti:

- lo straniero è in ogni caso informato, con l'ausilio di un mediatore culturale, in una lingua che possa capire e in conformità al suo grado di maturità e di alfabetizzazione, del fatto che la sua età può essere determinata mediante l'ausilio di esami sociosanitari, sul tipo di esami a cui deve essere sottoposto, sui possibili risultati attesi e sulle eventuali conseguenze di tali risultati, nonché su quelle derivanti da un suo eventuale rifiuto a sottoporsi a tali esami. Tali informazioni devono essere fornite, altresì, alla persona che, anche temporaneamente, esercita i poteri tutelari nei confronti del presunto minore;

- l'accertamento sociosanitario dell'età deve essere svolto in un ambiente idoneo con un approccio multidisciplinare da professionisti, adeguatamente formati e ove necessario in presenza di un mediatore culturale, utilizzando modalità meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta, del sesso e dell'integrità fisica e psichica della persona. Non devono essere eseguiti esami sociosanitari che possono compromettere lo stato psico-fisico della persona;

- il risultato dell'accertamento sociosanitario è comunicato allo straniero in modo congruente con la sua età, con la sua maturità e con il suo livello di alfabetizzazione, in una lingua che possa comprendere, all'esercente la responsabilità genitoriale e all'autorità giudiziaria che ha disposto l'accertamento. Sulla relazione finale deve essere sempre indicato il margine di errore. Qualora, anche dopo l'accertamento, permangano dubbi sulla minore età, questa è presunta ad ogni effetto di legge;

- il provvedimento di attribuzione dell'età è notificato allo straniero e, contestualmente, all'esercente i poteri tutelari, ove nominato, e può essere impugnato in sede di reclamo. In caso di impugnazione, il giudice decide in via d'urgenza entro 10 giorni e ogni procedimento amministrativo e penale conseguente all'identificazione come maggiorenne è sospeso fino alla decisione. Il provvedimento è altresì comunicato alle Forze dell'ordine ai fini del completamento delle procedure di identificazione.

Il problema pratico maggiormente avvertito è quello delle spese, tenuto conto che la Procura capitolo di spese al riguardo. L'accordo Stato-Regioni 20.12.2012 n. 255, tuttavia, prevede la gratuità di queste prestazioni che quindi dovrebbero restare a carico dello Stato. Il Ministero della Giustizia sta lavo-

rando sulla creazione di un autonomo capitolo di spesa per le spese relative ai costi dell'accertamento dell'età.

La norma non dovrebbe riguardare i casi di minore tratto in arresto, perché qui opera l'art. 349 comma 2 c.p.p., sicché non è necessaria l'autorizzazione del PMM per gli esami. Tale norma opera in sede penale e dunque ci si deve interrogare sulla sua compatibilità con la procedura civilistico – amministrativa, che prevede alcune garanzie, come l'ascolto del minore e la possibilità di impugnazione dei provvedimenti assunti.

La Cassazione ha stabilito che nel procedimento teso all'accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato, le sue dichiarazioni alle autorità preposte non possono essere utilizzate per suffragare i dubbi sull'età effettiva, ma costituiscono il presupposto per l'attivazione del procedimento previsto quando manchi un documento anagrafico, all'esito del quale il tribunale per i minorenni deve avvalersi anche dell'accertamento sanitario che indichi il margine di errore e i conseguenti valori minimi e massimi attribuibili all'età del minore, cosicché, ove tale margine non consenta di addivenire con certezza alla determinazione dell'età, andrà applicata la regola presuntiva della minore età¹¹.

È stato riscontrato dagli operatori che al momento in cui giungono sul territorio italiano e al momento della loro identificazione, i ragazzi a volte dichiarano di essere maggiorenni, e solo successivamente rivelano la loro minore età. Altre volte dichiarano di essere minorenni, e solo successivamente rivelano la loro maggiore età. Le ragazze, soprattutto quelle che sono vittime di tratta e di prostituzione già prima o anche immediatamente dopo il loro arrivo in Italia, dichiarano frequentemente di essere maggiorenni, malgrado appaiano molto giovani. Spesso dietro le dichiarazioni di queste persone sono indotte da terzi, adulti, per ragioni diverse, ad esempio: l'ingresso nel circuito di protezione in quanto minorenni, oppure l'accesso più rapido al mondo del lavoro se maggiorenni.

È necessario tenere presente che vi deve essere una completezza di indagini, e dunque un approccio multidisciplinare. In sede di Conferenza Unificata del 9 luglio 2020, è stato sancito un accordo con cui il Governo, le Regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali si impegnano ad adottare ai fini della determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati, un protocollo multidisciplinare: in coerenza con quanto previsto nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 novembre 2016, n. 234 e nella legge 7 aprile 2017, n. 47, si è inteso definire, nell'ambito socio-sanitario, una procedura univoca e appropriata per l'accertamento dell'età dei

¹¹ Cfr. Cass. civ. sez. I, 28 febbraio 2022, n. 6535. Conf. Cass. civ. sez. I, 3 marzo 2020, n. 5936.

minori stranieri non accompagnati, da adottare a livello nazionale. Si ricordano anche, dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 142/2015, il protocollo unificato della Conferenza Stato-regioni in data 3.3.16, il protocollo Ascone e le linee guida dell'UNCHR. Sono stati approvati numerosi protocolli a livello locale (cfr. protocolli di Napoli, Torino, Palermo, Milano).

Il minore deve avere consapevolezza dell'accertamento a cui viene sottoposto, e quali sono le conseguenze se lo rifiuta. Non è naturalmente sufficiente la sola dichiarazione del minore, che può essere indotta da motivazioni utilitaristiche, ovvero ottenere la speciale protezione prevista per i minorenni, oppure, soprattutto per i minori in contatto con le organizzazioni di trafficanti, avere maggiore libertà di movimento sul territorio.

L'età biologica o fisiologica ricavabile dall'esame di caratteristiche maturative individuali, quali lo sviluppo puberale, la maturazione scheletrica, l'ecografia utero-ovarica e i dosaggi ormonali, non consente di stabilire con esattezza l'età cronologica di una persona priva di documenti. È questo un chiaro esempio della difficoltà che le scienze biologiche, il cui linguaggio è essenzialmente probabilistico, hanno nel dialogare con le scienze giuridiche, che richiedono ragionevoli certezze. Va peraltro segnalato che, gli esami attinenti allo sviluppo puberale/sessuale, sono stati considerati da alcuni esperti assolutamente inappropriati e da evitare, in quanto eccessivamente invasivi visto l'alto numero di mnsa che hanno subito violenze sessuali.

Rispetto al territorio italiano, occorre evidenziare che le prassi diffuse fino a oggi in materia di tecniche di accertamento dell'età sono molto diversificate. Nei Pronto soccorsi ospedalieri, o in altri luoghi deputati e attrezzati a svolgere questa tipologia di esami, ci si limita a una radiografia ossea del polso o della mano o dello scheletro oppure, in caso rari, a una ortopantomografia, ossia una radiografia dell'apparato dentale, utilizzando diversi metodi tra cui: Greulich-Pyle, Tanner-Whitehouse 2 (TW2) o Tanner-Whitehouse 2 (TW3)¹².

Il metodo che è stato più utilizzato in Italia negli ultimi anni, si basa sulla radiografia del polso e comporta un margine di errore che contiene una duplice variabilità: da una parte la variabilità nella maturazione ossea osservabile tra diverse persone appartenenti alla stessa popolazione che si aggira intorno a due anni, e dall'altra la variabilità nella lettura di una stessa radiografia da parte di diversi operatori esperti, che si aggira intorno ai sei mesi.

¹² Cfr. C. CASCONI, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, relazione tenuta nell'incontro di studio presso la Scuola della magistratura *Pratica del processo minorile civile e penale*, luglio 2021. Cfr. anche J. MOYERSON, *Minori non accompagnati: l'articolata ed ostica questione dell'accertamento dell'età*, in *Minori e giustizia*, n. 4/2017, 78 ss.

Ulteriori previsioni normative che vengono in rilievo, spesso con applicazione per singoli ambiti, sono in particolare le seguenti:

- l'art. 5, co. 3, del D.P.C.M. 535/1999 stabilisce che l'identità del minore è accertata dall'autorità di pubblica sicurezza, ove necessario attraverso la collaborazione delle rappresentanze diplomatico-consolari del Paese di origine del minore;

- limitatamente al procedimento penale, l'accertamento è disposto anche d'ufficio dall'autorità giudiziaria (art. 8, D.P.R. 448/1988);

- qualora vi sia incertezza riguardo alla minore età, il presunto minore può essere sottoposto ad accertamenti antropometrici e ad altri accertamenti previsti dalla legge (art. 349 c.p.p.);

- l'art. 19, co. 2 e 3, del d.lgs. 25/2008, riguardo ai minori richiedenti protezione internazionale, prevede che l'accertamento è effettuato previo consenso del minore o del suo rappresentante legale, dopo che il minore sia stato informato circa la possibilità che la sua età venga accertata attraverso visita medica non invasiva, specificando il tipo di visita e le eventuali conseguenze della stessa, e altresì che un suo eventuale rifiuto a sottoporvisi non costituisce motivo di impedimento all'accoglimento e alla valutazione della domanda di asilo;

- per quanto riguarda i minori non accompagnati vittime di tratta, l'articolo 4 del d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24 prevede che il minore debba essere informato dei suoi diritti, anche in riferimento al suo possibile accesso alla protezione internazionale, nonché rinvia ad un decreto del ministro delegato alle pari opportunità per definire la procedura attraverso cui personale specializzato procede all'identificazione e alla determinazione dell'età del minore non accompagnato, anche attraverso l'eventuale collaborazione delle autorità diplomatiche.

- il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 novembre 2016, n. 234 Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24, che prevede una procedura facente capo al giudice tutelare, che deve ritenersi superato in base al principio di gerarchia delle fonti.

Il minore deve essere avvertito che può nominare un legale e che il costo è a carico dello Stato se sussistono i presupposti (cfr art. 16 legge 47/17).

L'art. 19-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 non indicava quale autorità fosse competente ad emettere il provvedimento di attribuzione dell'età. Il comma 9 dell'art. 5 della legge 47/17 si limitava, infatti, ad indicare a chi andava notificato e comunicato il provvedimento di attribuzione dell'età e la sua reclamabilità nelle forme dell'art. 737 e seguenti del cpc.

Tale lacuna aveva dato luogo a diverse interpretazioni: una tesi sosteneva che la competenza fosse dello stesso PMM, con un'anomala attribuzione del potere di emettere provvedimenti di accertamento, fondata sul suggestivo richiamo, relativo alla reclamabilità del provvedimento, del solo articolo 737 cpc (relativo al rito camerale) piuttosto che 739 cpc (relativo reclamo in corte d'appello), formulazione che è stata emendata dal correttivo di cui al d.lg.s n. 220/2017; altra tesi sosteneva che la competenza restasse comunque della PS, ma anche in tal caso rimaneva l'anomalia di un reclamo davanti all'autorità giudiziaria; secondo altri, la competenza doveva appartenere al GT, (tesi, quest'ultima, non condivisibile trattandosi di attribuzione di competenza eccentrica rispetto a quelle proprie del GT, ma che aveva una sua ragione di essere – quanto meno sotto il profilo della coerenza normativa – posto che al GT è attribuita la competenza ad emettere il provvedimento attributivo dell'età nel caso di minori vittime di tratta (DPCM 234/16), normativa ormai superata. Alcuni tribunali per i minorenni, come quelli di Trieste e Potenza, ritenevano che la competenza spettasse al TM su ricorso del PMM e che il decreto attributivo fosse poi reclamabile avanti la corte d'appello. Tale soluzione è *prima facie* apparsa come la più razionale, in un sistema in cui, su impulso del pubblico ministero minorile, spetta al tribunale per i minorenni il compito pronunciarsi, ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 142/2015, sulla ratifica delle misure di accoglienza nel frattempo predisposte dall'autorità amministrativa.

Il correttivo elimina ora ogni dubbio attribuendo la competenza in capo al tribunale per i minorenni, mentre, quanto al reclamo, il riferimento all'articolo 737 c.p.c. è emendato richiamando correttamente l'articolo 739 c.p.c. Ci si è chiesti se il reclamo vada proposto alla corte d'appello o al tribunale per i minorenni in diversa composizione, sulla base della norma, secondo cui relativamente all'impugnativa del provvedimento di nomina del tutore e di altri provvedimenti relativi, si prevede il reclamo al tm in composizione collegiale. Tale soluzione, seppure appaia preferibile per ragioni di simmetria rispetto al comma 5 e per non creare una competenza *ad hoc* della corte d'appello solo relativamente al reclamo avverso i provvedimenti di accertamento dell'età, tuttavia contrasta con il disposto normativo, atteso che l'art. 739 c.p.c. prevede espressamente che il reclamo avverso i provvedimenti del tribunale per i minorenni vada proposto alla Corte di appello.

In forza delle disposizioni transitorie del correttivo, la norma si applica “*in relazione agli esami socio-sanitari disposti dopo l'entrata in vigore del presente decreto*”. Deve ritenersi che la norma, anche data la sua natura chiarificatrice del dettato normativo, trovi applicazione se gli esami sono stati disposti prima, quando il decreto sia emesso successivamente, sicché essa comunque

legittima le ritenute competenze prima del presente decreto legislativo, in conformità al principio *tempus regit actum*.

5. La figura del tutore del minore straniero non accompagnato

L'autorità di PS deve dare immediata comunicazione al TM (precedentemente al GT) della presenza di un minore straniero non accompagnato per la nomina del tutore, che nelle more della identificazione dovrebbe, quindi, essere stato nominato.

Fintanto che non è stato nominato il tutore, le funzioni tutorie sono svolte dal responsabile della struttura di prima accoglienza, come stabilito dall'art. 6 al comma 3 della legge n. 47/2017, in relazione ai compiti relativi alla richiesta di permesso di soggiorno o di protezione internazionale, in analogia con quanto stabilito in linea generale dall'art. 3 della legge n. 184/1983. La *ratio* dell'ulteriore previsione di cui all'art 6 comma 3 citato, la si può rinvenire nella circostanza che l'art. 19 comma 6 del d.lgs. 142/15 esclude che possano essere nominati tutori "individui o organizzazioni i cui interessi sono in contrasto anche potenziale con quelli del minore": il comma 3 dell'art. 6 della legge 47/17, esclude, dunque, che ricorra un'incompatibilità nel caso specifico¹³.

L'istituto del tutore volontario è stato introdotto nel nostro ordinamento, al fine di rendere celere ed efficace la tutela del minore straniero non accompagnato. È noto, infatti, che la Commissione Ue, all'indomani dell'entrata in vigore del correttivo al decreto legislativo n. 142/2015, ha chiuso la procedura d'infrazione per violazione del diritto UE aperta nel 2013 contro l'Italia per violazione della normativa sui minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo.

È stato inizialmente introdotto l'art. 19 d.lgs. 142/15, che prevede espressamente che il tutore debba possedere le competenze necessarie per l'esercizio delle proprie funzioni, nonché svolgere i compiti in conformità al principio dell'interesse superiore del minore. La norma prevede, altresì, che non possano essere nominati tutori individui o organizzazioni i cui interessi siano in contrasto anche potenziale con quelli del minore (comma 6). È successivamente intervenuta in modo più incisivo la legge 47/17 che all'art. 11 ha previsto l'istituzione dell'albo dei tutori volontari. A seguito dell'entrata in vigore della legge Zampa, ritenuta dagli organismi europei esaustiva rispetto alle esigenze di protezione e di tutela dei minori stranieri non accompagnati, la procedura di infrazione è stata chiusa.

¹³ Così C. GARLATTI, *op. cit.*, 15.

È prevista altresì la sottoscrizione da parte di ogni ufficio di un protocollo di intesa con l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, al fine di promuovere e facilitare la nomina dei tutori volontari. Ciò consente di poter disporre di un elenco di tutori dal quale attingere per le nomine con la celerità che necessita anche in relazione alle rilevanti incombenze che sono poste a loro carico anche dalla normativa sopra ricordata e di avere tutori adeguatamente formati, nella specifica ottica della funzione che andranno a rivestire. Le procedure di reclutamento e di formazione dei tutori volontari sono attribuite alla competenza del Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza, mentre l'elenco dei tutori è formato e tenuto presso il Tribunale per i Minorenni. All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 47/2017, in ossequio all'art. 11, sono stati stipulati tra i tribunali e i garanti dei protocolli per promuovere e facilitare la nomina dei tutori volontari.

La nomina del tutore, secondo la formulazione originaria della legge n. 47/2017, rimaneva tuttavia nella competenza del Giudice tutelare e ciò avrebbe reso necessario un adeguato coordinamento con gli uffici dei giudici tutelari del distretto, al fine di individuare modalità di comunicazione tra uffici che consentissero di utilizzare al meglio l'Albo.

Il decreto legislativo correttivo del d.lgs. 142/2015, del 22 dicembre 2017, n. 220, ha eliminato la lamentata criticità: prevede, infatti, l'attribuzione al Tribunale per i Minorenni della competenza per la nomina del tutore per i minori stranieri non accompagnati.

In particolare, il decreto approvato ha specificato che "il provvedimento di nomina del tutore e gli altri provvedimenti relativi alla tutela sono emessi dal Presidente del Tribunale o da un giudice da lui delegato".

È fatto salvo, così, anche l'esercizio in forma monocratica della gestione della tutela, laddove una gestione collegiale sarebbe stata oltremodo gravosa. Da un lato si è inteso definire in modo completo il passaggio di competenze, con il richiamo degli articoli 343 e seguenti c.c. e delle disposizioni di attuazione, con riserva di compatibilità, in modo da evitare incertezze o lacune interpretative, sia pure adeguando tali disposizioni alle specificità delle tutele dei minori stranieri non accompagnati. Nello stesso tempo, al fine di non irrigidire eccessivamente la fase iniziale della nomina del tutore e quella successiva della gestione della tutela, si è attribuita tale competenza, in forma monocratica, al presidente del tribunale per i minorenni o a un giudice da lui delegato, specificando che il reclamo contro tali provvedimenti si propone davanti al collegio di cui non può fare parte il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato. Dalla competenza del Presidente è invece esclusa la ratifica delle misure di accoglienza, che è attività che non attiene alla tutela in senso stretto e che rimane pertanto di competenza del TM.

Ciò ha comportato la necessità di aprire un doppio fascicolo, uno per le misure di protezione del minore e l'altro per la tutela. Molti Uffici giudiziari, tuttavia, anche sulla base degli indirizzi concordati nelle riunioni dei Capi degli uffici con il CSM prodromiche alla redazione dei programmi di gestione di cui all'art. 73 del d.lgs. n. 98/2011, hanno ritenuto di fare della tutela un sotto-fascicolo del VG, facendo un'unica apertura a seguito del ricorso del PMM. Si è proceduto al relativo aggiornamento del Sigma. Si è resa necessaria anche una variazione tabellare, al fine di stabilire i criteri di assegnazione dei fascicoli relativi alle tutele.

È stato poi emendato dal correttivo l'erroneo riferimento alle disposizioni di cui al libro IX del codice civile, relativo alla responsabilità genitoriale, richiamando invece il libro X relativo alle tutele.

Il d.lgs. correttivo interviene anche sul numero di minori di cui un solo tutore può assumere la tutela. L'art. 11 prevedeva, infatti, che ogni tutore potesse assumere una sola tutela salvo il caso di fratelli o sorelle. Il correttivo ha specificato che ogni tutore può assumere al massimo tre tutele "salvo che sussistano specifiche e rilevanti ragioni". Tale eccezione è stata ampiamente utilizzata, avuto riguardo al rapporto tra numero di minori e numero di tutori disponibili.

Deve escludersi che la individuazione del tutore debba essere effettuata solo tra gli iscritti all'albo anche considerando che la norma parla di tutore volontario, sicché non può ragionevolmente impedirsi la nomina di un tutore non iscritto, ma che offra garanzie di adeguatezza e preparazione. Si deve invece desumere che la nomina di rappresentanti di enti o la nomina di soggetti individuati in base al ruolo pubblico che rivestono e non per caratteristiche proprie (ad esempio il Sindaco o l'Assessore comunale) hanno valenza meramente residuale.

La disposizione transitoria prevede che la norma si applica "in relazione alle comunicazioni effettuate dopo il trentesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

Secondo una tesi, da tale momento doveva transitare ai tribunali per i minorenni la gestione di tutte le tutele, sia perché sarebbe irragionevole, posto che lo scopo del correttivo è quello di evitare la dispersione, concentrando le competenze in capo ad un unico Ufficio, sia perché la norma parla di "altri provvedimenti relativi alle tutele", il che implica che tutta la gestione delle tutele transiti al TM. È prevalsa invece l'interpretazione per cui, posto che con l'espressione 'comunicazione' si fa riferimento alla comunicazione finalizzata all'apertura della tutela di cui al comma 5 dell'art. 19 e non a qualsiasi comunicazione relativa alla gestione della tutela, la disposizione transitoria intendeva far partire l'applicazione della nuova disciplina, con attribuzione

della competenza al tribunale per i minorenni, soltanto alla data del 30 giorni successivi al giorno di entrata in vigore del decreto.

Al di là delle attribuzioni conferite al tutore dalla disciplina generale, la normativa attuale relative minori stranieri non accompagnati attribuisce al tutore specifiche incombenze, che possono essere così individuate:

Rappresenta il minore in tutti gli atti che lo riguardano;

Si preoccupa del suo benessere psico – fisico, dell’assistenza legale e sanitaria, dell’inserimento in percorsi scolastici e di formazione;

Attiva le indagini familiari, al fine di valutare le possibilità di ricongiungimento familiare o rimpatrio volontario assistito;

Si occupa di tutti gli adempimenti relativi alla protezione internazionale;

È tenuto a relazionare con cadenza trimestrale al giudice tutelare.

Si richiama l’attenzione sulla terminologia errata ed inaccettabile utilizzata dal legislatore laddove per indicare l’esercente i poteri tutori si esprime con l’espressione “esercente la responsabilità genitoriale”.

In definitiva, il tutore volontario deve, assicurare che sia garantito alla persona di minore età l’accesso ai diritti senza alcuna discriminazione; promuovere il benessere psicofisico della persona di minore età; seguire i percorsi di educazione e integrazione, verificando che si tenga conto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni; vigilare sulle condizioni di accoglienza, sicurezza e protezione.

6. Indagini familiari e affidamento

L’art. 7 della legge n. 47/2017 prevede che, qualora siano individuati familiari idonei a prendersi cura del minore straniero non accompagnato, tale soluzione debba essere preferita al collocamento in comunità.

Gli enti locali possono promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l’affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza. Va infine ricordato che i costi sostenuti dai servizi sociali per l’affidamento familiare di un MSNA possono essere coperti dal Ministero dell’Interno come i costi per l’accoglienza in struttura. I Comuni aderenti al SIPROIMI (oggi SAI), infatti, possono prevedere l’accoglienza dei MSNA anche attraverso l’attivazione di affidamenti familiari e perciò inserire questo strumento nel proprio progetto per MSNA. I Comuni non aderenti al SIPROIMI (SAI), d’altro canto, possono ricevere dalla Prefettura il rimborso del contributo erogato per l’affidamento familiare (fino a un massimo di 45 euro al giorno), con cadenza trimestrale, che grava sul Fondo nazionale per l’accoglienza dei minori stra-

nieri non accompagnati¹⁴. Rispetto a tale profilo, la legge n. 47/2017 prevede, tuttavia, una clausola di invarianza finanziaria.

Rivestono importanza le disposizioni che prevedono che debba essere subito attivata la ricerca dei famigliari al fine di garantire il diritto all'unità familiare.

Ai sensi dell'art. 6 legge 47/17 il tutore attiva le indagini, che per quelli richiedenti protezione internazionale sono promosse di ufficio. Comunque, per tutti i MSNA le indagini per la ricerca dei familiari devono essere avviate con la procedura che i commi 7 e seguenti indicano.

Si ritiene che, nelle more della nomina del tutore, potrà svolgere tale funzione il rappresentante della comunità di prima accoglienza, ai sensi dell'art. 6 comma 3 legge 47/17 che, per la richiesta di permesso di soggiorno o di protezione internazionale, prevede che, sino alla nomina del tutore, i compiti relativi alla richiesta di permesso di soggiorno o di protezione internazionale possono essere svolti dal responsabile della struttura di accoglienza, così escludendo la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi¹⁵.

I MSNA non richiedenti asilo possono essere rimpatriati solo se le indagini di cui sopra hanno dato esito positivo (se cioè il ricongiungimento con i suoi familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo ha dato risultati) e se il rimpatrio corrisponde all'interesse del minore.

Il rimpatrio assistito va tenuto distinto dalla espulsione e che mira a garantire l'unità familiare. Invero, la differenza tra rimpatrio assistito e l'espulsione è che trattasi di un provvedimento assunto dell'interesse del minore e che prescinde da esigenze di ordine pubblico.

¹⁴ Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno n. 861 del 20.1.2016 – Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, anno 2016.

¹⁵ Cfr. C. GARLATTI, *op. cit.*, 21, che ricorda che le Convenzioni per la individuazione dell'ente convenzionato con organizzazioni internazionali, intergovernative e associazioni umanitaria per l'attuazione di programmi diretti a rintracciare i familiari dei minori non accompagnati vengono stipulate dal Ministero dell'Interno sentiti il Ministero della giustizia e il MAECI. In passato le indagini nei Paesi di origine venivano espletate dal SSI (servizio sociale internazionale: organizzazione internazionale non governativa presente in 140 Paesi, attiva dal 1924) che si attivava grazie ad un accordo trilaterale con il Ministero della giustizia e il MAE. In forza di tale accordo il TM poteva adire direttamente il SSI (cosa che oggi non è più possibile). Il comitato minori stranieri (entrato in attività con dpcm 535/99: in seguito a ciò viene meno la collaborazione con il SSI) nel 2008 aveva sottoscritto una convenzione con OIM (organizzazione internazionale delle migrazioni intergovernativa; dal 2016 è entrata a far parte del sistema ONU) in virtù della quale al fine di acquisire informazioni sul contesto familiare di appartenenza nel Paese di origine del MSNA i TM non possono più agire direttamente. Con il decreto sulla *spending review* dl 95/12 (legge 135/12) il Comitato è stato soppresso e le sue attività sono state devolute alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione attribuite al Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

In origine, la competenza in materia di rimpatrio assistito era attribuita in via amministrativa al Comitato minori stranieri, oggi soppresso e successivamente alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria minorile. Era eseguito accompagnando il minore fino al suo riaffidamento alla famiglia o alle autorità responsabili del Paese di origine.

L'art. 8 della legge 47/17 introduce una nuova competenza in capo al TM..

Per il rimpatrio, è necessaria una indagine nel Paese di origine e la verifica che vi sia una famiglia, e la garanzia dei diritti fondamentali. Va sentito il minore e si dovrebbe tenere conto della sua volontà ma, anche di quella dei famigliari. Va altresì sentito il tutore.

7. L'accoglienza oltre il diciottesimo anno

L'art. 13 della legge n. 47/2017 disciplina per gli MNSA il cosiddetto prosieguo amministrativo, ovvero se al compimento del 18 ha intrapreso un percorso di integrazione che necessita di un supporto prolungato volto al buon esito di tale percorso, il tribunale per i minorenni può disporre anche su richiesta del SS con decreto motivato l'affidamento ai Servizi territoriali per un periodo comunque non superiore ai 21 anni. La norma recepisce un'interpretazione giurisprudenziale secondo cui era ravvisabile una sovrapposizione con la previsione di cui agli articoli 25 e 29 del RDL 1304 del 1934 e art. 23 della legge 8 marzo 1975 n. 39 sul compimento della maggiore età.

L'art. 25 presuppone la sussistenza di "manifesta prova di irregolarità della condotta e del carattere", ma vi è sempre stata un'ampia interpretazione di tale presupposto da parte dei TM nell'interesse dell'adolescente, nonché l'affidamento ai SS anche se alcuni TM lo applicano anche ai minori sottoposti a tutela o affidati. Si è utilizzata questa vetusta norma per giustificare il prosieguo amministrativo della tutela in favore del minore che abbia compiuto la maggiore età, in virtù del fatto che prima della modifica normativa la maggiore età si compiva al 21° anno.

Una specifica attenzione circa il prosieguo di un "programma specifico di assistenza che assicuri adeguate condizioni di accoglienza e di assistenza psicosociale, sanitaria e legale" è prevista dall'art. 17 legge 47/17 per i MSNA vittima di tratta. Per costoro si prevedono infatti soluzioni "di lungo periodo anche oltre il compimento della maggiore età". Non si specifica fino a quando ma dal sistema si desume il limite di 21 anni.

Vi è chi ha notato un mancato coordinamento con l'art. 25 *bis* RDL 1404/1934 anche se le due norme possono convivere.

Nella prassi dei tribunali per i minorenni sembra esserci un'utilizzazione molto parca di questa norma, sicché si dispone il prosieguo della tutela oltre alla maggiore età, soltanto in presenza di una specifica richiesta legata a una progettualità ben definita.

8. Il diritto all'ascolto e all'assistenza legale. L'accesso del minore alla protezione internazionale. La competenza relativa ai minori stranieri non accompagnati nell'istituendo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie

È disciplinato dagli articoli 18 comma 2 ter del d.lgs. 142/15 dall'art. 15 della legge 47/17 (e il d.lgs. 220/17 espressamente richiama l'art. 18, comma 2 ter, in tema di procedimento giurisdizionale in materia di protezione internazionale). Tale previsione appare una specificazione del diritto all'ascolto previsto in via generale dall'art. 336 *bis* cc.

Va però notato che, diversamente da quanto disciplinano gli artt. 315 *bis* e 336 *bis* cc non vi è limite di età, sicché il MSNA va ascoltato sempre e comunque. Va peraltro considerato che i medesimi hanno generalmente un'età superiore ai dodici anni.

La norma in esame (art. 15 legge 47/17) ribadisce che il minore ha diritto di partecipare per mezzo di un suo rappresentante legale (il tutore quindi) a tutti i procedimenti giurisdizionali e amministrativi che lo riguardano. A tal fine, precisa la norma, è assicurata la presenza di un mediatore culturale (diverso dal mero interprete).

Al fine di conferire maggior concretezza alla previsione normativa circa la partecipazione, la norma successiva (l'art. 16) prevede che il MSNA ha diritto alla difesa a spese dello Stato e che di ciò debba essere informato anche attraverso il tutore nominato o l'esercente i poteri tutori ai sensi dell'art. 3 legge adozioni tutte le volte in cui il MSNA sia coinvolto a qualsiasi titolo in un procedimento giurisdizionale. Quanto al patrocinio a spese dello Stato, la norma richiama i criteri di ammissione che valgono per tutti: "in base alla normativa vigente".

L'art. 18, co. 1, lett. b) della legge 47/17, infatti, ha modificato l'art. 16, co. 1 d.lgs. 25/08 in materia di protezione internazionale, aggiungendo «Per i minori stranieri non accompagnati si applicano le disposizioni dell'articolo 76, comma 4-quater, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115». Il diritto all'assistenza legale del minore sembrerebbe, dunque estendersi anche alla fase amministrativa del procedimento.

Infine, a proposito di tutela, il correttivo ha posto rimedio ad una ingiustificata disparità di trattamento in materia di riconoscimento di protezione

internazionale. Viene infatti modificato l'art. 19 *bis* del decreto – legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito in legge L. 13 aprile 2017, n. 46, che in origine escludeva che la possibilità di ricorso alle sezioni specializzate valesse anche per i MSNA. Ora questa esclusione è stata rimossa consentendo al MSNA la possibilità di far valere diritti nelle forme di cui all'art. 35-*bis* del d.lgs. 25/2008. La norma prevede l'applicazione ai MSNA esclusivamente delle disposizioni del citato decreto – legge relative alla competenza delle neo-istituite sezioni specializzate presso i Tribunali ordinari distrettuali, ai procedimenti giurisdizionali nonché ai procedimenti amministrativi funzionali al riconoscimento della protezione internazionale.

Tale previsione si sposa con la esclusione, prevista dalla legge di riforma del processo civile n. 206/2021, all'art. 1 comma 24 lett. c), della materia della protezione internazionale dalle attribuzioni dell'istituendo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. La materia dei minori stranieri non accompagnati non è espressamente menzionata nei principi di delega, ma sulla base della residualità delle attribuzioni della sezione distrettuale rispetto a quelle delle sezioni circondariali, deve ritenersi che ricadrà sulla sezione distrettuale, in capo al collegio nella composizione ordinaria di tre giudici togati. Questa soluzione è stata recepita nell'art. 50 del D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Particolarmente rilevante è la criticità relativa alla perdita della presenza nei collegi dei giudici onorari minorili, che sono ampiamente utilizzati nella trattazione di questi procedimenti e nell'ascolto dei minori, le cui competenze sono preziose in un settore multidisciplinare come questo.

9. Dati relativi alle tutele volontarie

Per dare attuazione all'art. 11 della legge n. 47/2017, il Garante nazionale sull'infanzia¹⁶ nel 2019 ha dato vita al Progetto FAMI per compiere un monitoraggio sulle tutele volontarie, sia sotto il profilo quantitativo che sotto l'aspetto qualitativo, con la presenta che l'integrale implementazione dell'istituto sconta la mancata emanazione ad oggi dei decreti attuativi.

Nel periodo di rilevazione dal 6 maggio 2017 (data di entrata in vigore della legge 47/2017 – 31 Dicembre 2018, alla data del 31 dicembre 2018 erano iscritti negli elenchi istituiti presso i Tribunali per i minorenni 3.029 tutori volontari,

¹⁶ Intervento nella tavola rotonda su "*Questioni e prassi sui procedimenti relativi ai minori stranieri non accompagnati, con particolare riferimento al ruolo del tutore, dei servizi sociali e delle comunità*", nell'incontro di studio organizzato dalla Scuola della Magistratura "Teoria e pratica del processo civile e penale minorile" il 6.7.2021.

di questi 505 sono confluiti da altri elenchi istituiti prima dell'entrata in vigore della legge 7 aprile 2017, n. 47. Nel periodo di rilevazione dal 1 gennaio 2019 al 30 giugno 2019, al 30 giugno 2019 il totale dei tutori volontari iscritti negli elenchi istituiti presso i Tribunali per i minorenni risulta essere di 2.965. La maggior parte dei tutori volontari (78.2%) è occupata, di età superiore a 60 anni, è cresciuta la percentuale di tutori pensionati (10.8% rispetto a 9.1% della scorsa rilevazione). Considerando soltanto i Tribunali per cui l'informazione era presente in entrambe le rilevazioni (al 31 dicembre 2018 e al 30 giugno 2019) il numero dei tutori volontari iscritti negli elenchi istituiti presso i tribunali per i minorenni è aumentato del 7,4%. Complessivamente, nel primo semestre del 2019 sono state avviate 2139 tutele, al termine del semestre osservato delle tutele avviate quelle attive al 30 giugno 2019 sono invece 1693. Osservando la distribuzione tra i Tribunali per i minorenni si evidenzia che, tra i primi cinque tribunali per numerosità di abbinamenti accettati nel periodo preso in esame, tre (ovvero il 34,5% del totale degli abbinamenti accettati) sono localizzati nella regione Sicilia. A livello nazionale resta invariata rispetto alla prima rilevazione quantitativa la distribuzione di genere tra i tutori volontari, ovvero tre tutori volontari su quattro sono donne. Il 75% dei tutori volontari sono donne.

Il monitoraggio qualitativo, svolto attraverso interviste e focus groups, ha confermato che le aree di criticità relative ai MNSA sono più rilevanti per i minori o neomaggiorenni senza abbinamento, rispetto ai minori con abbinamento¹⁷.

10. La questione dei minori ucraini

La perdurante emergenza rappresentata dal conflitto bellico in Ucraina, ha condotto sul nostro territorio numerosi minori ucraini, spesso unitamente ai genitori o a parenti, ma anche provenienti dagli orfanotrofi ucraini. Al maggio 2022 risultano 909 i minori non accompagnati provenienti dall'Ucraina censiti ad oggi nel sistema informativo Minori (SIM) della Direzione Generale dell'Immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (SIM), istituito dalla Legge 47/2017 per monitorare e censire la presenza dei minori non accompagnati (MNA) sull'intero territorio nazionale. Secondo il Ministero dell'Interno sono 111.386 le persone arrivate finora in Italia, fra cui 38.361 minori.

Successivamente all'ordinanza n. 876 del 13 maggio 2022 emessa dal Capo Dipartimento della protezione civile, è stato emanato il Piano Minori messo

¹⁷ Tale monitoraggio è stato recentemente aggiornato al 2020-2021.

a punto dal Commissario delegato per il coordinamento delle misure e delle procedure finalizzate alle attività di assistenza nei confronti dei minori non accompagnati provenienti dall'Ucraina a seguito del conflitto in atto, in data 25 marzo 2022, aggiornato al 5 maggio 2022. Esso prevede che sia considerato non accompagnato anche il minore proveniente dall'Ucraina, che è in custodia di un adulto diverso dal genitore, in consonanza con la citata giurisprudenza della Cassazione, sul presupposto che il minore si considera non accompagnato se sia privo non solo di un adulto di riferimento che lo assista e che ne abbia altresì la rappresentanza legale. In adesione a tale indirizzo, i Tribunali per i Minorenni provvedono alla nomina di un tutore volontario anche per i minori che giungano in territorio nazionale accompagnati da un parente diverso dai genitori.

Una questione controversa attiene alla nomina del tutore volontario nazionale anche per il minore per il quale sia stato nominato il tutore ucraino. Secondo una opinione, sostenuta soprattutto nel mondo delle associazioni per l'accoglienza, non dovrebbe essere in tal caso nominato il tutore italiano, in ossequio all'art. 23 della Convenzione Aja del 19 ottobre 1996 contenente regole internazionali che si propongono di assicurare la protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, che stabilisce il principio del riconoscimento automatico delle misure di protezione adottate da uno Stato contraente, in combinato disposto con l'art. 43 della Convenzione, che prevede che i documenti trasmessi o rilasciati in applicazione della convenzione sono esentati dall'obbligo di legalizzazione o di ogni analoga formalità.

Deve ritenersi che operi anche in questo caso la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 di soppressione della legalizzazione degli atti pubblici esteri, che prevede l'apposizione dell'apostille. Inoltre, l'art. 6 comma 1 prevede che *“per i minori rifugiati e i minori che, a seguito di gravi disordini nel proprio paese, siano trasferiti a livello internazionale, le autorità dello Stato contraente sul cui territorio tali minori si vengono a trovare a causa del loro trasferimento adotteranno le misure necessarie alla sua protezione”*.

I tribunali per i minorenni si sono orientati, a garanzia dell'efficacia delle misure di tutela in favore di questa categoria di minori particolarmente vulnerabili, per la nomina anche in questo caso del tutore volontario nazionale. In applicazione degli articoli 2 e seguenti della legge n. 47/2017, il tribunale per i minorenni provvede alla ratifica delle misure temporanee di accoglienza consistenti, come spesso accade, nella permanenza presso famiglie ospitanti, o provvedendo, con l'ausilio del servizio sociale, a disporre adeguate misure di accoglienza degli stessi. Le già menzionate misure, in conformità anche alle dichiarazioni fatte dalle autorità ucraine, devono allo stato considerarsi temporanee, essendosi i minori allontanati dal territorio nazionale e dal loro

contesto di appartenenza a seguito della calamità bellica, a cessazione della quale, rientreranno nel loro Paese e nei contesti familiari e sociali di appartenenza.

11. Conclusioni

Per concludere, riporto uno stralcio da un'opera dedicata ai mna e scritta da chi dedica loro la propria competenza professionale forense:

Ho visto occhi colmi di disperazione fissarmi dietro le grate.

Ho visto mani bruciate da manganelli elettrici.

Ho visto gambe spezzate fasciate alla meglio con della carta igienica.

Ho visto schiene piegate dal sole e dal sale.

Ho visto canotti, buoni solo per farci giocare i bambini, stracolmi di uomini.

E ho visto uomini sciogliersi in muti singhiozzi appena approdati sui moli di Lampedusa.

Ho visto i loro corpi ustionati dal gasolio, dal sole, dal sale e labbra e occhi voraci di acqua e pace.

Ho visto sbarre, fango, piscio e sangue.

Ho visto crocerossini trasformati in carcerieri e poliziotti in aguzzini.

[...] E ho visto gli angeli. Sono persone bellissime. Sono medici, giornalisti, avvocati, volontari, mediatori, artisti. E alcuni parlamentari.

Sono uomini e donne che dedicano la loro esistenza agli ultimi, cercando di sanare con l'amore le ferite inferte da chi disprezza, tortura, rinchiude, respinge.

Li si può trovare ovunque (Ballerini, 2014).

L'accertamento dei fatti rilevanti nelle richieste di protezione internazionale avanzate da minori

SOMMARIO: 1. Minorenni e Tribunale ordinario. – 2. Tecniche di intervista e specifici accorgimenti nell'audizione di richiedenti asilo minorenni. – 3. Quando le dichiarazioni non rappresentano l'elemento principale di valutazione. Riflessioni a partire da un caso concreto. – 4. La valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo minorenne. Un caso di studio con molte incertezze. – 5. La rilevanza giuridica di atti specificamente diretti contro l'infanzia nella valutazione delle domande di richiedenti asilo diventati maggiorenni.

1. Minorenni e Tribunale ordinario

Associare la presenza di minorenni ai Tribunali ordinari, quali parti ricorrenti, risulta piuttosto inusuale, poiché la competenza a decidere in ordine ad istanze² provenienti da minori stranieri non accompagnati (MSNA) spetta al Tribunale per i Minorenni, che nei loro confronti opera anche in funzione di Giudice tutelare³.

Ai richiedenti asilo minorenni viene tendenzialmente riconosciuta, già in fase amministrativa, una forma di protezione⁴, sebbene, secondo la Commissione

¹ *Le opinioni espresse nel presente articolo dalla co-autrice Sara Reggio le sono attribuibili e non riflettono necessariamente quelle dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.*

² Si pensi, ad esempio, alle richieste avanzate per il riconoscimento del prosieguo amministrativo (art. 13, comma 2, L. 47/2017), su iniziativa del tutore o anche del servizio sociale di riferimento, oppure al procedimento volto all'attribuzione dell'età anagrafica ai sensi dell'art. 19, commi 4 e ss., d.lgs. 142/2015, che il Tribunale per i Minorenni apre su richiesta della Procura della Repubblica, alla quale possono pervenire segnalazioni ad opera delle forze dell'ordine, dei servizi sociali, dei responsabili della strutture di accoglienza o degli stessi tutori dei minori interessati.

³ Con riferimento ai MSNA, il trasferimento della competenza dal Giudice tutelare al Tribunale per i Minorenni si deve al d.lgs. 22/12/2017, n. 220.

Per quanto concerne la distinzione tra minori stranieri accompagnati e non accompagnati e la conseguente ripartizione di competenze tra il Tribunale per i Minorenni ed il Giudice tutelare si veda: Corte di Cassazione, sez. VI Civile – 1, ordinanza n. 9199/19 depositata il 3.4.2019.

⁴ Nel primo semestre del 2022, il 24% delle domande di protezione internazionale presentate da MSNA sono state decise con il riconoscimento dello status di rifugiato, il 16% con protezione

Nazionale per il Diritto d'Asilo, "la valutazione delle istanze di protezione internazionale presentate da minori non possa avere natura generalizzata, ma debba sempre basarsi su una valutazione individuale, che presti particolare attenzione alle possibili forme di persecuzione e vulnerabilità legate alla minore età, nonché, in via subordinata, ed in assenza dei presupposti della protezione internazionale, di eventuali e residuali vulnerabilità particolari"⁵.

All'epoca della menzionata circolare, era ancora prevista la protezione umanitaria, poi abrogata dal D.L. 113/2018, e la Commissione Nazionale ha ritenuto che la minore età non rappresentasse in sé una di quelle "situazioni vulnerabili non rientranti nelle misure tipiche o perché aventi il carattere della temporaneità o perché vi sia un impedimento al riconoscimento della protezione sussidiaria, o, infine, perché intrinsecamente diverse nel contenuto rispetto alla protezione internazionale ma caratterizzate da un'esigenza qualificabile come umanitaria (problemi sanitari, madri di minori, etc.) [...]"⁶.

Il D.L. 130/2020 ha ampliato la portata dell'istituto della protezione speciale, estendendo la condizione di inespellibilità agli stranieri a rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, nonché gravi violazioni della propria vita privata e familiare, chiaro rimando agli artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In particolare, secondo l'art. 19, comma 1.1.: "Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'extradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al

sussidiaria, il 29% con protezione speciale, mentre nel 31% dei casi c'è stato un diniego della protezione. (Cfr: Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, *I Minori Stranieri non Accompagnati (MSNA) in Italia*, Rapporto di Approfondimento Semestrale, dati al 30.06.2022, <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Rapporto-approfondimento-semestrale-MSNA-30-giugno-2022.pdf>)

⁵ Ministero dell'interno – Commissione nazionale per il diritto di asilo, circolare prot. 0005708 del 26.11.2015, oggetto: *Accertamenti anagrafici e considerazioni in materia di eleggibilità nei confronti di minori richiedenti protezione internazionale*, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2016/febbraio/circ-comm-naz-asilo-26-11-2015.pdf.

⁶ Corte di Cassazione, Sez. VI, ordinanza 7.7.2014, n. 15466 rel. Acierno.

rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine".

Considerando che i MSNA presenti in Italia sono in prevalenza diciassettenni⁷, spesso prossimi al raggiungimento della maggiore età, è possibile che molti non abbiano raggiunto un livello di integrazione nel Paese sufficiente per beneficiare della protezione speciale.

Questo significa che richiedenti asilo minorenni potrebbero avere interesse a presentare ricorso avverso le decisioni assunte dalle Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35 *bis*, d.lgs. 25/08⁸.

Inoltre anche i richiedenti asilo ristretti presso un Centro di Permanenza per i Rimpatri (C.P.R.), il cui trattenimento è di competenza del Tribunale ordinario ai

⁷ Più precisamente, al 31.12.2021, i MSNA presenti in Italia erano 12.284, così ripartiti per fasce d'età: 7.633 di 17 anni (62,1%), 2.930 di 16 anni (23,9%), 1.043 di 15 anni (8,5%), 647 tra i 7 ed i 14 anni (5,3%) e 31 fino a 6 anni (0,2%) (Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, Divisione II, *Report Mensile Minori Stranieri non Accompagnati (MSNA) in Italia*, dati al 31.12.2021, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-dicembre-2021.pdf)

⁸ Al MSNA non richiedente asilo viene rilasciato un permesso di soggiorno per minore età nei casi in cui non vi siano le condizioni per un altro tipo di permesso (es. per motivi familiari), su richiesta dello stesso minore, direttamente o attraverso l'esercente la responsabilità genitoriale, anche prima della nomina del tutore, ed è valido fino al compimento della maggiore età. Inoltre, in base alla Circolare del Ministero dell'Interno del 24.3.2017, va rilasciato indipendentemente dall'esibizione di un documento di identificazione o riconoscimento per tutelare l'esercizio di diritti fondamentali correlati al possesso del titolo di soggiorno (iscrizione anagrafica, assegnazione del pediatra/medico di base, inserimento scolastico). Al compimento del diciottesimo anno di età, in presenza dei presupposti di legge, che contemplano anche la disponibilità di un passaporto, il titolo per minore età può essere convertito in un permesso di soggiorno per motivi di studio, di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, così come può essere riconosciuto dal competente Tribunale per i Minorenni il prosieguo amministrativo fino ai 21 anni (artt. 10, comma 1, e 13, comma 2, L. 47/2017, nonché 31 e 32 d.lgs. 286/98).

La scelta tra la presentazione della domanda di permesso di soggiorno per minore età e quella di protezione internazionale è condizionata da molteplici fattori, tra i quali spiccano eventuali ragioni ostative alla conversione del titolo al raggiungimento della maggiore età (ad esempio l'indisponibilità di documenti di identificazione necessari al rilascio del passaporto).

sensi dell'art. 6, comma 5, d.lgs. 142/2015, possono dichiararsi minorenni: in una simile circostanza, l'ascolto del richiedente dovrebbe essere attuato nel rispetto delle tecniche di intervista *infra* meglio dettagliate (cfr. par. 2)⁹.

Il caso che però più frequentemente si verifica presso il Tribunale ordinario è quello dei ricorrenti diventati maggiorenni nelle more della procedura amministrativa o giudiziaria di riconoscimento della protezione internazionale. Si ritiene che anche in questa circostanza agli interessati debbano essere applicate regole e linee guida previste per i ricorrente minorenni, posto che il protrarsi dei tempi di definizione del giudizio non può comportare l'applicazione di una disciplina deteriore.

Nella direttiva 2011/95/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011¹⁰, al considerando (21), sia pure con riferimento allo status di rifugiato¹¹, si stabilisce che il relativo giudizio costituisce atto ricognitivo e che,

⁹ Anche i Giudici di Pace potrebbero ritrovarsi nella condizione di dover ascoltare minorenni e di dover poi prendere decisioni nei loro confronti nei seguenti casi:

- trattenuto presso un C.P.R. (non richiedente asilo) che si sia dichiarato minorenne all'atto del trattenimento o in sede di udienza di convalida;
- ricorso contro un decreto di espulsione presentato da chi si dichiara minorenne, così contestando la legittimità dell'atto ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. a), d.lgs. 286/98.

¹⁰ Recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta ([chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:IT:PDF](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:IT:PDF)).

¹¹ Il principio vale però anche per le altre tipologie di protezione, come chiaramente precisato, ad esempio, anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 29460/2019: “[...] Il procedimento non incide affatto sull'insorgenza del diritto, che, se sussistente, è pieno e perfetto e nelle forme del procedimento è soltanto accertato; se insussistente, esso non potrà nascere per effetto dello svolgimento del procedimento. Il diritto sorge quando si verifica la situazione di vulnerabilità quale sussumibile nella fattispecie allora vigente e irrilevante è che esso non comporti il riconoscimento di uno status, ma una protezione temporanea. [...] Questa ricostruzione è consolidata nella giurisprudenza delle sezioni unite. Come ripetutamente affermato (si vedano, fra le più recenti, Cass., sez. un., 29 gennaio 2019, n. 2441; 19 dicembre 2018, nn. 32778, 32777, 32776, 32775 e 32774; 28 novembre 2018, nn. 30758, 30757; 27 novembre 2018, n. 30658), la situazione giuridica soggettiva dello straniero nei confronti del quale sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Essa non è pertanto degradabile a interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, in seno al relativo procedimento: all'autorità amministrativa è richiesto soltanto l'accertamento dei presupposti di fatto che danno luogo alla protezione umanitaria, nell'esercizio di mera discrezionalità tecnica, poiché il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate è riservato al legislatore. Il procedimento amministrativo è sì atto necessario, ma

perciò, la qualità di titolare di protezione che ne consegue non deriva dal provvedimento assunto in sede amministrativa o giurisdizionale, che non ha dunque valore costitutivo¹².

Questo principio ha condotto la Corte di Giustizia UE¹³ ad affermare, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, che la data determinante per valutare lo status di "minore" dell'interessato (ai fini dell'applicazione delle regole di favore previste per i minori titolari di protezione internazionale che facciano domanda di ricongiungimento familiare¹⁴) va individuata in quella di presentazione della domanda di protezione medesima: "Deve essere qualificato come «minore» [...] un cittadino di paesi terzi o un apolide che aveva un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e ottiene in seguito il riconoscimento dello status di rifugiato".

Se ne può quindi dedurre che, anche a livello procedurale, la minore età del richiedente asilo al momento della formalizzazione della domanda cristallizzi la disciplina applicabile, indipendentemente dall'eventuale raggiungimento della maggiore età nelle more della causa.

A ragionare diversamente, si ammetterebbero disparità di trattamento tra situazioni del tutto sovrapponibili, ma influenzate dalla speditezza del relativo procedimento di riconoscimento dell'asilo: "[...] Due rifugiati minori non accompagnati di pari età che hanno presentato nello stesso momento una domanda di protezione internazionale potrebbero [...] essere trattati diversamente a seconda della durata di trattamento di tali domande, sulla quale essi generalmente non hanno alcuna influenza e la quale, al di là della complessità delle situazioni in

pur sempre esprime, in base al modello generale, esercizio di attività vincolata, ricognitiva della sussistenza dei presupposti determinati dalla legge. [...] Tutte le protezioni sono [...] ascrivibili all'area dei diritti fondamentali, sia quelle maggiori (ossia il riconoscimento dello status di rifugiato e la protezione sussidiaria), sia quella, residuale e temporanea, per ragioni umanitarie (in termini, tra varie, Cass., sez. un., 12 dicembre 2018, n. 32177 e 11 dicembre 2018, nn. 32045 e 32044). E tutte le protezioni, compresa quella umanitaria, sono espressione del diritto di asilo costituzionale".

¹² CGUE, Grande Sezione, 14 maggio 2019, cause C-391/16, C-77/17 e C-78/18, punto 92.

¹³ CGUE, Seconda Sezione, sentenza del 12.4.2018, causa C-550/16 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=214042&doclang=it>).

¹⁴ Art. 10, par. 3, lett. a), direttiva 2003/86/CE del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, e, per quanto riguarda la trasposizione della disciplina nell'ordinamento italiano, art. 29 *bis*, d.lgs. 286/98, secondo i quali "se il rifugiato è un minore non accompagnato, è consentito l'ingresso e il soggiorno, ai fini del ricongiungimento, degli ascendenti diretti di primo grado", in assenza quindi di ulteriori condizioni limitative del diritto.

questione, può dipendere sia dal carico di lavoro delle autorità competenti sia dalle scelte politiche effettuate dagli Stati membri per quanto concerne l'organico messo a disposizione di tali autorità e i casi da trattare con priorità. Inoltre, [...] la durata di una procedura di asilo può essere considerevole e, segnatamente in periodi di grande affluenza di richiedenti protezione internazionale, i termini appositamente previsti dal diritto dell'Unione sono spesso superati [...]”¹⁵.

In ambito giurisdizionale, la prima conseguenza dell'applicazione del principio menzionato andrebbe individuata nell'esame prioritario dei ricorsi presentati da neomaggiorenni, minorenni al momento della formalizzazione della domanda di protezione, ai sensi dell'art. 28, comma 2, lett. b), d.lgs. 25/08, con conseguente anticipazione della fissazione dell'udienza di comparizione delle parti.

2. Tecniche di intervista e specifici accorgimenti nell'audizione di richiedenti asilo minorenni

I richiedenti asilo minorenni sono “persone vulnerabili”¹⁶, con esigenze specifiche di cui è necessario tener conto in tutte le fasi della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, dell'accoglienza e della loro integrazione in Italia¹⁷. Il superiore interesse del fanciullo¹⁸ è il principio cardine che farà da guida a tutti gli operatori che entrino in contatto con minori (in particolare MSNA), incluse le autorità responsabili della valutazione delle domande di protezione internazionale avanzate da richiedenti minorenni.

Nel percorso valutativo di tali istanze, momento centrale della fase istruttoria è rappresentato dal colloquio personale con il richiedente minorenni. Il diritto del minore ad esprimere le proprie opinioni e a partecipare in modo significativo in qualunque procedimento amministrativo o giudiziale che lo/a riguardi, affermato dall'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, è, infatti, come sottolineato dall'UNHCR nelle *Linee Guida* relative alle richieste di asilo presentate da minori, un principio fondamentale anche nel contesto delle procedure di asilo. Il racconto delle esperienze direttamente o indirettamente vissute da bambini/e o ragazzi/e, o dai loro familiari, è essenziale per l'identificazione dei loro bisogni di protezione e in molti casi

¹⁵ CGUE, sentenza del 12.4.2018, causa C-550/16, cit., § 56 e 57.

¹⁶ Cfr. Art. 17, d.lgs. 142/2015.

¹⁷ In tal senso, cfr. Artt. 24 e 25, Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=IT>.

¹⁸ Cfr. Art. 3, Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, <https://www.datocms-assets.com/30196/1602520031-convenzione-diritti-infanzia.pdf>

potrebbe essere l'unica fonte di tali informazioni¹⁹. Al fine di garantire a un bambino o a un ragazzo la possibilità effettiva di condividere le proprie esperienze e di esprimere liberamente i propri bisogni, al tempo stesso tutelando la sua integrità fisica e psichica, è fondamentale predisporre ambienti e procedure “a misura di minore”²⁰.

L'ordinamento italiano prevede garanzie procedurali specifiche, nell'ambito della procedura amministrativa di prima istanza, per l'esame di domande presentate da richiedenti asilo minorenni e, in particolare: l'esame prioritario della domanda, l'affidamento del colloquio a un funzionario istruttore con specifica formazione, la presenza al colloquio personale del genitore che esercita la responsabilità genitoriale (nel caso di minori accompagnati) o del tutore (nel caso di MSNA), la presenza di specifico personale di supporto, “se la Commissione lo ritiene necessario in relazione alla situazione personale del minore e al suo grado di maturità e di sviluppo, nell'esclusivo interesse del minore”²¹. Le domande di protezione internazionale avanzate da minori sono, inoltre, escluse dall'applicazione delle procedure accelerate e dalle decisioni di manifesta infondatezza²². L'applicazione in concreto di tali garanzie deve fare i conti con circostanze oggettive e non sempre favorevoli, quali i tempi di nomina dei tutori, nel caso dei MSNA, l'arretrato degli Uffici Immigrazione in fase di registrazione della domanda e delle Commissioni Territoriali in fase di intervista e valutazione del caso individuale. D'altro canto, la crescente specializzazione e la costante formazione (anche in merito alle tecniche di intervista di richiedenti minorenni) dei funzionari istruttori delle Commissioni Territoriali costituiscono uno dei punti di forza delle riforme attuate tra 2017 e 2018 nel sistema di asilo italiano.

Particolarmente rilevanti – allo scopo di tutelare il minore e al tempo stesso consentire all'intervistatore di raccogliere informazioni utili per la corretta valutazione della domanda – sono una serie di accorgimenti che il funzionario istruttore in prima istanza o il giudice in sede di ricorso potranno seguire in sede di colloquio personale con un richiedente minorenni.

Il punto di partenza per una intervista a misura di minore, come sottolineato dall'UNHCR nei propri *Standard Procedurali per la Determinazione dello Status*

¹⁹ UNHCR, *LINEE GUIDA SULLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE n. 8: Richieste di asilo di minori ai sensi degli Articoli 1(A) 2 e 1(F) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativo allo status dei rifugiati*, p. 33, https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Linee_guida_sulla_protezione_internazionale.pdf.

²⁰ UNHCR, *ibidem*, p. 4.

²¹ Cfr. Artt. 28 e 13 d.lgs. 25/2008.

²² Cfr. Artt. 28bis e 28ter d.lgs. 25/2008.

di Rifugiato sotto mandato, è la creazione di un rapporto di fiducia tra l'intervistatore e il richiedente minorenn²³. A tale scopo, ogni dettaglio sarà importante e in primo luogo, occorrerà concentrarsi nella creazione di un ambiente accogliente per il ragazzo. A seconda dell'età del richiedente, si potranno disporre nella stanza preposta all'audizione giocattoli, dolcetti, fogli da disegno, matite e colori. L'ambiente dovrà essere il più informale possibile e, se le condizioni logistiche lo consentono, la disposizione del tavolo e delle sedie dovrebbe essere circolare, evitando così di creare una situazione di confronto oppositivo. L'altezza delle sedie dovrebbe, inoltre, essere tale da evitare un dislivello troppo marcato tra richiedente ed intervistatore, che dovrebbe prestare attenzione anche all'abbigliamento, al tono della voce e al linguaggio del corpo.

L'intervistatore, specializzato e formato nelle tecniche di intervista per richiedenti minorenni, dovrà utilizzare un linguaggio adeguato all'età del minore durante tutto il corso dell'intervista, evitando, soprattutto con i ragazzi più piccoli, complesse astrazioni e ancorandosi il più possibile a esempi concreti e familiari al bambino/ragazzo (es: ambiente scolastico o sportivo, giochi, realtà del villaggio, della chiesa, della famiglia, etc.). A tale scopo, per calibrare al meglio le modalità di comunicazione, sarà importante porre al bambino/ragazzo alcune domande iniziali, prima di entrare nel vivo dell'intervista, per poterne valutare la maturità ed eventualmente gli interessi e trovare un punto di incontro.

Il ragazzo dovrà essere informato dello scopo dell'intervista e su come si svolgerà: tali concetti, così come l'importanza di dire la verità e fornire quante più informazioni possibile, dovranno essere spiegati in modo da essere a lui comprensibili. Sarà importante rassicurare il minore che se non comprende una domanda potrà chiedere di ripeterla per quante volte sarà necessario e se non conosce una risposta basterà dirlo, nonché condividere informazioni sul diritto alla privacy e alla riservatezza, che consente di esprimere le proprie opinioni senza coercizione, costrizione o paura di ritorsioni. Soprattutto nel caso di bambini più piccoli, sarà utile confermare la comprensione attraverso domande di verifica e introdurre ulteriori dettagli, ove necessario, sempre in forma dialogica. I tempi dell'intervista dovranno essere adeguati all'età del richiedente e frequenti pause, con la possibilità per il ragazzo di alzarsi ed eventualmente prendere un po' d'aria o concentrarsi su attività che lo distraggano e tranquillizzino, dovranno essere organizzate laddove necessario.

A seconda dell'età del richiedente, del suo sviluppo mentale ed emotivo, o nel caso di particolari traumi ai quali sia sopravvissuto, sarà opportuno ricorrere

²³ UNHCR, "Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's mandate", Agosto 2020, <https://www.refworld.org/docid/5e870b254.html> pp. 75 ss.

a modalità di comunicazione alternative a quella verbale: il disegno potrà essere un prezioso alleato per arrivare a ricostruire eventi, soprattutto se traumatici, così come la recita di determinate situazioni o l'utilizzo di pupazzi (anche tipo Lego) sarà utile per comprendere rapporti familiari o descrivere, senza usare le parole, situazioni di pericolo (si veda sul punto il par. *sub* 3).

Se e nel momento in cui lo si riterrà possibile, si potrà procedere a porre domande al minore anche su elementi centrali relativi agli eventi vissuti e al motivo per cui richiede protezione internazionale. Nel porre le domande e nel valutare le risposte, sarà fondamentale avere sempre presente il livello di sviluppo emotivo, mentale e intellettuale del minore al momento dell'intervista, ma anche al momento in cui ha vissuto gli eventi riportati. Occorrerà considerare l'impatto emotivo che gli eventi narrati possono aver avuto sul minore e sulla sua capacità di ricordarli e di riferli. Inoltre, sarà necessario considerare sempre come il minore possa avere una conoscenza limitata della situazione del suo Paese di origine e sull'impatto che questa possa avere sulla sua richiesta di protezione internazionale.

Quando il bambino/ragazzo si mostra riluttante a parlare di specifici temi o avvenimenti, è opportuno cambiare argomento o fare una pausa. In molti casi, non sarà comunque possibile approfondire talune questioni e sarà, piuttosto, necessario acquisire informazioni utili per addivenire a una decisione sul suo caso attraverso altre fonti, come le *Country of Origin Information* (COI), le dichiarazioni di altri familiari, relazioni mediche o psicologiche del personale che assiste il minore.

Benché, come sopra ricordato, intervistare il minore richiedente protezione internazionale rappresenti una forma di tutela del suo diritto ad esprimersi liberamente e a partecipare nei procedimenti amministrativi e giudiziari che lo riguardano, potranno esserci delle situazioni in cui sarà necessario valutare attentamente l'opportunità di procedere all'audizione personale. A seconda delle circostanze personali del minore, del suo livello di sviluppo emotivo, di eventuali traumi a cui sia sopravvissuto, potrebbe infatti essere nel suo superiore interesse non essere intervistato, per evitare di rivivere situazioni traumatiche o di essere esposto ad una situazione di disagio e pressione non necessaria. In tali casi, si dovrà procedere ad una valutazione del superiore interesse del minore (Best Interest Assessment)²⁴, per soppesare i vari interessi in gioco e addivenire alla soluzione per lui più tutelante. Qualora la decisione dovesse andare nella dire-

²⁴ UNHCR, "2021 UNHCR Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child", Refworld | 2021 UNHCR Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child.

zione di omettere l'audizione personale, informazioni sulla situazione del minore potranno essere raccolte da fonti diverse dall'audizione stessa.

3. Quando le dichiarazioni non rappresentano l'elemento principale di valutazione. Riflessioni a partire da un caso concreto

“[...] Domanda: Hai mai avuto documenti di identità rilasciati dal tuo paese (carta di identità, certificato di nascita, passaporto...)?

Risposta: non avevo nessun documento; non so nemmeno se sono stato registrato alla nascita e dunque se esiste un mio certificato di nascita.

Domanda: Ci sono altri Paesi di cui hai la cittadinanza o con i quali hai legami personali o familiari?

Risposta: no. Entrambi i miei genitori sono ivoriani.

Domanda: hai avuto modo di frequentare la scuola? Se sì, parlami del tuo livello di istruzione...

Risposta: no, non ho mai fatto la scuola, neanche quella coranica

Domanda: hai avuto modo di lavorare nel tuo Paese? Se sì, parlami delle tue esperienze lavorative ...

Risposta: no, non ho mai lavorato.

Domanda: parlami della tua famiglia

Risposta: non ho mai conosciuto mio padre; non so se ad oggi mia mamma è ancora viva; non ho altri fratelli o sorelle anche perché mia mamma era pazza. Sono cresciuto con mia mamma e la sorella minore di mia mamma, con i suoi figli, un maschio e una femmina. Io ero più grande dei miei cugini. Non ho mai conosciuto altri parenti oltre a mia zia e ai miei cugini.

Domanda: mantieni attualmente contatti con i tuoi familiari o con altri amici e conoscenti nel tuo Paese?

Risposta: no, non sono in contatto con nessuno.

Domanda: appartieni ad un gruppo etnico, tribù? clan o casta in particolare?

Risposta: sono maoka

Domanda: a parte la lingua in cui stiamo parlando, parli altre lingue?

Risposta: parlo maoka, un po' di francese ma non me la cavo bene e ora sto imparando l'italiano.

Domanda: hai una religione?

Risposta: sono musulmano.

Domanda: adesso ti chiederò di parlarmi liberamente delle ragioni che ti hanno costretto a lasciare il tuo Paese, cercherò di non interromperti salvo che non sia necessario per comprendere bene il racconto. Per quale motivo hai lasciato il tuo Paese di origine?

Risposta: io vivevo a [...] e la mia famiglia non aveva niente. Mio papà è mancato e

mia mamma era pazza. Io soffrivo al petto: quando respiro ho difficoltà a inspirare ...Io non uscivo spesso di casa perché quando uscivo la gente mi derideva per via di mia mamma e poi anche perché non stavo bene a causa delle mie difficoltà a respirare. Mi davano da mangiare il latte delle mucche: me ne davano un po' al mattino e dovevo avanzarne un po' se volevo mangiare anche per pranzo. Alla sera mangiavo invece un po' di attieke, che sarebbe un tipo di couscous a base di manioca. Nessuno veniva mai a trovarci finché un giorno è arrivato un uomo, che ha detto di essere un parente di mia mamma. Mi ha detto di andare con lui visto che mia madre non stava bene e che neanche io stavo bene e anche che mio papà era morto, che lui poteva occuparsi di me. Io non volevo andare con lui ma quell'uomo mi ha preso di forza e mi ha caricato sulla sua moto: mi ha fatto salire davanti a lui sul motorino. Mi ha portato fino alla frontiera con il Mali. Arrivati lì abbiamo preso un taxi collettivo per entrare in Mali: siamo arrivati da un tizio che non conoscevo. Siamo rimasti per un po' con lui e lui mi dava qualche medicinale di quelle dei bianchi [l'interprete chiarisce che si riferisce a delle medicine "occidentali" e non alle medicine tradizionali] per i miei problemi al petto. Un giorno poi con quell'uomo che mi aveva portato via abbiamo preso un'auto per andare in Algeria. Mi ha messo in una piccola casa che era come un garage.

Domanda: scusa se ti interrompo: ricordi il nome di quest'uomo che ti ha portato via da casa tua?

Risposta: non l'ho mai saputo il suo nome; come ho detto prima che arrivasse quel giorno non l'avevo mai visto e anche dopo io non pensavo mai a lui ma solo a mia mamma.

Domanda: Ok, continua pure.

Risposta: Mi ha lasciato in quel garage e ogni due-tre giorni mi veniva a trovare. In quel posto c'era tanta altra gente e un giorno la polizia è arrivata a prenderci. Io ancora non stavo bene. Ci hanno portato tutti nel deserto. Da quel momento ho perso di vista il tizio che mi aveva parlato via dalla Costa d'Avorio. La gente con cui ero nel deserto mi aiutava perché io non stavo bene. Abbiamo camminato nel deserto fino ad arrivare in Libia. I libici ci hanno catturato e ci hanno messo in carcere. Siamo rimasti lì dentro molto tempo. Quando ti chiedono perché sei venuto attraversando il deserto se la risposta che gli dai non li soddisfa loro ti picchiano [il richiedente si scurisce in viso e resta qualche secondo in silenzio, tenendo gli occhi bassi]. Quando hanno chiesto a me la mia storia io l'ho raccontata. Due persone sono arrivate a prendere tre prigionieri, tra cui c'ero anche io. Ci hanno portato nelle loro case [il richiedente resta ancora in silenzio non riuscendo ad andare avanti]

Domanda: se non te la senti non è necessario descrivermi questi episodi. Puoi continuare semplicemente descrivendomi come sei uscito dalla prigionia.

Risposta: siamo rimasti un po' di tempo in quella casa. Ci hanno picchiato molto forte e uno di noi 3 è morto. Poi noi due rimasti siamo stati portati verso il mare dove poi ci siamo imbarcati: abbiamo passato una notte lì e poi l'indomani ci hanno fatto salire sul gommone.

Domanda: adesso ti farò alcune domande per chiarire o approfondire alcuni aspetti della storia che hai raccontato. Prima di tutto: ricordi in quale data o periodo o in ogni caso quanto tempo fa hai lasciato la Costa d'Avorio?

Risposta: non sono in grado di dirtelo, io pensavo tanto a mia madre.

Domanda: sapresti dirmi quanto tempo hai passato in viaggio con quell'uomo che ti ha portato via? Anche solo per capire se si è trattato di giorni, settimane o mesi?

Risposta: non ho idea. Se ti dessi una risposta mentirei.

Domanda: Ok, allora vorrei ora che mi spiegassi meglio la vita che hai fatto con la tua famiglia a [...]. Mi hai detto che tua mamma era pazza: riesci a spiegarmi meglio cosa intendi?

Risposta: mia mamma andava in giro senza vestiti e non stava mai ferma, si muoveva sempre: la gente del villaggio la derideva.

Domanda: che cosa dicevano o facevano in particolare gli altri abitanti del villaggio nei confronti di tua mamma?

Risposta: ridevano di lei, i bambini la inseguivano applaudendo e gridando "Pazza! Pazza!". A volte qualche bambino le lanciava delle pietre. O la scimmiettavano.

Domanda: e invece gli adulti come si comportavano con lei?

Risposta: gli adulti ridevano anche loro assistendo alle scene dei bambini che ridevano dietro a mia madre.

Domanda: mi hai raccontato prima che uscivi poco di casa perché prendevano in giro anche te a causa di tua mamma: mi spieghi meglio chi e in che modo ti prendevano in giro?

Risposta: mi deridevano e trattavano me come trattavano mia madre.

[...]

Domanda: ho dimenticato prima di chiederti una cosa quindi farei un momento un passo indietro: quell'uomo che ti ha portato via da casa ti ha mai detto dove stavate andando o cosa andavate a fare?

Risposta: no, non mi ha mai detto né dove stavamo andando né a fare cosa. Io lo seguivo soltanto.

Domanda: avete mai parlato di qualcosa con quest'uomo?

Risposta: no, io non gli ho mai fatto domande e non parlavamo; io stavo solo con lui.

Domanda: mi hai descritto i motivi che ti hanno portato ad andare via dal tuo Paese. Ora vorrei che mi indicassi tutte le difficoltà che potresti affrontare in caso di rientro.

Risposta: non so se quell'uomo che mi ha portato via sta ancora lì e mi cerca ancora. Non so se mia madre vive ancora oppure no. Non ho idea nemmeno se la casa dove vivevo c'è ancora oppure no. Non so cosa mi succederà se tornassi indietro.

Domanda: se ripensi alla vita che facevi in Costa d'Avorio come ti senti?

Risposta: quando penso a quello che ho vissuto in Costa d'Avorio io non riesco a dormire. Penso a mia madre, non so se è ancora in vita oppure no. Sono preoccupato per lei perché non so che fine abbia fatto.

Domanda: nei tuoi confronti tua mamma come si comportava?

Risposta: quando io la vedevo andare in giro senza vestiti e anche io ero malmesso,

perché vestivo di stracci, io provavo pena per lei e mi sentivo impotente a non poterla aiutare. Mia mamma era consapevole che io fossi suo figlio ma non era tanto in grado di prendersi cura di me per esempio non ricordo che abbia mai preparato da mangiare o che mi abbia mai lavato e vestito: non riusciva a vestirsi lei, figurati se riusciva a vestire me”.

Quello appena riportato è un estratto dall’audizione personale di F.M., minore proveniente dalla Costa D’Avorio, tenutasi in data 17.4.2019, quando il richiedente asilo aveva circa sedici anni²⁵.

Al di là del contesto familiare e sociale in cui il ragazzo è cresciuto, ricostruito in modo piuttosto circostanziato, diversi sono i passaggi del racconto connotati da genericità e confusione, anche rispetto a temi importanti come le ragioni alla base dell’espatrio: così, ad esempio, nella descrizione dell’uomo che lo ha rapito, conducendolo con sé in Algeria per motivi di cui il richiedente mostra di non essere a conoscenza; altrettanto confusi risultano le date e i tempi in cui si sono verificati gli avvenimenti che ne hanno scandito il viaggio, così come i luoghi attraversati; altrettanto imprecisi sono i riferimenti ai problemi di salute sofferti, descritti come una sorta di disturbo nel respirare o di oppressione al petto, insorti quando era ancora molto piccolo.

Tuttavia, “non si può pretendere che i racconti dei minori siano come quelli degli adulti. I minori potrebbero avere difficoltà nell’articolare il loro timore per una serie di ragioni, tra cui i traumi subiti, gli ordini dei genitori, la mancanza di istruzione, la paura delle autorità statali o delle persone in una posizione di potere, l’uso di dichiarazioni preconfezionate da parte di trafficanti o la paura di ritorsioni. Potrebbero anche essere troppo giovani o immaturi per valutare l’importanza delle informazioni o per interpretare ciò che hanno visto o vissuto in modo facilmente comprensibile a un adulto. Alcuni minori potrebbero omettere o alterare informazioni vitali o non essere in grado di distinguere la fantasia dalla realtà. Potrebbero avere difficoltà nel parlare di nozioni astratte, come il tempo o la distanza. Pertanto, ciò che potrebbe costituire una bugia nel caso di un adulto potrebbe non esserlo nel caso di un minore. È quindi essenziale che gli esaminatori abbiano una formazione e una competenza adeguate a valutare accuratamente l’affidabilità e il significato del racconto del minore”²⁶.

²⁵ L’età anagrafica del minore veniva stabilita in via convenzionale attraverso la procedura di cui agli artt. 19, commi 4 e ss., d.lgs. 142/2015. Lo stesso, infatti, oltre a non essere in possesso di alcuna documentazione, non era in grado di ricostruire la propria data di nascita, né, come emerso dallo stralcio del verbale riportato, aveva mantenuto contatti con i familiari rimasti nel Paese d’origine.

²⁶ UNHCR, Linee Guida richieste di asilo di minori ai sensi degli Articoli 1(A) 2 e 1(F) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativo allo status dei rifugiati (n. 8), 22.12.2009,

Il brano citato evidenzia poi la completa assenza di istruzione del richiedente asilo, giunto in Italia analfabeta, ignaro anche della propria data di nascita: si tratta di un aspetto che incide profondamente sulle capacità mnemoniche ed espositive e che, dunque, va attentamente ponderato al momento di valutare la complessiva attendibilità della narrazione. La lingua scritta gioca un ruolo fondamentale non solo nella trasmissione di idee e informazioni, ma nella percezione della realtà di ciascun individuo: l'incapacità di leggere e scrivere provoca una sensibile diminuzione della facoltà di comprendere la realtà circostante, nonché un deficit nell'abilità di ordinare le informazioni apprese esponendole in modo logico e coerente²⁷. Diversi studi hanno dimostrato un sostanziale divario di potenziale mnemonico e cognitivo fra persone alfabetizzate ed analfabeti, per i quali i processi di memorizzazione e apprendimento risultano significativamente compromessi²⁸.

Il funzionario istruttore, che per legge deve avere una specifica formazione²⁹, mostra di essere consapevole delle inevitabili lacune che una narrazione può avere in una situazione come quella descritta, relativa ad un minore illetterato e con alle spalle una storia di grave deprivazione affettiva e sociale, alla quale vanno aggiunti gli ulteriori traumi subiti durante il percorso migratorio. Questi ultimi vengono esplicitati solo in minima parte dal richiedente, ma l'intervistatore ne registra compiutamente il linguaggio non verbale (l'espressione del volto, il silenzio, l'evitamento dello sguardo dell'interlocutore), attribuendo all'aspetto emozionale pari dignità indiziaria.

A ciò si aggiunga che, tra gli elementi di valutazione acquisiti, la Commissione aveva a disposizione una relazione redatta dallo psichiatra che aveva in cura il minore e un disegno di quest'ultimo, che raffigurava sé stesso, sua madre e la loro casa nel villaggio d'origine.

<chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Linee_guida_sulla_protezione_internazionale.pdf>.

²⁷ A. ARDILA, P.H. BERTOLUCCI, L. W. BRAGA, A. CASTRO-CALDAS, T. JUDD, M.H. KOSMIDIS, E. MATUTE, R. NITRINI, F. OSTROSKY-SOLIS, M. ROSSELLI, *Illiteracy: The Neuropsychology of Cognition Without Reading*, Archives of Clinical Neuropsychology, Volume 25, Issue 8, December 2010, pagg. 689-712, <http://acn.oxfordjournals.org/content/25/8/689.short>: "Learning to read reinforces and modifies certain fundamental abilities, such as verbal and visual memory, phonological awareness, and visuospatial and visuomotor skills. Functional imaging studies are now demonstrating that literacy and education influence the pathways used by the brain for problem-solving".

²⁸ V. FOLIA, M.H. KOSMIDIS, *Assessment of memory skills in illiterates: strategy differences or test artifact?*, 2003, <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/13680421>>; M.H. KOSMIDIS, M. ZAFIRI, N. POLITIMO, *Literacy versus formal schooling: influence on working memory*, 2011, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21810857>.

²⁹ Art. 13, comma 3, d.lgs. 25/08.



Il minore si ritrae sulla soglia di ingresso della capanna: quasi informe, appena abbozzato, privo degli elementi del volto e minuscolo rispetto a tutti gli altri soggetti rappresentati, impiegando tratti propri di un bambino della scuola d'infanzia più che di un sedicenne. Eppure, la madre non viene raffigurata con analoghe modalità: i tratti somatici sono visibili, così come l'espressione al contempo inquieta ed inquietante e l'abbigliamento trascurato.

Il quadro di deprivazione e isolamento risultante dalle dichiarazioni trova quindi piena conferma nella rappresentazione grafica della sua condizione nel Paese di origine.

La relazione psichiatrica arricchiva di ulteriori significati i vuoti di memoria del richiedente e la confusione nella ricostruzione della propria storia personale: "Sul piano emozionale, dei sentimenti, ci ha [...] guidati il linguaggio non verbale, cioè l'osservazione attenta del modo di occupare lo spazio, della postura del corpo durante i colloqui, della direzione e stabilità dello sguardo, della mimica facciale, della frequenza del respiro, dei movimenti involontari, del tono della voce, dei tempi di latenza nel dare le risposte. Abbiamo appreso più informazioni cliniche da questo tipo di comunicazione, più primitivo e più essenziale, che non dal colloquio in

sé. Il paziente è triste, a volte molto triste, è molto timido, è chiuso in sé stesso, stenta a fidarsi, si vergogna, si spaventa, si confonde, si nasconde. Abbiamo a lungo girato intorno ad una area buia della sua memoria, particolarmente lacunosa, con grosse zone di apparente amnesia, sempre difficile da avvicinare. Quando nel nostro domandare andavamo troppo avanti lui diventava ansioso, ansimante, stentato, quasi piangente. Dovevamo fermarci. Si parla di blocco traumatico. Si fa diagnosi di Disturbo Post Traumatico da Stress. Si intuisce che qualcosa di grave è accaduto, ma mai ci si arriva. C'è voluto il mediatore in lingua madre... In Libia, durante il periodo di carcerazione, è stato prelevato, con altri due ragazzini come lui, da uomini in divisa, che li hanno violati, abusati, sodomizzati. E uno dei ragazzi è rimasto ucciso. Quando ha detto queste cose, lo stesso mediatore non aveva parole per dirlo. Alla fine, con grande imbarazzo, ci ha detto "glielo hanno messo dietro". Dopo questa seduta va meglio. Anche perché finalmente abbiamo saputo su cosa lavorare. Rischia di non potersi mai più sentire un uomo. È stato sporcato dentro di sé da qualcosa di vergognoso che non può essere detto senza venire deriso e umiliato... Stiamo lavorando sulla sua autostima, sul senso di colpa... Questo lavoro è importantissimo e non deve essere interrotto".

È importante sottolineare come il funzionario istruttore abbia correttamente deciso di fermarsi di fronte alle resistenze mostrate dal minore nel raccontare quanto accaduto in Libia, preferendo descriverne lo stato emotivo. D'altra parte, gli elementi raccolti attraverso tutte le fonti di prova disponibili, comprese le *Country of Origin Information* relative al fenomeno dei rapimenti di minori a scopo di tratta in Costa d'Avorio, erano già in sé sufficienti a giustificare il riconoscimento della protezione internazionale: "[...] Le dichiarazioni del richiedente riguardo la malattia mentale della madre e le forti discriminazioni subite dalla donna e da sé stesso in quanto figlio di una malata mentale risultano [...] sufficientemente circostanziate, anche se in generale scarse di dettagli specifici, alla luce della giovanissima età del richiedente all'epoca e attuale e del suo profilo di persona totalmente analfabeta cresciuto in un contesto di estrema povertà e deprivazione. [Risultano] incerti gli elementi relativi alle modalità di espatrio e al vissuto nel corso del viaggio che lo ha condotto in Italia e, pertanto, accettati con beneficio del dubbio in applicazione dei criteri di cui all'art. 3, co. 5, d.lgs. 251/2007, in specie della circostanza che il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare tali vicende e le sue dichiarazioni sono in generale coerenti e in linea con le informazioni disponibili sul paese di origine laddove riportano l'esistenza del fenomeno della tratta dei minori a fini dello sfruttamento sessuale o lavorativo [...]. Sebbene infatti le dichiarazioni del richiedente al riguardo risultano scarse e povere di dettagli, in particolare sulla scansione temporale degli eventi occorsi lungo il tragitto dalla Costa d'Avorio all'Italia, tale genericità va letta anche alla luce del profilo personale del richie-

dente [...]. Sussistono i presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato...Pur non riuscendo il richiedente ad esprimere un timore soggettivo chiaro o definito si ritiene sussistente il rischio in caso di rimpatrio di tornare a subire gravi violazioni dei suoi diritti umani fondamentali in ragione della sua appartenenza al particolare gruppo sociale dei minori e più in particolare dei minori figli di donne con problemi di salute mentale, alla luce dell'attuale minore età del richiedente e delle persecuzioni già subite in passato, nel proprio paese e lungo il viaggio che lo ha condotto in Italia”.

Insistere nel volere ricostruire in termini minuziosi la vicenda personale del richiedente, a costo di rischiare una ritraumatizzazione e in assenza di qualsivoglia beneficio sul piano giuridico, costituisce di fatto un abuso della posizione dominante dell'autorità e si traduce in un'ingiustificata violenza di natura istituzionale.

Anche per questo, in presenza di situazioni particolarmente delicate come quella appena descritta, sarebbe fondamentale avvalersi di esperti, conformemente a quanto consentito dall'art. 8, comma 3 *bis*, d.lgs. 25/08: “Ove necessario ai fini dell'esame della domanda, la Commissione territoriale può consultare esperti su aspetti particolari come quelli di ordine sanitario, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori. La Commissione, sulla base degli elementi forniti dal richiedente, può altresì disporre, previo consenso del richiedente, visite mediche dirette ad accertare gli esiti di persecuzioni o danni gravi subiti effettuate secondo le linee guida di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni. Se la Commissione non dispone una visita medica, il richiedente può effettuare la visita medica a proprie spese e sottoporre i risultati alla Commissione medesima ai fini dell'esame della domanda”. Tra le visite mediche menzionate non possono non rientrare, evidentemente, anche quelle psicologiche/psichiatriche, che pure possono raggiungere il medesimo obiettivo di accertare traumi e abusi subiti dai richiedenti.

Peraltro, tale disposizione può trovare applicazione anche in ambito giurisdizionale, potendo il Tribunale acquisire eventuale documentazione sanitaria (o di qualunque altro genere) in possesso del ricorrente, ma avendo altresì la facoltà di disporre consulenze tecniche d'ufficio, che potrebbero rivelarsi particolarmente rilevanti ai fini della decisione: “La ricostruzione delle massime di verosimiglianza non può evitare di avvalersi del dovere istruttorio del giudice, che dovrà raccogliere officiosamente informazioni e dotarsi di competenze specialistiche per attingere al bagaglio di esperienze e contesti tipici delle realtà dei Paesi di origine”³⁰.

³⁰ M. ACIERNO (a cura di), *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, gli speciali di *Questione Giustizia*, gennaio 2021, pag. 60 <https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/pdf/37/qg_speciale_2021-1.pdf>.

4. La valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo minorenne. Un caso di studio con molte incertezze

Dopo aver esaminato le garanzie procedurali previste e presentato alcuni accorgimenti pratici per l'intervista di richiedenti asilo minorenni, ci si è concentrati, nel paragrafo che precede, su un caso esemplare nel ribadire la rilevanza, al fine del completamento dell'istruttoria delle richieste di protezione internazionale avanzate da minori, di forme di comunicazione alternative al linguaggio e delle relazioni sanitarie e psicologiche.

Con il caso studio a seguire³¹, si intende portare l'attenzione del lettore su alcune possibili caratteristiche del procedimento di valutazione di credibilità delle dichiarazioni rese da un richiedente minorenne, come spunto di riflessione e al fine di introdurre alcuni criteri guida in materia.

i. Stralcio di intervista

Mustapha è un ragazzo di 16 anni del Senegal.

Intervistatore: Buongiorno Mustapha adesso ti farò alcune domande relative alla tua famiglia e alla tua vita in Senegal, prima che tu partissi. Sei d'accordo?

Mustapha: Sì.

I: Dove sei nato?

M: Sono nato a Médiégue.

I: Hai sempre vissuto lì?

M: Sì, ho sempre vissuto lì fin quando sono partito.

I: Puoi dirmi dove si trova esattamente Médiégue?

M: So che si trova in Casamance.

I: Potresti darmi qualche dettaglio in più? Non riesco a trovare il nome di questo villaggio sulla mappa.

M: Si trova vicino a Sindiang. Sulla carta geografica, Médiégue sta proprio al centro di altri villaggi.

I: Sai quali sono i villaggi lì intorno?

M: C'è Sindiang, che è la provincia, e poi Bignona, il dipartimento. Non mi ricordo gli altri nomi.

I: Cosa si vede intorno a Médiégue?

M: Médiégue è un grande villaggio. C'è il terreno di calcio e a destra ci sono delle scuole private. Dall'altro lato c'è la scuola media.

I: Ci sono moschee o edifici pubblici importanti a Médiégue, come il municipio o l'università?

M: Non lo so.

³¹ Ispirato ad una reale intervista, ma elaborato a fini didattici.

I: Quanti abitanti ha Médiégue?

M: Ci sono molte famiglie...

I: Puoi parlarmi della tua famiglia?

M: Ho i miei genitori, un fratello, una sorella e poi ci sono io.

I: Tu sei il più grande?

M: No, la sorella è la più grande e io sono il secondo.

I: Tuo fratello quanti anni ha?

M: Circa 12 anni.

I: Dove si trovano attualmente i tuoi familiari?

M: I miei genitori e mia sorella vivono a Médiégue, mentre mio fratello non so dove sia.

I: Sei andato a scuola?

M: Sì, per sei anni. So leggere e scrivere ma non benissimo.

I: Che cosa fanno i tuoi genitori?

M: Coltivano la terra. Anche mia sorella aiuta mia mamma nei campi e anch'io li aiutavo dopo la scuola.

I: Che cosa coltivano i tuoi familiari?

M: Arachidi, mais, miglio e riso.

I: Qual è la tua religione?

M: sono musulmano

I: Conosci il tuo gruppo etnico?

M: Sì, siamo Diola

I: Quale lingue parli?

M: Wolof, un po' di Francese ed un po' di Diola

I: Parli bene il Diola?

M: Sì, perché a casa parliamo Diola. A scuola invece ho imparato il Francese.

I: Adesso vorrei chiederti di raccontarmi le ragioni per cui hai lasciato il tuo Paese:

M: Gli adulti del villaggio dicevano che bisognava protestare contro i ribelli, volevano poter stare tranquilli e vivere sicuri. Infatti i ribelli venivano sempre nel nostro villaggio per prendere cose e bestiame. Una volta avevano anche messo un posto di blocco sulla strada principale, avevano fermato me e mio padre. Quando i ribelli hanno saputo che a Médiégue si stava organizzando una manifestazione contro di loro, sono arrivati nel villaggio, con le armi, per prendere i ragazzi come me e per spaventare la popolazione. La nostra casa era la prima che hanno incontrato. Sono entrati e hanno trovato mia madre, con mio fratello, che stavano in cucina. Volevano prendere mio fratello e mia madre si è messa a gridare. Allora, io sono uscito per vedere che cosa fosse successo. A quel punto hanno lasciato stare mio fratello, forse lui era troppo piccolo, hanno preso me, mi hanno legato mani e piedi e mi hanno buttato in una macchina. Insieme ad

altri ragazzi, ci hanno portato in un campo, che si trovava nella boscaglia, molto lontano dal villaggio. Ci davano poco da mangiare e robe crude.

Un giorno, uno dei ribelli è venuto da me e mi ha chiesto perché fossi lì, ero il più piccolo di tutti, e mi ha detto che mi avrebbe aiutato a scappare. Così, mi ha detto che quando suonava la campanella, dovevo uscire per primo in cortile e andare in una direzione diversa dagli altri e poi seguire il contorno dell'edificio, fino ad arrivare sul retro. Lì, c'era un albero, su cui sarei dovuto salire, per poi scavalcare il muro. Così ho fatto, ho scavalcato e mi sono messo a correre. Ho continuato a correre, ad andare avanti, e sono giunto fino a Sindiang. Da lì, ho chiamato mia zia, che è venuta a prendermi, mi ha portato a casa sua, e poi mi ha aiutato a lasciare il Paese. Avevo paura e non volevo tornare al villaggio.

I: Grazie del tuo racconto. Adesso ti farò alcune domande per comprendere meglio la tua situazione. Potresti spiegarmi chi sono i ribelli a cui hai fatto riferimento nel tuo racconto?

M: Il loro capo si chiama Salif Sadio.

I: Conosci qualcosa di più sul movimento dei ribelli?

M: Da parecchio tempo ci sono i ribelli. Lottano e si nascondono nella boscaglia. Il Presidente ha anche proposto loro di lasciare la ribellione e di lavorare insieme per il Paese. Sembrava che le cose andassero meglio quando io ero più piccolo, ma poi loro hanno rifiutato e stanno continuando a fare la ribellione.

I: Questo movimento di ribelli ha un nome?

M: Hanno preso il nome del capo e questo nome è stato dato al loro gruppo.

I: Potresti descrivermi meglio il campo in cui sei stato tenuto dai ribelli?

M: Ero rinchiuso in una stanza come questa, in muratura. Eravamo in otto lì dentro.

I: Ricordi qualcos'altro?

R: Lo stabile era fatto di cinque stanze e noi vivevamo in otto. Poi, c'erano le altre stanze. Ricordo che c'era un odore strano, l'odore che senti quando ci sono le mucche. La sera era molto buio.

I: Hai raccontato di esserti allontanato uscendo per primo in cortile, al suono della campanella. Potresti spiegarmi meglio come hai fatto?

M: Sono uscito velocemente, non appena ho sentito il primo rintocco della campanella. Sapevo di dover scappare e quindi mi ero svegliato molto presto. Sono uscito dalla stanza prima che gli altri ragazzi arrivassero nel cortile e in quel momento i ribelli erano tutti vicini all'ingresso principale del campo, dove facevano la guardia. Non mi ha visto nessuno.

I: Dopo che sei fuggito, i ribelli si saranno resi conto che non eri più al campo. Sai se ti hanno cercato?

M: Ai ragazzi piccoli come me i ribelli facevano raccogliere la legna e governare gli animali. Solo quelli più grandi li facevano addestrare con le armi. Non so se si sono accorti che sono scappato.

I: Quanti anni avevi quando ti è successo tutto questo?

M: Credo 13.

ii. Stralcio di decisione della Commissione Territoriale:

CONSIDERATO che dall'analisi delle dichiarazioni rese dal richiedente e dall'esame delle fonti visionate, la Commissione ritiene:

- **credibili** gli elementi relativi alle circostanze personali e familiari del richiedente (composizione della famiglia, livello di studi, religione), alla nazionalità senegalese e all'etnia Diola, alla luce della lingua parlata e delle dichiarazioni rese, e pertanto accettati;

- **non credibili** gli elementi relativi alla provenienza dalla regione di Casamance, in quanto il richiedente non ha saputo descrivere in modo dettagliato e circostanziato l'area di origine: ha fornito informazioni scarse e confuse sul villaggio di Médiégue, non conosce i nomi dei villaggi circostanti, né il numero di abitanti.

Tali elementi non sono pertanto accettati;

- **non credibili** gli elementi relativi alla vicenda del rapimento da parte dei ribelli, la successiva prigionia e la fuga:

1. il richiedente non ha fornito sufficienti informazioni rispetto al gruppo dei ribelli che lo avrebbe prelevato, non sa riferirne il nome, né le vicende politiche che lo riguardano, se non in modo vago e generico;

2. il richiedente non ha saputo descrivere in modo dettagliato e circostanziato il luogo della propria prigionia;

3. appaiono inverosimili le circostanze della fuga: risulta illogico che il richiedente sia riuscito a mettersi in salvo senza richiamare l'attenzione dei ribelli che presidiavano il campo o degli altri ragazzi; appare, inoltre, del tutto inverosimile che un ragazzo di 13 anni sia riuscito ad arrivare a piedi fino alla città di Sindiang, quando egli stesso aveva dichiarato che il campo si trovava molto lontano dal proprio villaggio. In tal senso, le dichiarazioni del richiedente risultano contraddittorie.

Tali elementi non sono pertanto accettati.

Nel caso studio in questione, la Commissione Territoriale valuta come non credibili molti degli elementi materiali su cui si è concentrata l'intervista di un richiedente asilo Senegalese di 16 anni.

In particolare, non è ritenuta attendibile la provenienza dalla zona della Casamance, in quanto *il livello di dettaglio* delle risposte fornite dal richiedente su tale argomento non è giudicato sufficiente. Allo stesso modo, *non sufficientemente dettagliate* sono considerate le informazioni fornite relativamente al gruppo di ribelli da cui il ragazzo è stato prelevato o rispetto al luogo della propria prigionia.

Credibile è invece ritenuto il *profilo* del richiedente: e alla luce proprio di tale profilo si impongono alcune riflessioni.

Il richiedente, al momento dell'intervista, ha 16 anni, è andato a scuola per sei anni, dichiara di saper leggere e scrivere ma "non benissimo". È cresciuto in una famiglia dedita all'agricoltura, che aiutava nei campi dopo la scuola, e, infine, riferisce eventi avvenuti quando aveva 13 anni.

Si tratta di aspetti in termini di età, genere, religione, contesto familiare e culturale, eventuali traumi vissuti – come ribadito nei paragrafi che precedono – determinanti per le tecniche di intervista impiegabili, che a tali elementi dovranno adattarsi al fine di raccogliere al meglio informazioni utili alla decisione del caso individuale.

Come evidenziato nelle conclusioni della ricerca "The heart of the matter"³², anche rispetto alla valutazione di credibilità, e in particolare rispetto all'indicatore della "sufficienza di dettaglio", risulta "vitale" considerare il profilo del minore richiedente protezione internazionale. Infatti, la mancanza di dettaglio delle dichiarazioni di un richiedente non implica necessariamente che tali dichiarazioni non siano credibili, ma potrebbe essere un riflesso del livello di istruzione, del contesto culturale e dell'età del richiedente. Nel caso di studio, abbiamo davanti a noi un ragazzo giovane, poco scolarizzato, cresciuto in una famiglia che non gli ha dato opportunità di esposizione a parametri culturali diversi, mai uscito dal suo contesto prima di imbarcarsi nel viaggio che l'ha portato in Italia. Inoltre, i fatti che riferisce sono avvenuti almeno tre anni prima dell'intervista, quando il suo livello di sviluppo cognitivo ed emotivo era senz'altro inferiore.

Siamo certi che la conclusione a cui è giunta la Commissione Territoriale nel caso di studio sia corretta? Senza avere l'ambizione di dare una risposta univoca a questa domanda (la risposta sarà ovviamente diversa a seconda dei casi individuali, sui quali potranno raccogliersi nella realtà molte più informazioni rispetto al caso studio riportato), ciò che preme sottolineare è l'importanza della considerazione delle caratteristiche individuali del richiedente anche nel momento della valutazione della credibilità, e quindi dell'accertamento dei fatti materiali relativi alla sua domanda di protezione.

Un ulteriore spunto di riflessione è dato dalle considerazioni riportate nello stralcio della decisione in merito alla fuga di Moustapha: le circostanze della stessa appaiono *inverosimili*; risulta *illogico* che il richiedente sia riuscito a mettersi in salvo...; appare inoltre del tutto *inversosimile* che un ragazzo di 13 anni sia riuscito ad arrivare a piedi fino alla città di Sindiang.

³² UNHCR & the European Refugee Fund of the European Commission, "The heart of the matter – Assessing credibility when children apply for asylum in the European Union", 2014, pp. 168 e ss., <https://www.refworld.org/docid/55014f434.html>.

Le considerazioni riportate in questo paragrafo fanno riferimento ad un unico indicatore di credibilità: quello della *plausibilità*. La pratica internazionale ha da tempo evidenziato come quest'ultimo sia, nel contesto della valutazione delle domande di protezione internazionale, l'indice dall'utilità più discutibile e quello che più si presta a considerazioni arbitrarie o puramente soggettive.

Lo studio "Beyond Proof" di UNHCR ha individuato, nelle pratiche statali osservate, diversi esempi di giudizi di implausibilità che risultavano basarsi su "assunti soggettivi, congetture speculative e percezioni personali", piuttosto che su deduzioni ricavabili da dati obiettivi, indipendenti ed affidabili³³.

Il rischio connesso all'utilizzo di tale indicatore è quello che l'esaminatore, consapevolmente o meno, elevi a parametro per le valutazioni di plausibilità la propria esperienza personale o quelle di altre persone provenienti dal proprio stesso contesto geopolitico, sociale o culturale. Ciò contrasterebbe apertamente con il requisito normativo per il quale le domande di asilo devono essere valutate in modo individuale, obiettivo ed imparziale.

In considerazione di tali difficoltà, l'UNHCR applica la nozione di implausibilità in una accezione rigorosamente ristretta, ovvero nel senso di "affermazione di fatti o circostanze che sono scientificamente impossibili o estremamente improbabili secondo le leggi della fisica"³⁴, limitando, pertanto, a casi del tutto eccezionali il ricorso a tale categoria concettuale quale indicatore affidabile di credibilità.

5. La rilevanza giuridica di atti specificamente diretti contro l'infanzia nella valutazione delle domande di richiedenti asilo diventati maggiorenni

I racconti di richiedenti asilo caratterizzati da episodi di violenza, abuso o sfruttamento subiti da minorenni nel Paese d'origine sono piuttosto frequenti. A questo proposito, l'art. 7, comma 2, lett. f), d.lgs. 251/07, prevede che tra gli atti di persecuzione rilevanti ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato vanno considerati anche quelli "specificamente diretti [...] contro l'infanzia".

Tra questi possono senz'altro ricomprendersi le violazioni dei diritti individuati nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (Convention on the Rights of the Child – CRC) approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novem-

³³ UNHCR, "Beyond proof – Credibility Assessment in EU Asylum Systems", 2013, p. 181, <https://www.unhcr.org/protection/operations/51a8a08a9/full-report-beyond-proof-credibility-assessment-eu-asylum-systems.html>.

³⁴ UNHCR, *Summary of Deliberations on Credibility Assessment in Asylum Procedures*, Expert Roundtable, 15 gennaio 2015, par. 40, <http://www.refworld.org/docid/554c9aba4.html>.

bre 1989, tra i quali: il diritto a non essere separati dai genitori (art. 9); la protezione da ogni forma di violenza fisica o mentale, di abuso, di abbandono o negligenza e di sfruttamento (art. 19); la protezione da pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute (art. 24); un livello di vita sufficiente a consentirne lo sviluppo (art. 27); il diritto a non essere detenuti o imprigionati se non quale misura assolutamente eccezionale (art. 37); la protezione dall'arruolamento minorile (art. 38).

Inoltre, in base all'art. 6, gli Stati devono impegnare il massimo delle risorse disponibili per tutelare la vita e il sano sviluppo dei bambini, profilo certamente compromesso in caso di maltrattamenti prolungati o di violenza domestica: "La violenza domestica può altresì rientrare nell'ambito della tortura e di altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti"³⁵. Affinché essa costituisca persecuzione, è necessario il raggiungimento di un livello minimo di gravità; nel valutare la gravità del danno vanno presi in considerazione una serie di fattori quali la frequenza, gli schemi, la durata e l'impatto sul minore, l'età del minore e la sua dipendenza dall'autore della violenza, nonché gli effetti a lungo termine sul suo sviluppo psico-fisico e sul suo benessere"³⁶.

In generale, il livello di gravità degli atti che potrebbero assurgere a persecuzione deve essere valutato tenendo conto delle caratteristiche personali del minore: "Oltre all'età, altre caratteristiche legate all'identità ed alla situazione socio-economica del minore, come il contesto familiare, la classe, la casta, la salute, l'istruzione e il livello di reddito, possono aumentare il rischio di danno, influenzare il tipo di comportamento persecutorio inflitto al minore ed esacerbare gli effetti del danno sullo stesso"³⁷.

Il rischio di esposizione a violazioni di diritti umani cresce inoltre in mancanza di opportunità educative, "per esempio, i minori che vivono in condizioni di estrema povertà e non conducono una vita sana sono particolarmente esposti al lavoro forzato e ad altre forme di sfruttamento. Inoltre, esiste una correlazione diretta tra i livelli di scolarizzazione primaria per le ragazze e significative riduzioni dei matrimoni precoci"³⁸.

E ancora, i minori abbandonati o comunque privi di cure parentali, affidati ad istituti o scuole coraniche, sono maggiormente esposti al pericolo di abusi

³⁵ CRC, Commento Generale N. 8 op. cit., par. 12; Consiglio dei Diritti Umani, Rapporto del Relatore Speciale sulla tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, A/HRC/7/3, 15 gennaio 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c2c5452.html>, par. 45-49.

³⁶ UNHCR, Linee Guida richieste di asilo di minori, par. 33.

³⁷ *Ibidem*, par. 12.

³⁸ Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (di seguito "CESCR"), Commento generale N. 11: Piani di azione per l'educazione primaria (Art. 14 del Patto), E/1992/23, 10 maggio 1999, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4538838c0.html>, par. 4.

e sfruttamento sessuali, di reclutamento e impiego in una forza o gruppo armati o in una banda criminale; i minori disabili possono essere privati delle cure mediche specialistiche o di routine ed essere ostracizzati dalla famiglia o dalla comunità, così come gravi discriminazioni possono derivare ai minori che vivono situazioni familiari considerate non convenzionali, ad esempio, per essere nati al di fuori dal matrimonio o in violazione di prassi familiari coercitive³⁹; ragazze in stato di gravidanza possono essere rifiutate dal contesto di appartenenza e diventare vittime di molestie, violenze, prostituzione forzata o altri lavori umilianti⁴⁰.

In tali ambiti “la soglia della persecuzione, in ragione della vulnerabilità del minore, è più bassa in base alla normativa vigente”⁴¹ e “i minori tendono a soffrire di più quando esposti a situazioni ostili, a credere a minacce improbabili o a essere emotivamente colpiti da circostanze a loro poco familiari. Ricordi di eventi traumatici possono permanere in loro esponendoli ad un maggiore rischio di danni futuri”⁴².

Gli atti di persecuzione “specificamente diretti contro l’infanzia” possono qualificare una domanda ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato non solo se legati a motivi di “razza”, “religione”, “nazionalità” o “opinioni politiche”, bensì più spesso perché ricollegabili ad “un particolare gruppo sociale” ex art. 8, comma 1, lett. d), d.lgs. 251/07: quello dei minori, per l’appunto. A questo proposito, va sottolineato come “nonostante l’età non sia, in termini stretti, né innata né permanente in quanto cambia continuamente, essere un minore è a tutti gli effetti una caratteristica immutabile in un qualsiasi momento. Un minore chiaramente non può dissociare sé stesso dalla propria età per evitare la persecuzione temuta. Il fatto che un giorno crescerà è irrilevante per la configurabilità del determinato gruppo sociale, in quanto questa si basa sui fatti così come presentati nella domanda di asilo. Essere un minore è direttamente rilevante per la propria identità, sia agli occhi della società sia dal punto di vista del singolo minore”⁴³.

³⁹ UNHCR, Linee Guida richieste di asilo di minori, par. 12.

⁴⁰ UNHCR, Linee-guida in materia di protezione internazionale N. 1: La persecuzione legata al genere, ai sensi dell’Art. 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativo allo status dei rifugiati, 7 Maggio 2002 (di seguito “UNHCR, Linee-guida sulla persecuzione di genere”), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>, par. 18.

⁴¹ Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino, provvedimento del 13.2.2019, relativo ad un cittadino del Senegal neomaggiorenne.

⁴² UNHCR, Linee Guida richieste di asilo di minori, par. 16.

⁴³ *Ibidem*, par. 49. Su questo principio si vedano: *Afghanistan v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] U.K. AIT 00005, 15 marzo 2007, par. 6 <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a04ac32.html>>, secondo cui il richiedente, “anche se, in caso di sopravvivenza, cesserà, a

Né l'appartenenza di un richiedente asilo al gruppo sociale dei minori cessa automaticamente di produrre effetti con il raggiungimento della maggiore età: “Le conseguenze derivanti dall’essere stati precedentemente membri di tale gruppo sociale potrebbero perdurare anche se il fattore chiave di tale identità (la giovane età del richiedente) non è più applicabile [...]”⁴⁴. Occorre infatti ricordare la possibilità che il neomaggiorenne si giovi della clausola di cui agli artt. 1, sez. C, par. 5 della Convenzione di Ginevra del 1951⁴⁵ e 9, comma 2 *bis*, d.lgs. 251/07. Secondo queste previsioni, se “in astratto si potrebbe ragionare nel senso che la fondatezza del timore manifestato è venuta a mancare in termini di attualità, in quanto nell’ipotesi di rimpatrio il richiedente asilo non si troverebbe nella stessa condizione del passato e, quindi, potrebbe sottrarsi ai medesimi atti persecutori”, tuttavia “si ritiene che proprio in ragione della gravissima portata di questi atti, soprattutto se letti in relazione alla delicata età in cui il richiedente asilo li ha subiti, sia applicabile nella specie l’art. 9 comma 2 *bis* del d.lgs. 251/2007, intervenendo motivi imperativi derivanti da precedenti persecuzioni tali da giustificare il fatto che il richiedente asilo si rifiuti di avvalersi della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza”⁴⁶.

Nel paragrafo 136 del “Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiato”, pubblicato dall’UNHCR nel 1979⁴⁷, l’eccezione di cui all’art. 1, sez. C), par. 5 della Convenzione viene così interpretata:

tempo debito, di essere un minore, è immutabilmente un minore al momento della valutazione”; Decisione V99-02929, V99-02929, Canada, IRB, 21 febbraio 2000, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18e5592.html>: “la vulnerabilità di un minore si pone come conseguenza del suo status di minore; questa è una caratteristica innata e immutabile, nonostante il minore diventerà un adulto”.

⁴⁴ UNHCR, Linee Guida richieste di asilo di minori, par. 51.

⁴⁵ “C. Una persona, cui sono applicabili le disposizioni della sezione A, non fruisce più della presente Convenzione:

[...]

5.se, cessate le circostanze in base alle quali è stata riconosciuta come rifugiato, essa non può continuare a rifiutare di domandare la protezione dello Stato di cui ha la cittadinanza. Tuttavia, queste disposizioni non sono applicabili ai rifugiati indicati nel paragrafo 1 della sezione A del presente articolo, che possono far valere, per rifiutare la protezione dello Stato di cui possiedono la cittadinanza, motivi gravi fondati su persecuzioni anteriori”

⁴⁶ Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino, provvedimento del 13.12.2017, relativo ad un cittadino del Gambia neomaggiorenne. Provvedimenti di analogo contenuto sono stati assunti dalla medesima Commissione, ad esempio, in data 13.2.2019 e 6.5.2019, in quest’ultimo caso per un cittadino neomaggiorenne maliano, maltrattato da uno zio.

⁴⁷ <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Manuale-procedure-e-criteri-determinazione-status-rifugiato-compresso.pdf>.

“Prevede il caso particolare di un soggetto che nel passato ha subito persecuzioni gravissime e che, per questo motivo, non cessa di essere considerato rifugiato anche quando sopravvenga un mutamento radicale di circostanze nel Paese d’origine. Il riferimento al primo comma della sezione A dell’articolo 1 indica che questa eccezione si applica ai «rifugiati statutari». Nel momento in cui è stata elaborata la Convenzione del 1951, la maggioranza dei rifugiati apparteneva appunto a questa categoria. Tuttavia l’eccezione riflette un principio umanitario più generale, che potrebbe essere applicato anche a rifugiati diversi da quelli statutari. È frequentemente ammesso che una persona la quale sia stata vittima, o la cui famiglia sia stata vittima, di atroci forme di persecuzione non può esser tenuta a rimpatriare. Anche quando vi sia stato un cambiamento di regime nel suo Paese, ciò non sempre determina un completo cambiamento nell’atteggiamento della popolazione né, in base alle sue passate esperienze, nella mente del rifugiato”⁴⁸.

Ne deriva che l’eccezione menzionata risulta applicabile non solo a chi sia stato in precedenza riconosciuto rifugiato, per scongiurare l’eventualità della revoca della relativa protezione, ma anche a chi ancora non l’abbia ottenuta, pur avendo parimenti sofferto gravi persecuzioni.

L’affermazione è stata ribadita dal par. 21 delle “Guidelines on International Protection n. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1 C (5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses)” pubblicate sempre dall’UNHCR il 10.2.2003: “Application of the “compelling reasons” exception is interpreted to extend beyond the actual words of the provision to apply to Article 1 A (2) refugees. This reflects a general humanitarian principle that is now well-grounded in State practice”⁴⁹. L’UNHCR ritiene quindi estensivamente applicabile l’eccezione in oggetto, al di là del dato puramente letterale, proprio perché si tratta di un principio umanitario avente carattere generale⁵⁰.

⁴⁸ Proprio alla luce delle fonti predette, la Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino, in data 19.3.2015, riconosceva lo status di rifugiato ad un cittadino minorenni della Sierra Leone, nato e cresciuto a Freetown, “ritenuto che ad oggi il richiedente asilo, per la gravità e l’atrocità delle persecuzioni subite riviverebbe costantemente quanto subito tanto da risubire la persecuzione ai sensi del paragrafo 136 del Manuale sulle Procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato del settembre 1979”.

⁴⁹ Pagg. 97 ss del documento ([http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4f33c8d92&skip=0&query=HANDBOOK AND GUIDELINES ON PROCEDURES AND CRITERIA FOR DETERMINING REFUGEE STATUS under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugee](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4f33c8d92&skip=0&query=HANDBOOK+AND+GUIDELINES+ON+PROCEDURES+AND+CRITERIA+FOR+DETERMINING+REFUGEE+STATUS+under+the+1951+Convention+and+the+1967+Protocol+relating+to+the+Status+of+Refugee)).

⁵⁰ L’interpretazione in parola è stata poi ripresa anche nel volume “La tutela giuridica dei richiedenti asilo – Manuale Giuridico per l’Operatore” pubblicazione realizzata dall’UNHCR e dall’ASGI

Pertanto, una volta accertate la sussistenza di atti persecutori subiti dal richiedente asilo nel Paese di origine durante la minore età e la loro gravità, il mero raggiungimento della maggiore età non potrà essere considerato ostativo al riconoscimento dello status di rifugiato. Il principio ha trovato recente affermazione nella giurisprudenza del Tribunale di Torino, in relazione ad un ricorso ex art. 35 *bis*, d.lgs. 25/08, presentato nell'interesse di un cittadino della Guinea nato nel 1999: "Dal tenore letterale delle dichiarazioni cristallizzate nel verbale del colloquio personale del giorno 23 maggio 2019, non può che trarsi il convincimento che le vessazioni patite dal ricorrente, per la loro natura e reiterazione, siano state tali da rappresentare una grave violazione dei diritti umani fondamentali (nel caso dei bambini, vengono in rilievo, tra gli altri, il diritto alla vita, la libertà dalla tortura e/o da pene o trattamenti inumani o degradanti ai sensi degli artt. 2 e 3 CEDU, nonché il diritto a non essere separati dai genitori ex art. 9 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la protezione da ogni forma di violenza fisica o mentale, di abuso, di abbandono o negligenza e di sfruttamento ex art. 19 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, un livello di vita sufficiente a consentirne lo sviluppo ex art. 27 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza). Inoltre, nel caso in esame, emerge chiaramente la sussistenza di un nesso causale tra gli atti di persecuzione, nella specie di cui all'art. 7, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 251/2007, ed uno dei cinque motivi di cui all'art. 8 d.lgs. n. 251/2007, in quanto gli atti di persecuzione risultano essere stati motivati dall'appartenenza del ricorrente ad un particolare gruppo sociale, vale a dire quello dei bambini orfani, sottoposti a vessazioni e violenza domestica per la sola ragione di non avere più una protezione familiare. (...) Pur essendo indiscutibile che il richiedente abbia raggiunto la maggiore età (...), gli atti persecutori patiti durante l'infanzia (...) sono stati di un'atrocità tale da aver comportato l'insorgenza di traumi e di risvolti psicologici che renderebbero intollerabile, per

(Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), con il coordinamento dello S.P.R.A.R (Servizio Centrale del Sistema di Protezione per Richiedenti asilo e Rifugiati) e con la supervisione del Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno, 2012, <http://asgi.it/wp-content/uploads/2014/04/2012_manuale_asilo_FER.pdf>: "Nei casi in cui le persecuzioni sofferte nel passato siano di eccezionale gravità, anche laddove una futura reiterazione delle stesse appaia oggettivamente irrealistica o inverosimile, la persona che ne sia stata colpita può essere riconosciuta rifugiata (cfr. nell'art. 1-C, n. 5 e n. 6 della Convenzione di Ginevra l'indicazione di "ragioni imperative derivanti da precedenti persecuzioni", sebbene si riferisca al diverso ambito delle cause di cessazione). Secondo l'UNHCR (UNHCR Handbook, par. 136) si tratta di un generale principio di natura umanitaria, in base al quale non si può rimpatriare un individuo che è stato colpito, in prima persona o indirettamente attraverso i suoi familiari, da atroci forme di persecuzione di cui stia ancora soffrendo il trauma".

lui, un suo eventuale rimpatrio. (...) In conclusione, nel caso di specie, il ricorrente, trovandosi in una condizione di estrema vulnerabilità sia psicologica che sociale, rischierebbe di subire nuovamente forme di punizione, emarginazione, ritorsione, aggravate dal danno già sofferto in precedenza. Quanto all'attualità del timore, sebbene il richiedente sia maggiorenne, si ritiene che la gravità della passata persecuzione (...) dispieghi, ancora nel presente, effetti tali da configurare quella peculiare fattispecie – delineata dalle Linee Guida stilate dall'UNHCR in materia di cessazione dello status di rifugiato – in cui preminenti “motivi imperativi derivanti da precedenti persecuzioni” giustificano il rifiuto del richiedente di avvalersi della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza (UNHCR, Guidelines On International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C (5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses), para. 20, <https://www.unhcr.org/3e637a202.pdf>)⁵¹.

Si tratta tuttavia di una pronuncia ancora isolata, giacché tali principi stentano ad essere riconosciuti in sede giurisdizionale, dove ricorrenti che hanno formalizzato la domanda di protezione da minorenni vengono trattati alla stregua dei richiedenti maggiorenni; allo stesso modo, eventuali gravi atti di persecuzione subiti durante la minore età non vengono ritenuti sufficienti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale perché non attuali.

Si ritiene quindi fondamentale una maggiore attenzione da parte dell'Autorità Giudiziaria, chiamata ad un costante aggiornamento e ad una significativa specializzazione, anche attraverso l'impiego di ausiliari e consulenti oggi raramente nominati.

⁵¹ Trib. Torino, decreto del 13.5.2022, N.R.G. 21099/2019.

SEZIONE SECONDA

NON RESPINGIMENTO
E PROTEZIONE COMPLEMENTARE

L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di non respingimento tra fonti internazionali, europee e nazionali. – 3. L'applicazione del principio di *non refoulement*: i criteri interpretativi. – 4. L'attuazione nell'ordinamento italiano. – 4.1 Adattamento speciale e adattamento ordinario. – 4.2 L'art. 19 T.U. come norma di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali. – 5. L'art. 19 come norma di adattamento di tipo misto, ordinario e speciale. – 5.1 Il divieto assoluto di persecuzione. – 5.2 Il divieto assoluto di tortura, pene o trattamenti disumani e degradanti. – 5.3 Il diritto limitabile alla vita privata e familiare. – 6. Lo *status* giuridico del soggetto inespellibile.

1. Premessa

In base all'art. 10(2) Cost. il trattamento dello straniero è disciplinato dalla legge in conformità agli obblighi internazionali. Obblighi che sono vigenti e tendenzialmente applicabili anche a prescindere dall'esistenza di specifiche disposizioni di attuazione. In questo senso deve essere interpretato il noto messaggio che il Presidente della Repubblica aveva voluto inviare al Presidente del Consiglio nel momento della firma del D.L. 113 del 2018, che aveva modificato proprio una delle norme di attuazione di tali obblighi. In tale occasione, il Presidente della Repubblica aveva affermato:

“Al riguardo avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

A prescindere dunque dal loro espresso richiamo nei testi legislativi, tali obblighi gravano in capo alle autorità amministrative e giurisdizionali dello Stato; obblighi che sono, appunto, fermi ma non inermi. È proprio della loro efficacia nel nostro ordinamento che ci si occuperà nel presente scritto, con riferimento ad uno specifico obbligo internazionale, costituito dal principio di *non refoulement*, che non esaurisce il novero degli obblighi internazionali e tuttavia indivi-

dua il nucleo forte di tali obblighi gravanti in capo agli Stati, altrimenti liberi di disciplinare allontanamento, ammissione e trattamento dello straniero secondo la loro discrezionalità.

Più in particolare, il presente contributo è dedicato all'interpretazione del principio di non respingimento, come codificato nell'art. 19 (1, 1.1) del T.U. 286/1998, novellato ad opera del D.L. 130 del 2020. L'analisi prenderà le mosse dall'inquadramento del principio di non respingimento nel diritto internazionale ed europeo, rispetto al quale l'art. 19 (1, 1.1) T.U. funge da norma di attuazione, per poi andare più specificamente a vedere quali sono gli effetti e l'applicazione di tali fonti nel nostro ordinamento. L'art. 19 (1, 1.1) sarà dunque soggetto ad una sorta di radiografia, riconducendo ciascuna disposizione all'obbligo internazionale al quale si riferisce e specificandone gli effetti nel nostro ordinamento. A tal fine, la natura di norma di attuazione di obblighi internazionali impone di tenere conto, oltreché del contenuto di ciascun obbligo, anche del metodo di attuazione seguito.

2. Il principio di non respingimento tra fonti internazionali, europee e nazionali

È pacifico che il principio di *non refoulement* costituisca uno dei limiti derivanti dal diritto internazionale alla libertà degli Stati di ammettere e allontanare gli stranieri nel e dal proprio territorio.

Nella nozione di *refoulement* è incluso il *refoulement* diretto (protezione dai rischi nel Paese di prima destinazione) e indiretto (protezione dai rischi in un Paese terzo nel quale la persona potrebbe essere rinvia dal Paese di destinazione).

Esso si applica a qualsiasi forma di allontanamento (espulsione, estradizione, trasferimento) o di non ammissione (respingimento o rinvii indietro), in qualsiasi luogo avvengano: deve, infatti, essere garantito anche nel caso in cui la persona si trovi fuori dal territorio nazionale ma sotto la giurisdizione statale, da intendersi qualsiasi situazione nella quale lo Stato eserciti un'autorità, un controllo effettivo sulla sfera personale e giuridica della persona interessata¹.

Non sono immuni dall'applicazione del principio neanche i trasferimenti di persone tra Stati membri dell'Unione europea nell'ambito del regolamento Dublino. D'altra parte l'Unione è, per precipua volontà degli Stati, ancora un'organizzazione con Stati sovrani e, dunque, l'allontanamento verso un Paese membro, dal punto di vista del diritto internazionale, determina l'applicazione di tutte le

¹ Si veda tra tutte la sentenza della Corte europea dei diritti umani del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Appl. n. 27765/09.

regole e garanzie tipiche dei trasferimenti di una persona tra Stati nazionali.

Si tratta di un principio multiforme che, a seconda della fonte internazionale rilevante e del contenuto specifico, assume un carattere assoluto o relativo, suscettibile di deroghe.

Il nucleo essenziale è sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e riconosciuto come fonte di diritto internazionale generale². Questo stesso divieto discende, inoltre, dagli obblighi internazionali degli Stati membri ai sensi del Patto internazionale sui diritti civili e politici³ e della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁴, adottati sotto l'egida delle Nazioni Unite.

A livello europeo, la Corte EDU ne ha affermato la vigenza interpretando, in particolare, gli articoli 3 e 8 CEDU. Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il divieto di cui all'art. 3 CEDU è riprodotto in due articoli diversi: nell'art. 4 è sancito il divieto di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti, corrispondente al contenuto dell'art. 3; nell'art. 19(1) è riprodotto il divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 del Prot. 4 alla CEDU, mentre nell'art. 19(2) è sancito il divieto di allontanamento, espulsione o estradizione di qualsiasi persona "verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti". Divieto che non trova corrispondenza in un articolo della CEDU, ma nella nota giurisprudenza della Corte EDU che ha adottato la c.d. interpretazione *par ricochet* dei divieti espressamente sanciti. In particolare, secondo una costante giurisprudenza della Corte EDU, l'articolo 3 della CEDU osta, senza possibilità di deroghe, all'allontanamento, all'espulsione o all'extradizione da parte degli Stati contraenti di uno straniero quando vi siano fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di destinazione, correrebbe un rischio concreto di subire trattamenti vietati da tale norma⁵.

In base, invece, all'articolo 33(2) della Convenzione di Ginevra, gli Stati pos-

² Si veda l'ampio studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla Commissione di diritto internazionale, in particolare il memorandum del segretariato della Commissione: A/CN.4/565 del 10 luglio 2006.

³ Il Patto sui diritti civili e politici è stato adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976; all'art. 7 vieta la tortura e le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Su tale obbligo si veda anche il la General opinion n. 31 del Comitato dei diritti umani del 29 marzo 2004, punto 12, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

⁴ Art. 7 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987.

⁵ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte EDU del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, §§ 90 e 91; del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, §§ 74 e 80, nonché del 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*, §§ 39 e 41.

sono, in talune circostanze, derogare al principio secondo cui un rifugiato non può essere respinto verso territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. Analoga eccezione al principio di non respingimento è stata codificata all'art. 21(2), della direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche, il cui tenore letterale ricalca, in sostanza, quello dell'art. 33(2) della Convenzione di Ginevra.

I giudici nazionali, trovandosi di fronte ad un obbligo di derivazione CEDU di carattere assoluto e ad un obbligo UE derogabile disciplinato in conformità alla Convenzione di Ginevra, si sono rivolti alla Corte di giustizia per dirimere in via interpretativa l'apparente conflitto tra l'obbligo internazionale e quello UE. La Corte di giustizia, ha chiarito che, in base all'art. 21(2) della direttiva 2011/95/UE, gli Stati membri possono avvalersi della deroga al principio di *non refoulement* solo qualora non sia vietata dai loro obblighi internazionali⁶. Un'analoga disposizione è contenuta nell'art. 5 della direttiva 2008/115/CE, c.d. direttiva rimpatri, laddove si precisa che qualora l'autorità nazionale competente intenda adottare una decisione di rimpatrio, essa deve vigilare sul rispetto del principio di non respingimento⁷.

Come ha precisato l'Avvocato generale *Wathelet*:

“gli sviluppi registrati nel settore della tutela dei diritti umani fin dall'adozione della Convenzione di Ginevra implicano che gli obblighi degli Stati membri a norma del diritto dell'Unione e del diritto internazionale neutralizzano ormai ampiamente l'eccezione al principio di non respingimento. [...] laddove il respingimento esponga il rifugiato al rischio effettivo di subire la pena di morte o trattamenti vietati dall'articolo 4 della Carta, dall'articolo 3 della CEDU, nonché dagli altri obblighi internazionali menzionati al paragrafo precedente, la facoltà di derogare al principio di non respingimento prevista dall'articolo 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra e all'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 rappresenta solo una possibilità teorica in capo agli Stati membri, la cui attuazione concreta è ormai vietata in nome della tutela dei diritti fondamentali”⁸.

In definitiva, una deroga, quella consentita nell'ambito della Convenzione di Ginevra, che è destinata ad essere inapplicabile nel sistema regionale europeo di protezione dei diritti umani, per la prevalente protezione più estensiva derivante dall'art. 3 CEDU, che dispone un divieto assoluto e non derogabile.

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, *M*, C-391/16, punti 96 e 111.

⁷ Corte di giustizia, sentenze dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C249/13, punto 49; 8 maggio 2018, *K.A. e a.*, C82/16, punto 103.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale *Wathelet* nelle conclusioni presentate il 21 giugno 2012 nella causa *M*, C-391/16, punti 57 e 61.

Ma il sistema regionale europeo di protezione dei diritti umani si caratterizza anche per un altro significativo limite all'allontanamento rispetto a quello ricavabile dalla Convenzione di Ginevra. Si tratta del diritto alla vita privata e familiare, sancito all'art. 8 CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anch'esso ampiamente interpretato dalla Corte EDU e ora pienamente attuato anche nell'ordinamento italiano.

3. L'applicazione del principio di *non refoulement*: i criteri interpretativi

Al fine di assicurare un'interpretazione corretta nell'ordinamento italiano del principio di *non refoulement* di derivazione internazionale, occorre definire quali siano i criteri interpretativi rilevanti.

Prima di tutto, quando abbiamo più fonti in materia di diritti umani, si applica sempre la tutela più favorevole, sempre la tutela più estesa. Sappiamo, infatti, che in alcuni casi il principio di *non refoulement* è assoluto, mentre in altri casi è limitabile. Il principio della tutela più estesa è stato osservato, come abbiamo visto, dalla Corte di giustizia nel dipanare l'apparente contrasto tra l'art. 21 della direttiva 2011/95/UE, scritto in conformità alla Convenzione di Ginevra e l'art. 3 CEDU.

L'analisi del contenuto dei singoli diritti, con prevalenza della tutela più favorevole, deve accompagnarsi ad un altro fondamentale criterio interpretativo, quello del *minimum standard*: le convenzioni internazionali sui diritti umani, inclusa la CEDU, costituiscono uno standard minimo rispetto al diritto nazionale che, quindi, può sempre prevedere uno standard superiore. L'obbligo internazionale è, dunque, sempre derogabile *in melius*⁹.

Il contenuto minimo del principio di *non refoulement* è il divieto in capo allo Stato di allontanare una persona o l'obbligo di ammetterla; è un obbligo negativo, perché impone allo Stato un obbligo prevalentemente di astensione e, soprattutto, perché, anche quando impone l'ammissione, non è previsto il riconoscimento di uno specifico *status*. Evidente che, nel caso in cui vi siano i presupposti per ottenere la protezione internazionale, la persona otterrà tale *status*, ma, in mancanza o in presenza di una causa di esclusione o di revoca, il soggetto è tecnicamente qualificabile solo come inespellibile: l'obbligo internazionale non prevede anche la veste giuridica ma, solo, il divieto di allontanamento. Un divieto *self-executing*, espresso in modo chiaro, preciso e incondizionato e, dunque, tale da essere applicabile a prescindere da una specifica attuazione a livello interno, anche se a livello nazio-

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, *M*, cit., punto 111.

nale manchi il riconoscimento di uno specifico *status* per il soggetto inespellibile.

Questo è anche quanto si ricava anche dal diritto dell'Unione, allo stato attuale di avanzamento della normativa UE in materia di immigrazione e asilo. Sappiamo infatti che il diritto UE disciplina lo *status* di protezione internazionale e non, almeno non ancora, lo *status* connesso ad altre forme di protezione che sono applicabili a livello nazionale in tutti quei casi in cui si applica il principio di non *refoulement*. Espressamente l'art. 2(h) Direttiva 2011/95/UE nel recare la definizione di "domanda di protezione internazionale" afferma trattarsi di:

"una richiesta ... *per* ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della presente direttiva e che possa essere richiesto con domanda separata".

Quindi il diritto dell'Unione non disciplina le forme di protezione nazionali ma le ritiene una protezione diversa, che può anche essere richiesta con domanda separata rispetto a quella con la quale si richiede la protezione internazionale. La Corte di giustizia ha poi chiarito che la protezione nazionale, disciplinata dunque in base al diritto nazionale e non al diritto dell'Unione, potrebbe essere rilevante, ad esempio, per applicare l'asilo costituzionale¹⁰. Inoltre, sempre la Corte di giustizia, in materia di revoca ed esclusione dello *status* di protezione internazionale, ha affermato esplicitamente che, in base al diritto dell'Unione, possono esservi casi di revoca ed esclusione non tanto dello *status* di protezione internazionale, quanto del permesso di soggiorno per motivi di protezione internazionale, ammettendo che esistono obblighi di *non refoulement* che devono essere tutelati in base alla normativa nazionale, di tutti coloro che, pur diniegati o privati di una protezione internazionale, debbano comunque essere tutelati perché non possono essere allontanati in base al principio di *non refoulement*. Adamantina è la sentenza *MP* del 2018 nella quale la Corte afferma che la sussistenza dei limiti dell'allontanamento di cui all'art. 3 CEDU non implica l'autorizzazione al soggiorno a titolo di protezione sussidiaria e che, quindi, spetta allo Stato membro individuare la tipologia di soggiorno del soggetto non espellibile, che non trova disciplina nel diritto UE¹¹. Ancora, nella sentenza *M* del 14 maggio 2019 la Corte di giustizia afferma che è rinvenibile un minimo di diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali che gli Stati devono riconoscere ai soggetti non espellibili: il diritto alla vita privata e familiare (art. 7); la libertà di attività professionale (art. 15); il diritto alla previdenza sociale (art. 34); il diritto della salute (art. 35). In

¹⁰ Corte di giustizia, sentenze 9 novembre 2010, C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Bodj*, punti 43-47.

¹¹ Corte di giustizia, sentenza 24 aprile 2018, C-353/16, *MP*.

questa sentenza, la Corte giunge ad individuare una sorta di statuto minimo di derivazione UE del soggetto inespellibile, la cui disciplina complessiva è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri.

4. L'attuazione nell'ordinamento italiano

4.1. Adattamento speciale e adattamento ordinario

Nell'analizzare l'attuazione in Italia del principio di *non refoulement* di derivazione internazionale occorre tenere presente il sistema di adattamento degli obblighi internazionali, perché gli effetti sono diversi a seconda del sistema seguito.

L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, come ci insegna la manualistica, può avvenire con un adattamento speciale od ordinario.

Nel caso di adattamento speciale, abbiamo una norma interna, quasi sempre una legge, che rinvia alla norma internazionale. Questo sistema offre una piena aderenza alla norma internazionale e alle sue vicissitudini, ad esempio alle sue modifiche o anche ai pareri e criteri interpretativi adottati dai Comitati posti a tutela dei vari strumenti internazionali¹². Un esempio di norma di adattamento speciale è l'articolo 5(6) T.U. 286/1998, che rinvia agli obblighi internazionali come limite al diniego, rinnovo o revoca del permesso di soggiorno: in virtù di tale rinvio, tali obblighi possono essere applicati direttamente, laddove siano self-executing come quasi sempre avviene per gli obblighi negativi e di sicuro per il principio di *non refoulement*, che impone allo Stato di astenersi dall'allontanare o di non respingere.

L'adattamento ordinario, invece, consiste nell'adozione di una legge che riformula l'obbligo internazionale in una norma nazionale, includendo talvolta anche modifiche e integrazioni ritenute necessarie per garantire un efficace adattamento dell'ordinamento interno all'obbligo internazionale. In questo caso, l'obbligo internazionale sarà osservato applicando la legge interna di attuazione. Questo sistema rende apparentemente più semplice l'attività interpretativa di giudici e avvocati, che non devono riferirsi direttamente alla fonte internazionale per risolvere un caso concreto, potendo fondarsi su una norma interna. Tuttavia, la semplificazione è solo apparente. Preliminarmente, occorre verificare l'effettiva corrispondenza del contenuto della legge all'obbligo internazionale che la prima va ad attuare. Se il contenuto fosse diverso, occorrerebbe verificare in che modo

¹² Ad es., particolarmente rilevanti per la materia della protezione internazionale sono il Comitato contro la tortura e il Comitato sui diritti umani.

lo sia. Se, infatti, la normativa nazionale reca un contenuto più favorevole, *nulla quaestio*, dato che, come già precisato, la normativa internazionale impone uno standard minimo che ben può essere derogato *in melius* negli ordinamenti nazionali. Se, invece, la disciplina nazionale contenesse uno standard inferiore, allora si porrebbe un problema di contrasto con l'obbligo internazionale, che può essere superato attraverso gli strumenti di risoluzione delle antinomie tra fonti, vale a dire attraverso l'interpretazione conforme oppure la questione di legittimità costituzionale, stante che il rispetto dell'obbligo internazionale è imposto dall'art. 10(2) Cost. e dall'art. 117 Cost.

Nell'ordinamento italiano, il principio di *non refoulement* è attuato sia attraverso norme di adattamento speciale sia attraverso norme di adattamento ordinario. Tali strumenti di adattamento vanno riconosciuti per interpretare e applicare correttamente l'obbligo internazionale al quale si riferiscono nel contesto del sistema delle fonti interno e internazionale.

4.2. L'art. 19 T.U. come norma di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali.

Come anticipato, in questo contributo ci si soffermerà in particolare sull'art. 19 T.U., salvo precisare che la prima norma di adattamento agli obblighi internazionali è contenuta nell'art. 10(1) Cost. ed è una forma di adattamento speciale; tale disposizione, detta "trasformatore permanente", consente l'adattamento costante del nostro ordinamento al diritto internazionale consuetudinario, rendendo applicabile nell'ordinamento italiano la norma consuetudinaria non appena questa si forma nel diritto internazionale. Ad esempio, il principio di *non-refoulement* nelle due forme di protezione contro la tortura e contro la discriminazione razziale è norma consuetudinaria e può già entrare nel nostro ordinamento in virtù dell'articolo 10(1) Cost. Anche l'art. 10(3) Cost. sul diritto costituzionale di asilo può essere considerato una norma di adattamento speciale, dato che la nozione di libertà democratiche ivi contenuta deve essere nutrita, in combinato disposto con l'art. 2 della Costituzione, anche con i diritti derivanti dal diritto internazionale. L'art. 10(2) Cost., già citato in premessa, è invece norma che impone una riserva di legge rinforzata in materia di trattamento dello straniero e, unitamente all'art. 117 Cost., rende gli obblighi internazionali fonte interposta e parametro di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie.

Un'altra norma di adattamento speciale è costituita dall'articolo 2 del T.U. 286/1998 in base al quale allo:

"straniero, comunque presente nel territorio sono riconosciuti diritti fondamentali della persona umana, previsti dalle norme di diritto interno e di diritto internazionale e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti".

L'art. 2 del T.U. potrebbe essere già sufficiente per applicare gli obblighi internazionali, in particolare l'obbligo negativo di *non refoulement*. La questione era divenuta di estrema rilevanza nelle more dell'abrogazione della seconda parte dell'art. 5(6) T.U. 286/1998, che, come detto, è a sua volta norma di adattamento speciale o con rinvio. Tale abrogazione aveva privato l'obbligo internazionale della sua veste giuridica, il permesso di soggiorno per motivi umanitari, ma non della sua cogenza: giova ripetere che il divieto di allontanamento è sempre applicabile, pur in mancanza di indicazione legislativa circa lo *status* riconoscibile al soggetto inespellibile.

La questione era particolarmente interessante in relazione al limite all'allontanamento derivante dall'art. 8 CEDU, nella sua componente di tutela della vita privata. Il diritto alla vita familiare, infatti, è già tutelato espressamente all'art. 5(5) T.U., come integrato dalla sentenza della Corte cost. 2013 n. 202¹³.

Quanto invece al diritto alla vita privata, mancava qualsiasi riferimento espresso nella legislazione italiana, ragione per cui esso veniva tutelato come uno degli obblighi internazionali ai quali il 5(6) T.U. rinviava, con il rilascio di un permesso di soggiorno di tipo umanitario. L'art. 5(6) T.U., norma di adattamento speciale (con rinvio), consentiva così di applicare direttamente, pur in mancanza di un'ulteriore misura di attuazione, il diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU. Correttamente tale diritto è stato interpretato inserendolo nel sistema delle fonti italiane, conferendo ad esso la massima estensione possibile, come indicato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 2013 n. 202: in un sistema multilivello di tutela dei diritti, le fonti devono applicarsi, infatti, conferendo la protezione più elevata. In questo contesto, si deve collocare la nota sentenza della Corte di cassazione, la n. 4455 del 2018, con la quale l'art. 8 CEDU è stato interpretato nel contesto dell'ordinamento italiano e applicato proprio in virtù del rinvio agli obblighi internazionali di cui all'art. 5(6) T.U.

Come sappiamo, il novellato art. 5(6) T.U. riproduce il richiamo agli obblighi internazionali ma con l'introduzione di un'ulteriore disposizione nell'art. 19(1.1) del T.U. che espressamente conferisce attuazione all'art. 8 CEDU, anche nella sua componente di tutela della vita privata: trattasi in questo caso di adattamento ordinario, non con rinvio, con una legge italiana che riformula l'obbligo in una fonte interna e ne modifica anche il contenuto, prevedendo una tutela più elevata.

¹³ Il comma 5 dell'art. 5 è stato così modificato in virtù dell'attuazione della direttiva 2003/87/CE sul ricongiungimento familiare, il cui art. 12 codifica il diritto alla vita familiare di cui all'articolo 8 CEDU come interpretato dalla Corte EDU.

5. L'art. 19 come norma di adattamento di tipo misto, ordinario e speciale

5.1. Il divieto assoluto di persecuzione

L'art. 19 è la norma del Testo Unico che specificamente concerne l'attuazione in Italia degli obblighi di non respingimento. Questo rende la sua interpretazione complessa, perché occorre sempre tenere conto anche della fonte internazionale che mira ad attuare. Esso, inoltre, contiene sia norme di adattamento ordinario sia norme di adattamento speciale: occorre fare una sorta di radiografia dell'art. 19 ed individuare la fonte internazionale rilevante, il tipo di adattamento al diritto internazionale che abbiamo di fronte, per poi applicare il criterio interpretativo più appropriato.

L'art. 19(1) T.U. è una norma di adattamento ordinario: abbiamo, infatti, la riformulazione del principio di *non refoulement*, espresso come un divieto di allontanamento assoluto nel caso di rischio di persecuzione per i motivi che sono in esso contemplati ed integrati anche in base al D.L. 130 del 2020. L'art. 19(1) T.U. si aggiunge, dunque, agli articoli 2 e 5(6) T.U., oltre che al 10(1) Cost., ma, rispetto ad essi, non abbiamo un mero rinvio all'obbligo internazionale, bensì anche una riformulazione, offrendo una tutela più estesa rispetto a quella che deriva dal diritto internazionale.

Si tratta di una disposizione molto ben concepita che offre una tutela molto ampia del principio di *non refoulement*; essa, inoltre, espressamente include anche il *non refoulement* indiretto, il divieto di allontanamento in tutti i casi in cui la persona possa rischiare di essere rinviaata verso un terzo Stato nel quale non sia protetta dalla persecuzione. Un esempio cristallino di come il legislatore può attuare un obbligo internazionale estendendo la tutela: trattasi, infatti, di un divieto di allontanamento assoluto, con una tutela più estesa rispetto a quanto disposto dalla Convenzione di Ginevra, sia per l'assenza di cause di esclusione, sia per il riferimento alla nozione di persecuzione e non di persecuzione individuale, nonché per l'estensione dei motivi espressamente considerati.

Questa estensione consente di interpretare il principio di *non refoulement* nell'ordinamento italiano come una sorta di "paracadute", che si apre a prescindere dalla procedura applicabile, a prescindere dal momento in cui ci si trovi, per scongiurare che una persona, per uno qualsiasi dei motivi attinenti alla sua situazione individuale, possa essere allontanata rischiando di subire una tale violazione.

Sull'applicazione generalizzata del divieto di allontanamento di cui all'art. 19(1) T.U., merita menzionare sue sentenze della Corte di cassazione nelle quali, ricostruita perfettamente l'efficacia degli obblighi internazionali in materia di

non refoulement nell'ordinamento italiano, è stata affermata l'applicazione del 19(1) T.U. anche in materia di misure di sicurezza, anche se non espressamente previsto il richiamo nella legislazione penale¹⁴. Lo stesso schema argomentativo dovrebbe essere esteso a tutti i casi di ricorsi contro provvedimenti di allontanamento, inclusi, come precisato *supra*, i trasferimenti tra Stati membri in esecuzione del regolamento Dublino.

5.2. Il divieto assoluto di tortura, pene o trattamenti disumani e degradanti

Nell'art. 19(1.1) T.U. troviamo altre disposizioni di attuazione degli obblighi internazionali in materia di *non refoulement* e altre tipologie di adattamento. In particolare, vi si rinviene una forma di adattamento misto, poiché in un medesimo comma troviamo sia l'adattamento speciale sia quello ordinario.

L'articolo 19(1.1) T.U. è, infatti, norma di adattamento ordinario per quanto riguarda gli articoli 2 e 3 della CEDU, nonché per la Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 sul divieto di tortura; esso è poi norma di adattamento speciale per gli obblighi costituzionali e internazionali ai quali la norma rinvia. Più precisamente, trattasi, quest'ultimo, di un rinvio che è stato aggiunto nella norma a seguito della riforma del D.L. 130/2020 attraverso un "rinvio indiretto": l'art. 19(1.1) T.U. rinvia all'art. 5(6) T.U., che, a sua volta, richiama gli obblighi costituzionali e internazionali. Un *drafting* piuttosto criticabile, avendo il rinvio "interno" solo il fine di richiamare gli obblighi costituzionali e internazionali, che si sarebbero potuti direttamente menzionare nell'art. 19(1.1) T.U.

Quanto all'adattamento ordinario di cui al divieto di tortura, è interessante notare che la disposizione è stata introdotta nell'art. 19 T.U. ad opera della L. n. 110 del 2017, la legge che ha attuato in Italia la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e che ha introdotto nel nostro ordinamento il delitto di tortura¹⁵. L'art. 3 della Convenzione contro la tortura dispone quanto segue:

"1. Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura.

2. Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo".

¹⁴ Corte di cassazione, sentenze 28 aprile 2010 n. 20514 e 26 ottobre 2017 n. 49242.

¹⁵ Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti, cit., art. 3.

Quando il legislatore è andato ad attuare la Convenzione ha ampliato la fattispecie protetta, includendo, oltre alla tortura anche il divieto di pene o trattamenti disumani o degradanti, così attuando anche quanto espressamente disposto dall'art. 3 CEDU. Il testo introdotto è il seguente:

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

Si può notare che l'inciso “Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani”, risulta difforme rispetto all'art. 3(2) della Convenzione contro la tortura, laddove si afferma che “le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo”. L'espressione “se del caso si tiene conto dell'esistenza di tali violazioni gravi” è stata attuata nella formulazione italiana con “si tiene conto anche dell'esistenza”. Si tratta di un'attuazione non corretta dell'articolo 3(2) della Convenzione contro la tortura, che potrebbe indurre a ritenere che, affinché vi sia tutela, occorra anche l'esistenza di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce dei diritti umani; al contrario, nella Convenzione contro la tortura, l'esistenza delle violazioni sistematiche è da considerare al fine della prova del rischio e, direi, della prova attenuata dell'esistenza del rischio. Si vede come, attraverso lo strumento della legge di adattamento ordinario, vi è stata, sì, attuazione, ma questa rischia di essere restrittiva. Ne deriva che, poiché né l'art. 3 della Convenzione contro la tortura né l'art. 3 CEDU richiedono che vi siano anche violazioni sistematiche per l'applicazione del divieto di *refoulement*, l'art. 19(1.1) T.U. deve essere interpretato alla luce della di tali Convenzioni e, in particolare, della Convenzione contro la tortura che la l. 2017 n. 110 ha teso ad attuare. Emerge in tutta la sua rilevanza l'importanza dell'adattamento al diritto internazionale e della necessità, qualsiasi esso sia, di mantenere un collegamento con la norma internazionale, al fine di scongiurare interpretazioni *in pejus*, non consentite e, dunque, non ammesse ai sensi degli articoli 10(2) e 117 Cost.

Abbiamo dunque rilevato un potenziale conflitto tra la norma interna di adattamento dell'obbligo internazionale e quest'ultimo, superabile interpretando la prima in conformità alla Convenzione contro la tortura. Altrimenti, nel caso si ritenesse tale operazione ermeneutica non praticabile, occorrerebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.

5.3. Il diritto limitabile alla vita privata e familiare

Veniamo, da ultimo, al diritto alla vita privata e familiare che, finalmente, con il D.L. 130 del 2020 viene formalmente attuato nella legislazione nazionale. Si tratta di una vera e propria svolta, essendo da lungo tempo che se ne invocava l'attuazione. Il contenuto dell'art. 19(1) T.U. risulta ora arricchito ad opera del D.L. 130 del 2020, attraverso il quale non solo è stato ripristinato il rinvio agli obblighi internazionali di cui all'art. 5(6) T.U. 286/1998, quel rinvio che aveva consentito di applicare direttamente il diritto di cui all'art. 8 CEDU, componente diritto alla vita privata, ma è stata anche introdotta una nuova disposizione che si configura come norma di adattamento ordinario rispetto al diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU.

Tale novella determina, quindi, non un mero ripristino della tutela del diritto alla vita privata come ex ante D.L. 113/2018, ma l'introduzione di una disposizione che prospetta l'impiego di strumenti ermeneutici di tipo diverso. Nell'art. 19(1.1) T.U. abbiamo, infatti, una norma di adattamento speciale, con la riformulazione del diritto alla vita privata e familiare, il cui contenuto è più ampio rispetto a quanto disposto dall'art. 8 CEDU, dal quale pur deriva. Questo comporta che la giurisprudenza della Corte EDU non sarà del tutto applicabile: essa andrà valorizzata il più possibile, soprattutto i principi che sono stati elaborati nel corso degli anni, caso dopo caso, per valutare l'esistenza di un diritto alla vita privata e familiare e l'eventuale esistenza di un'ingerenza da parte dello Stato e la sua legittimità o illegittimità. Non può però essere applicabile la giurisprudenza, non nella parte in cui la legislazione nazionale prevede una tutela più estensiva.

Nell'art. 19(1.1) T.U. abbiamo l'indicazione dei criteri che devono essere obbligatoriamente considerati quali parametri per accertare l'esistenza dei legami nel Paese d'origine, vale a dire i legami familiari, culturali e sociali. Si consideri che si potrebbe anche verificare un caso di allontanamento verso un Paese estremamente avanzato nella tutela dei diritti fondamentali ma, se una persona ha i suoi legami familiari, culturali e sociali in Italia, allora quella persona non potrà esservi allontanata.

La disposizione interna differisce da quella della CEDU, nell'indicazione dei requisiti che consentono l'ingerenza nella vita privata e familiare, rendendola legittima. In base all'art. 8 CEDU, infatti, la misura che comporta l'interferenza per essere legittima deve essere:

- “prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

In base all'art. 19(1.1) T.U., in virtù della novella legislativa, l'ingerenza è ammessa invece solo:

- “per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute [...]”.

Mentre nel sistema CEDU l'ingerenza è ammessa anche per il benessere economico del Paese e anche per la protezione dei diritti e le libertà altrui, nell'ordinamento italiano è ammessa solo se c'è una minaccia per la sicurezza nazionale e, quindi, per l'esistenza stessa dello Stato, per l'ordine e la sicurezza pubblica, cioè per la protezione della popolazione, nonché di protezione della salute. Risulta, quindi, non applicabile la giurisprudenza della Corte EDU nella quale, ad esempio, ci sono stati casi di allontanamento per mere irregolarità del soggiorno e su questo si dipana la sfida dell'interpretazione dell'articolo 19(1.1) T.U. Queste precisazioni normative consentono di ritenere che siamo di fronte ad un quadro normativo diverso rispetto a quello che era vigente prima del D.L. n. 113 del 2018, cioè un regime che offre una tutela più ampia e sul quale vi sono ampi spazi d'interpretazione e di applicazione innovativa.

6. Lo *status* giuridico del soggetto inespellibile

L'ultimo aspetto che merita di essere considerato è quello dello *status* giuridico da conferire al soggetto non allontanabile. Il diritto internazionale e dell'Unione non impongono il riconoscimento di uno specifico *status*, se non quanto indicato nella sentenza *M* della Corte di Giustizia del 19 maggio 2019, nella quale la Corte di giustizia dell'Unione europea indica un minimo di diritti che devono essere riconosciuti al soggetto inespellibile.

Con il D.L. 130 del 2020 è stato reintrodotta anche il permesso di soggiorno che deve essere rilasciato allo straniero non allontanabile, dopo che nel 2018 era stato abrogato il permesso di soggiorno per motivi umanitari. La veste giuridica che viene introdotta è ora il permesso di soggiorno per motivi di protezione speciale, che viene rilasciato dal Questore, previo parere della commissione territoriale. Si tratta, tuttavia, di un potere autonomo del Questore. Storicamente, quando furono costituite le commissioni territoriali nel 2005, si introdusse anche la loro competenza a richiedere al Questore il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, in mancanza di presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale. La Commissione territoriale veniva così chiamata ad intervenire su un potere tipico del Questore: allora era chiaro che tale intervento aveva avuto la funzione di limitare la discrezionalità del Questore nell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria. L'obiettivo era dunque quello di obbligare il Questore in taluni casi

a rilasciare il permesso di soggiorno e si impiegava proprio l'indicativo presente ad accentuare la natura dell'obbligo e non di una facoltà. Anche la lettura dell'art. 19(1.2) T.U. non suscita dubbi in proposito. Una conferma si riscontra anche nella direttiva 2008/115/CE, c.d. direttiva rimpatri, laddove è affermato che gli Stati possono decidere in qualunque momento di autorizzare il soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, per cui sarebbe in teoria possibile per il Questore rilasciare un permesso di soggiorno ad una persona che ritiene meritevole e potrebbe farlo anche applicando direttamente l'art. 6(4) della direttiva 2008/115/CE, che è norma idonea a produrre effetti diretti essendo chiara, precisa e incondizionata.

In estrema sintesi il permesso per motivi di protezione speciale è la veste giuridica che nell'ordinamento interno è stata individuata per dare attuazione agli obblighi costituzionali e internazionali. È la traduzione in termini giuridici positivi dell'obbligo negativo di *non-refoulement*. Obblighi che sono in parte specificati nell'art. 19, in parte scritti altrove, nella Costituzione e in altre norme internazionali, e per le quali abbiamo l'adattamento speciale con rinvio.

C'è quindi ancora spazio per la tutela residuale con rinvio? Quanto spazio? Si potrebbe dire "in tutti i casi nei quali sia necessaria", perché è proprio questa la funzione del principio di *non refoulement*. Lasciare una discrezionalità in capo all'autorità amministrativa e giurisdizionale di riconoscere qualsiasi situazione bisognosa di tutela, alla luce degli obblighi internazionali e costituzionali.

È peraltro possibile però, oltre al riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi di protezione speciale, anche il riconoscimento di un altro permesso di soggiorno. Questo lo indica chiaramente l'articolo 5(5) T.U. sul diritto alla vita familiare, ma anche l'articolo 5(6) T.U.: qualsiasi permesso di soggiorno può essere rigettato, revocato o non rinnovato a meno che non sussistano contrari obblighi costituzionali e internazionali dello Stato. In caso di applicazione dell'art. 5(6) T.U. non si applica, dunque, l'art. 19(1.1) T.U. per il rilascio del permesso di protezione speciale. Come già sottolineato, la connessione tra le due disposizioni deriva dal richiamo disposto nell'art. 19(1.1) T.U. agli obblighi di cui all'art. 5(6) T.U., ma non alla disciplina da esso prevista. C'è dunque necessità di distinguere e di offrire a ciascuna norma la sua specifica e propria collocazione.

Il principio di non respingimento alla luce della riforma introdotta dal d.l. 130 del 2020 e della emergenza pandemica

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 19 d.lgs. 286/98 alla luce delle modifiche introdotte dal D.L. 130/2020 conv. nella L. 137/2020. Questioni controverse poste dall'attuale formulazione dell'art. 19, comma 1.1., d.lgs. 286/98, tra divieto di *refoulement* assoluto e relativo. – 2.1. Esigenza di tutela del diritto alla vita privata e familiare. – 2.2. Possibili criticità in fase giurisdizionale. – 3. Il comma 2 dell'art. 19 d.lgs. 286/98. – 4. Respingimenti. – 5. La pandemia e la giurisprudenza delle Sezioni specializzate.

1. Premessa

L'art. 2 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 riconosce allo straniero «*presente alla frontiera o nel territorio dello Stato*» i diritti fondamentali della persona, così come previsti dalle norme nazionali, dalle convenzioni internazionali e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

Le disposizioni contenute nell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 hanno la finalità di tutelare efficacemente i diritti fondamentali prevedendo, oltre al divieto di espulsione, il divieto di respingimento applicabile anche a coloro che non hanno ancora avuto la possibilità di proporre domanda di protezione o che non hanno intenzione di presentarla. Esse pertanto devono essere rispettate anche nell'attività di contrasto dell'immigrazione irregolare.

L'espressione "*divieto di refoulement*", alle condizioni che vedremo, ricomprende due distinte situazioni ovvero il divieto di allontanare chi si presenta alla frontiera chiedendo accoglienza e non abbia ancora fatto ingresso sul territorio nazionale e il divieto di allontanare lo straniero già presente sul territorio nazionale.

2. L'art. 19 d.lgs. 286/98 alla luce delle modifiche introdotte dal DL 130/2020 conv. nella L. 137/2020

Il comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 ("*In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere*

oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”), come noto, recepisce il divieto di *refoulement* previsto dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Pur esprimendo un principio di carattere generale, avrà un’applicazione diretta residuale, in presenza delle condizioni indicate, con il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale solo nei seguenti casi:

- a) A coloro che si trovano sul territorio (o che sono in procinto di entrare) ma non hanno presentato domanda di protezione internazionale (nel duplice senso che non l’hanno ancora presentata o non hanno intenzione di presentarla);
- b) A coloro che, pur in astratto meritevoli della protezione internazionale nella forma del rifugio, ricadono nelle cause di esclusione (art. 10 decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251) o diniego (art. 12 d.lgs. cit.) dello status di rifugiato.

Detta una regola imperativa e non è bilanciabile con altre esigenze come, ad esempio, la pericolosità. Gli interessi pubblici dello Stato vengono comunque in considerazione nel senso che impediscono di riconoscere una protezione maggiore ma non consentono in nessun caso l’allontanamento dello straniero a rischio di persecuzione.

L’art. 6, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 286 del 1998 prevede la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ove ne ricorrano i requisiti, del “*permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all’articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, ad eccezione dei casi per i quali siano state applicate le cause di diniego ed esclusione della protezione internazionale, di cui agli articoli 10, comma 2, 12, comma 1, lettere b) e c), [...] del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251*”. Da cui si desume, al contrario, la convertibilità in tutti gli altri casi in cui venga rilasciato un permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi del primo comma dell’art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. In altre parole – esclusi i casi di cittadini stranieri pericolosi astrattamente beneficiari dello status di rifugiato, cui venga riconosciuto un permesso di soggiorno per protezione speciale a seguito della presentazione di una domanda di protezione internazionale – le ipotesi residue potrebbero riguardare riconoscimenti della protezione speciale da parte del Questore quando ritenga l’insussistenza delle condizioni per il rilascio del titolo di soggiorno richiesto in presenza delle condizioni di cui all’art. 19, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 oppure riconoscimenti da parte dell’autorità giudiziaria investita di un ricorso avverso un diniego di rilascio di permesso di soggiorno di altro tipo, in cui,

esclusa la sussistenza delle condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno richiesto, venga allegato e ritenuto il rischio di persecuzione per uno dei motivi elencati.

Il comma 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, come novellato ad opera del decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130 conv. con modificazioni nella legge 18 dicembre 2020, n. 173, disciplina ipotesi di non respingimento molto diverse tra loro. Come è evidente dal dato testuale, esso parrebbe contenere un cumulo di ipotesi di divieto assoluto di respingimento e di divieto cosiddetto "relativo", in cui è possibile un bilanciamento con altre esigenze.

Procediamo con ordine.

La prima parte del comma 1.1. così recita: "*Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani*". Essa disciplina, a sua volta, due diverse situazioni di *non refoulement*: qualora esistano fondati motivi di ritenere che la persona rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti; qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Non contempla i seri motivi di carattere umanitario.

Detta, stando al tenore testuale, una regola imperativa ovvero un divieto di *refoulement* assoluto – salvo quanto si dirà nel prosieguo – non bilanciabile con altre esigenze (ad esempio, la pericolosità).

Anche in questo caso, come abbiamo visto per il comma 1 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, la norma, pur esprimendo un principio di carattere generale, avrà un'applicazione diretta con il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, in presenza dei requisiti previsti, nei seguenti quattro casi:

- a) A coloro che si trovano sul territorio (o sono in procinto di entrarvi) ma non hanno presentato domanda di protezione internazionale (nel duplice senso che non l'hanno ancora presentata o non hanno intenzione di presentarla);
- b) A coloro che, pur in astratto meritevoli della protezione internazionale, ricadono nelle cause di esclusione della protezione sussidiaria; anche qui, come nell'ipotesi che abbiamo visto per il rifugio, gli interessi pubblici (ad esempio, la pericolosità) vengono comunque in considerazione nel senso che impediscono di riconoscere una protezione maggiore (la protezione sussidiaria, v. art. 16 d.lgs. n. 251 del 2007) ma non consentono in nessun caso l'allontanamento dello straniero a rischio di tortura o a trattamenti inumani o degradanti;
- c) A coloro che, non meritevoli della protezione sussidiaria, non possano essere espulsi (o respinti) in quanto esistono fondati motivi di ritenere che rischino di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

Si tratta ora di comprendere la differenza tra la previsione della protezione sussidiaria, riconoscibile quando sussistono “...fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese d’origine [...], correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno” (cfr. art. 2, lett. g), d.lgs. n. 251 del 2007), tra cui la “tortura o altro trattamento inumano o degradante” come descritto dall’art. 14 d.lgs. n. 251 del 2007, e la previsione della protezione speciale laddove esistano “fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti”.

Ebbene, se le ragioni della protezione devono essere valutate su base individuale, la chiave interpretativa non può che ricercarsi, in quest’ultimo caso, in un’attenuazione del nesso tra fonte del pericolo e destinatario dello stesso. Ciò che cambia è il livello di concretezza del rischio che per la sola protezione maggiore deve essere effettivo. Mentre l’assenza del requisito della effettività del rischio richiamato dall’art. 19 cit. porta a ritenere sufficiente un rischio sì personalizzato ma con un grado di concretezza meno intenso rispetto a quello richiesto per la protezione internazionale; con la precisazione, contenuta nella successiva indicazione, secondo cui la valutazione dei fondati motivi di rischio di trattamenti inumani va fatta tenendo conto anche dell’esistenza di generali violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani.

La norma così interpretata potrà portare al riconoscimento della protezione speciale ai richiedenti provenienti da Paesi interessati dai c.d. conflitti a bassa intensità. O anche, ad esempio, a donne nigeriane cui non sia stata riconosciuta la protezione maggiore che tuttavia, in caso di rientro, sarebbero sottoposte a trattamenti inumani e degradanti per essere immediatamente ed inevitabilmente associate alla prostituzione, portandosi appresso lo stigma del fallimento. Si veda, ad esempio, Trib. Bologna, 29 marzo 2021. In quel caso la ricorrente, giovane cittadina nigeriana, aveva reso dichiarazioni gravemente contraddittorie nelle diverse sedi in cui era stata sentita; il suo racconto – pur riconoscendosi che le presunte vittime di tratta possano avere difficoltà nel ricostruire il proprio vissuto – non era stato ritenuto rispettoso dei principi di cui all’art. 3, comma 5, d.lgs. n. 251 del 2007; tuttavia, considerato lo stigma che si sarebbe accompagnato ad un rientro dall’Europa, la difficoltà ad una reintegrazione nella società nigeriana e l’assenza di reti familiari o sociali in Nigeria, il collegio ha ritenuto l’esistenza di ‘...fondati motivi di ritenere che esso rischi di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti’. Con la seguente motivazione: “Questa valutazione non richiede quindi il grado di personalizzazione, né il fondato rischio ai sensi dell’art. 14, lett. a) e b), D.L.vo 251/2007 per il riconoscimento della protezione sussidiaria, ma ritiene sufficiente l’esistenza di ‘fondati motivi’ per ritenere ‘un rischio’ il ritrovarsi nel Paese di provenienza. Tali situazioni, pertanto, pur rimanendo escluse dalla protezione internazionale, possono tuttavia trovare tutela

nella protezione complementare, per effetto del divieto di refoulement. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una pena o un trattamento sono inumani quando – tenuto conto della intensità e della gravità delle lesioni inferte – provocano, anche non intenzionalmente, danni fisici concreti o sofferenze fisiche o mentali molto serie. Sono invece degradanti i trattamenti o le pene che umiliano o sminuiscono l'individuo e, generando sentimenti di angoscia, inferiorità e paura, ledono gravemente la sua dignità umana (Sentenza della Corte Edu in causa Price c. Regno Unito, 10 ottobre 2001, ricorso n. 33394/96, Terza Sezione, paragrafi 24-30). La pubblicità non è ritenuta componente essenziale di un trattamento degradante, dal momento che l'individuo può essere mortificato davanti a sé, oltre che davanti al altri (Sentenza della Corte Edu in causa Tyrer c. Regno Unito, 25 aprile 1978, par. 32. 25). Affinché una pena o un trattamento possano essere qualificati inumani o degradanti, occorre tuttavia che venga superata una soglia minima di gravità. Questo giudizio – che è sempre relativo – dipende da uno specifico apprezzamento del caso concreto, che tenga conto altresì della situazione generale del Paese e della situazione particolare dell'interessato.”

d) A coloro che, non meritevoli della protezione internazionale, non possano essere espulsi in virtù degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.

Quest'ultima parte del comma oggetto d'esame impone un'ulteriore suddivisione.

d1) Riconoscimento della protezione speciale applicando gli obblighi costituzionali.

Tra i più rilevanti obblighi costituzionali si colloca senza dubbio la tutela della salute. *Quid iuris* nel caso in cui il rimpatrio possa rappresentare un rischio di lesione del diritto alla salute? A prima vista si potrebbe pensare di applicare proprio questa parte del comma 1.1. A ben vedere però il legislatore ha dettato una disposizione speciale contenuta nel comma 2, lett. d *bis*), dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 in cui peraltro si richiede, oltre alla gravità delle condizioni psicofisiche o alla gravità della patologia documentata nelle modalità prescritte, che il cittadino straniero non sia portatore di una pericolosità qualificata ai sensi dell'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998.

La domanda da porsi è allora la seguente: in caso di pericolosità rilevante ai sensi di quest'ultima disposizione, e quindi esclusa l'applicabilità dell'art. 19, comma 2, lett. d) *bis*, d.lgs. n. 286 del 1998, è corretto riconoscere tutela ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 come richiamato dall'art. 19, comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998?

Non v'è dubbio che, essendo in entrambi i casi possibile la conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, sarebbe sicuramente più favorevole l'applicazione dell'art. 19, comma 1.1., cit. che non prevede alcun bilanciamento.

Ma non si può trascurare che il testo dell'art. 19, comma 2 lett. d *bis*), d.lgs. n. 286 del 1998 è espressione di una precisa scelta legislativa ossia quella di tutelare la salute in presenza di specifiche situazioni e in assenza di una pericolosità grave.

Per comprendere come affrontare l'esigenza di tutela della salute al di fuori dei presupposti della norma speciale può essere di aiuto Cass. 18 settembre 2020, n. 19588, che offre un criterio interpretativo nel duplice senso, da un lato, di indicare i casi in cui sicuramente non è riconosciuta tutela e, dall'altro, di imporre il bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati: *“Quanto al profilo, dedotto peraltro per la prima volta in cassazione, circa la questione dell'aspettativa di vita, che oltre ad avere il carattere della novità, esso difetta anche della decisività, in quanto l'art. 35, comma 3 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che riconosce allo straniero presente, anche irregolarmente, nel territorio dello Stato il diritto di fruire, nei presidi pubblici ed accreditati, delle cure ambulatoriali ed ospedaliere “urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia o infortunio” è comunque “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un “nucleo irriducibile”, garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana. Come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 252 del 2001, la citata disposizione – impedendo, per implicito, l'immediata esecuzione dei provvedimenti di espulsione nei confronti di soggetti che, in conseguenza di essa, potrebbero subire un irreparabile pregiudizio al diritto alla salute – assicura una protezione al relativo diritto inviolabile dello straniero in termini di piena compatibilità con gli artt. 2 e 32 Cost., tenendo conto del diritto ai trattamenti necessari per la tutela della salute. In questa prospettiva, deve ritenersi dunque logicamente corretta la conclusione per cui la mera asserita esigenza del diritto alla salute e all'alimentazione è insuscettivo di determinare un divieto di espulsione, esulando con tutta evidenza dal novero delle prestazioni “urgenti o comunque essenziali” per “malattia o infortunio”, in rapporto alle quali il citato d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 35, comma 3, assicura anche allo straniero irregolarmente presente nel territorio nazionale il diritto alle cure ambulatoriali od ospedaliere (Cass. 14 dicembre 2001 n. 15830)”*.

L'esigenza del bilanciamento era già stata richiamata da Corte cost. 5 luglio 2001, n. 252, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale del testo dell'allora vigente art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 sollevata, in riferimento agli artt. 2 e 32 della Costituzione, dal Tribunale di Genova. Nella sentenza interpretativa di rigetto la Corte costituzionale aveva affermato che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è sì *“costituzionalmente condizionato”* dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, ma contiene *“un nucleo irriducibile come ambito inviolabile*

della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”.

Ecco allora che, muovendo dal caso emblematico dell'individuazione dello strumento per soddisfare l'esigenza di tutela del diritto alla salute, si comprende come il *non refoulement* in virtù del rispetto degli obblighi costituzionali (ma lo stesso vale anche per gli obblighi internazionali) dello Stato italiano non ha natura assoluta, come potrebbe apparire dal dato testuale, ma presuppone in ogni caso un giudizio di bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati. Tale conclusione trae conferma da un'ulteriore considerazione: anche negli altri casi elencati al comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, riguardanti cittadini stranieri certamente vulnerabili e titolari diritti previsti da obblighi costituzionali o internazionali è prevista la possibilità di procedere ad espulsione quando ricorrano esigenze di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato. A dimostrazione proprio dell'esigenza di operare il bilanciamento di cui s'è detto. Diversamente, se volessimo affermare la previsione assoluta del *non refoulement* nella parte in cui richiama il rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali, ci troveremo di fronte ad una grave incoerenza: i soggetti vulnerabili tutelati dal comma 2 potrebbero, in presenza delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 13 d.lgs. n. 286 del 1998, essere espulsi, mentre le diverse situazioni non tipizzate riconducibili all'esigenza di rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali sarebbero in ogni caso tutelabili con l'inespellibilità assoluta.

Occorre allora fornire un'interpretazione che rispetti il sistema europeo comune di asilo limitando il divieto assoluto di respingimento alle sole ipotesi di persecuzione o di danno grave ex 3 CEDU e non anche agli altri casi in cui lo Stato riconosce una tutela ma si riserva la facoltà di attuare un bilanciamento.

d2) Riconoscimento della protezione speciale applicando gli obblighi convenzionali.

Valgono qui in linea generale le considerazioni sopra esposte rispetto agli obblighi costituzionali. Ci limiteremo pertanto ad elencare alcune convenzioni internazionali che fanno sorgere obblighi per lo Stato italiano, sicuramente applicabili per il riconoscimento della protezione speciale laddove il richiedente rientri in una delle situazioni ivi contemplate: Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ovvero la cosiddetta Convenzione di Istanbul, aperta alla firma l'11 maggio del 2011 e sottoscritta dall'Italia il 27 settembre 2012, con autorizzazione alla ratifica da parte del parlamento con la legge n. 77/2013, entrata in vigore il 1° agosto 2014 (<https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>); Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (New York, 1984, in https://www.unhcr.it/wpcontent/uploads/2016/01/Convenzione_contro_la_Tortura.pdf), adottata

dall'assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1984 e resa esecutiva in Italia con legge n. 489 del 3 novembre 1988; Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007 e ratificata dal Parlamento con Legge 3 marzo 2009, n. 18 (https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2016/07/c_01_convenzione_onu_ita.pdf).

Quanto all'ultimo periodo, esplicativo solo nelle intenzioni del legislatore, *“Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani”*, resta da chiarire se il richiamo ai diritti umani sia da intendere ai *“basic human rights”* o se debba estendersi ad ogni diritto umano previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

L'art. 6, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 286 del 1998 prevede la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ove ne ricorrano i requisiti, del *“permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, ad eccezione dei casi per i quali siano state applicate le cause [...] esclusione della protezione internazionale, di cui agli articoli [...] 16 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251”*. Da cui si desume, al contrario, la convertibilità in tutti gli altri casi in cui venga rilasciato un permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi del comma 1.1. prima parte dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. In altre parole, per i cittadini stranieri pericolosi astrattamente beneficiari della protezione sussidiaria cui venga riconosciuto un permesso di soggiorno per protezione speciale, non potendo essere loro riconosciuta la protezione internazionale, è esclusa la possibilità della conversione; saranno senz'altro molto più frequenti i riconoscimenti della protezione speciale, soprattutto grazie alla previsione del richiamo dell'art. 5 comma 6, che daranno luogo alla possibilità di una conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

2.1. Esigenza di tutela del diritto alla vita privata e familiare

La seconda parte del comma 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 (*“Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto*

della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine") prevede una nuova ipotesi di *non refoulement* nel caso in cui il rimpatrio comporti la lesione del diritto al rispetto della vita privata o familiare.

Qui il divieto ha carattere relativo dovendosi bilanciare la tutela della vita privata o familiare con ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute. La norma, solo parzialmente sovrapponibile alla previsione dell'art. 8 CEDU contenendo minori limiti, delega la valutazione concreta della comparazione degli interessi in gioco all'autorità amministrativa, prima, e all'autorità giurisdizionale, poi.

Non è possibile esaustivamente definire cosa si intenda per «vita privata», per la sua natura necessariamente ampia e fluida; analizzando la giurisprudenza di Strasburgo si può raccogliere al più un'elencazione casistica, in quanto tale suscettibile di continui ampliamenti evolutivi.

Per quanto rileva in questa sede si può senz'altro richiamare il «*diritto ad allacciare e intrattenere legami con i propri simili e con il mondo esterno*», diritto che richiama il concetto di «identità sociale» (Corte EDU, *Narjis c. Italia*, 14 gennaio 2019, ric. 57433/15). Si tratta, in buona sostanza, di un contenitore che riunisce gli aspetti concernenti i legami sociali e culturali con il Paese di adozione.

Quanto alla nozione di «vita familiare», la copiosa giurisprudenza della Corte EDU (*Johnston and Others v. Ireland*, 18 dicembre 1986, ric. 9697/82, § 56; *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, § 140; *Moretti and Benedetti v. Italy*, 27 aprile 2010, ric. 16318/07, § 48; *Berrehab v. the Netherlands*, 21 giugno 1988, ric. 10730/84, § 21; *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 ottobre 1994, ric. 18535/91, § 32; *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, Final 22 novembre 2011, ric. 30141/04, §§ 92-94) le ha conferito un significato più ampio di quello tradizionale. In ogni caso, laddove i legami affettivi non siano tali da ricadere nell'ambito della «vita familiare» allora facilmente essi ricadranno nell'ambito della «vita privata».

Ne consegue che il diritto alla «vita privata e familiare» assume un contenuto estremamente ampio essendo ontologicamente connesso al contesto storico e culturale di riferimento.

Non si può negare, infine, come i due concetti finiscano con l'intersecarsi tra loro, affiancandosi o sovrapponendosi, rendendo difficilmente individuabile il confine tra la sfera privata e quella familiare.

Del resto, infatti, la stessa giurisprudenza di Strasburgo, in materia di espulsione, ha chiarito che in concreto gli elementi da considerare per valutare la proporzionalità della misura espulsiva sono essenzialmente gli stessi, indipen-

dentemente dal fatto che sia coinvolta la famiglia o la vita privata (Corte EDU, *A.A. v. the United Kingdom*, 20 settembre 2011, ric. n. 8000/08 “*While the Court has previously referred to the need to decide in the circumstances of the particular case before it whether it is appropriate to focus on “family life” rather than “private life”, it observes that in practice the factors to be examined in order to assess the proportionality of the deportation measure are the same regardless of whether family or private life is engaged*”). Tra essi la Corte pone, tra gli altri, la durata del soggiorno nel Paese dal quale lo straniero deve essere espulso, l’ampiezza dei legami con lo Stato di accoglienza e l’esistenza o meno di ostacoli insormontabili a che la famiglia viva nel Paese d’origine (Corte EDU, *Boultif v. Switzerland*, 2 agosto 2001, ric. 54273/00).

Si può allora affermare che, oltre ai legami familiari, anche il parametro dell’inserimento sociale e lavorativo dello straniero in Italia può essere valorizzato, non certamente come fattore esclusivo, ma come circostanza che può concorrere a determinare quella «identità sociale» strettamente legata alla permanenza sul territorio italiano, e a provare l’effettivo inserimento sociale in Italia, così come anche la durata del soggiorno nel territorio nazionale, quali presupposti del rilascio di un permesso per protezione speciale che protegga il soggetto dal rischio di essere immesso nuovamente, in conseguenza del rimpatrio, in un contesto sociale, politico o ambientale, idoneo a costituire una significativa ed effettiva violazione al rispetto della propria vita privata o familiare. In particolare, rispetto al tema dell’integrazione lavorativa, appare illuminante la ormai risalente pronuncia della Corte EDU, *Niemietz vs. Germany*, 16 dicembre 1992, nella parte in cui afferma che “*Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of “private life” should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that, as was rightly pointed out by the Commission, it is not always possible to distinguish clearly which of an individual’s activities form part of his professional or business life and which do not*”.

Venendo al bilanciamento, necessariamente da operarsi in concreto, della pericolosità con il diritto alla vita privata e familiare, va innanzitutto chiarito che la pericolosità sociale “*per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica*” di cui all’art. 19, comma 1.1, d.lgs. n. 286 del 1998 appare sostanzialmente equivalente a quella descritta dagli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998 (e quindi anche all’equiparato, limitatamente alla valutazione della pericolosità, art. 20 decreto legislativo 6 febbraio 2007, cfr. Cass. 29 settembre 2016, n. 19337).

Depone per questa soluzione innanzi tutto il dato testuale che espressamente ricomprende la sicurezza nazionale oltre all'ordine e alla sicurezza pubblica.

In secondo luogo, si osserva che una diversa conclusione fondata sull'applicazione di criteri differenti per la valutazione della pericolosità sociale nel caso rilascio di un permesso di soggiorno *ex art.* 30 d.lgs. n. 286 del 1998 ed *ex art.* 19, comma 1.1., ultimo periodo, d.lgs. n. 286 del 1998, susciterebbe riserve ledendo il principio di uguaglianza, posto che il bene giuridico che entrambi tutelano è il diritto alla vita familiare (e nel caso dell'art. 19, comma 1.1, d.lgs. n. 286 del 1998 anche privata) dei cittadini extra-UE che in Italia hanno stabilito o formato il proprio nucleo familiare.

Di contro, la diversa disciplina, più favorevole in quanto tollera una maggiore pericolosità, applicabile al coniuge o parente entro il secondo grado convivente – irregolare extracomunitario – con il cittadino italiano che usufruirà, nei casi stabiliti, del permesso di soggiorno *ex art.* 19, comma 2 lett. c), d.lgs. n. 286 del 1998 si giustifica per il *favor* riconosciuto al cittadino italiano.

Tema quanto mai complesso è invece quello del bilanciamento del diritto alla vita privata e familiare con le ragioni di salute (pubblica).

Va innanzitutto premesso che nel nostro ordinamento la salute non riceve tutela solo come bene individuale ma anche come bene collettivo; l'art. 32 Cost. dispone infatti che *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”*. Sotto questo profilo la novella appare conforme al dettato costituzionale. Tuttavia non si può omettere di considerare che una ragione di salute pubblica difficilmente sarà disgiunta da una ragione di salute individuale. In altre parole, chi mette in pericolo la salute pubblica sarà verosimilmente un cittadino straniero affetto da una patologia contagiosa che potrebbe scatenare un'epidemia. Al di fuori di tale ipotesi pare francamente arduo individuare altre situazioni in cui possa essere messa in pericolo la salute pubblica.

Sussistendo un'esigenza di tutela di salute individuale e fermo *“un nucleo irriducibile come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”* (Corte cost., 5 luglio 2001, n. 252), si devono necessariamente richiamare le considerazioni già espresse in rapporto ai limiti all'espulsione. E potrebbe essere di ausilio a fini interpretativi anche l'art. 20, comma 8, d.lgs. n. 30 del 2007 che chiarisce che le malattie che insorgono successivamente all'ingresso nel territorio nazionale non possono giustificare l'allontanamento.

Ciò posto, per quanto l'art. 2 d.lgs. n. 286 del 1998 equipari, nel riconoscimento dei diritti fondamentali, lo straniero sul territorio nazionale a quello presente alla frontiera, un'esigenza di tutela di vita privata e familiare da bilanciare con la tutela della salute pubblica ben più difficilmente si porrà per quest'ultimo.

Si può allora immaginare, con le complessità dovute ad un testo poco cristallino, che l'autentica preoccupazione del legislatore, nel periodo dell'epidemia provocata dal Covid-19, fosse quella di limitare la diffusione del contagio per l'esigenza di tutela della salute pubblica, fermo in ogni caso l'obbligo di garantire assistenza sanitaria e socio-assistenziale alle persone eventualmente soccorse in mare.

2.2. Possibili criticità in fase giurisdizionale

Il comma 1.2. dell'art 19 d.lgs. n. 286 del 1998 così dispone: *“Nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1., la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale”*, prevedendo due distinte situazioni che possono concludersi con il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale.

Venendo alla fase giurisdizionale, deve ritenersi possibile l'accertamento del diritto in entrambe le ipotesi previste, qualora la fase amministrativa si sia conclusa con un diniego.

Nulla quaestio laddove la Commissione Territoriale (art. 35 *bis*, comma 1, decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25), rigettata la domanda di protezione internazionale, non abbia riconosciuto la sussistenza dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25 del 2008. In tal caso l'impugnazione è proposta alla Sezione specializzata ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c), decreto legge 17 febbraio 2017, n. 17; il tribunale giudica in composizione collegiale secondo le disposizioni di cui all'art. 737 c.p.c.

La situazione si complica laddove, proposto ricorso avverso un diniego di rilascio (o diniego di rinnovo o revoca) di un permesso di soggiorno per altre ragioni (di famiglia, lavoro, ecc.), il Questore abbia escluso – esplicitamente – anche la sussistenza delle condizioni per il rilascio della protezione speciale. Se il Questore ha negato un permesso di soggiorno per motivi di lavoro e anche per protezione speciale, *quid iuris?* Innanzi a quale autorità giudiziaria si proporrà il ricorso? Al giudice amministrativo per la prima domanda e al giudice ordinario per l'accertamento del diritto alla protezione speciale?

Se invece la giurisdizione spetta in ogni caso al G.O. (ad esempio nel caso di diniego di rilascio, diniego di rinnovo o revoca del permesso di soggiorno per motivi di famiglia), il ricorso dovrà sempre essere proposto innanzi alla Sezione

specializzata ma resta da capire se debba essere decisa dal giudice in composizione monocratica o collegiale.

Infatti, le controversie relative ai permessi di soggiorno per motivi familiari (art. 3, comma 1, lett. e) d.l. n. 13 del 2017), a norma del comma 4 del medesimo d.l., sono decise dal tribunale in composizione monocratica, non è previsto un termine perentorio per l'impugnazione del provvedimento amministrativo e l'ordinanza monocratica è impugnabile in appello. Mentre per le controversie in materia di rifiuto di rilascio di permesso di soggiorno per protezione speciale (lett. d) d.l. n. 13 del 2017) la competenza è attribuita al tribunale collegiale ai sensi dell'art. 19 ter decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150. In quest'ultimo caso il ricorso deve essere proposto a pena di decadenza entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento e avverso l'ordinanza collegiale è proponibile il solo ricorso per Cassazione.

In tali casi, in cui viene richiesto, in via principale, l'accertamento del diritto all'unità familiare e, in subordine, l'accertamento del diritto alla protezione speciale, dovrebbe prevalere il rito collegiale (cfr. Cass., I sez. civ., sent. 14 ottobre 2020, dep. 15 dicembre 2020 per un caso simile, di ricorso proposto con più domande “*dirette ad ottenere in via principale lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria ed in via subordinata la protezione umanitaria [...], si applica per tutte le domande il rito camerale di cui all'art. 35 bis decreto legislativo n. 25/2008 davanti alla sezione specializzata del tribunale in composizione collegiale, in ragione della connessione esistente tra dette domande e della prevalenza della composizione collegiale del tribunale in forza del disposto dell'art. 281 nonies cod. proc. civ.*”) ai sensi dell'art. 281 nonies c.p.c., con l'esigenza quindi di rispetto del termine di 30 giorni per la proposizione del ricorso e l'inappellabilità della decisione, solo ricorribile per Cassazione.

Più complesso il caso in cui il Questore si sia limitato a rigettare il rilascio, il rinnovo o abbia disposto la revoca di un permesso di soggiorno per motivi familiari senza pronunciarsi sulla protezione speciale. Può il giudice monocratico accertare il diritto alla protezione speciale, laddove vi sia domanda in tal senso?

La norma transitoria (art. 15 d.l. n. 130 del 2020), nell'affermare l'applicabilità delle modifiche apportate all'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 ai procedimenti pendenti avanti alle sezioni specializzate dei tribunali, può essere intesa nel senso che si può valutare l'accertamento del diritto alla protezione speciale anche innanzi al giudice monocratico investito dell'accertamento del diritto all'unità familiare?

Se il procedimento è pendente, il giudice monocratico può, sottoposta la questione alle parti, accertare il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale? Deve disporre il mutamento del rito, da monocratico a collegiale?

Problema simile si pone rispetto ai ricorsi ancora pendenti in cui il ricorrente ha richiesto, impugnando il provvedimento di diniego della Commissione Territoriale, la sola protezione umanitaria (cfr. Cass. sez. I, 19 giugno 2019, n. 16458 “...*qualora sia stata proposta in giudizio la sola domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia, ai sensi del D.L. n. 13 del 2017 citato, art. 3, comma 1, lett. d) e comma 4, è della sezione specializzata del tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario di cui agli artt. 281-bis c.p.c. e segg., o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione, di cui agli artt. 702-bis c.p.c. e segg. e pronuncia con provvedimento (sentenza o ordinanza) impugnabile in appello...*”). Si tratta di ricorsi pendenti innanzi al giudice monocratico. Se si ritiene non più riconoscibile la vecchia protezione umanitaria, può il giudice monocratico riconoscere il diritto alla protezione speciale?

Altra situazione problematica è quella in cui è proposto ricorso avverso la revoca del permesso di soggiorno per asilo o protezione sussidiaria o protezione umanitaria sulla base di una sentenza irrevocabile che ha ritenuto insussistenti i presupposti per quel titolo in precedenza rilasciato. Accade sovente che nel ricorso si chieda la protezione speciale ex art. 19, comma 1 o comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998. Anche in questo caso il Questore potrebbe essersi pronunciato nel provvedimento escludendone i presupposti previo parere da parte della Commissione Territoriale. Oppure potrebbe non essersi pronunciato. In quest'ultimo caso, se il Ministero si costituisce e accetta il contraddittorio, la domanda è ammissibile?

Si tratta all'evidenza soltanto di alcune delle questioni che i giudici della protezione internazionale saranno chiamati ad affrontare nei prossimi mesi e per le quali di nessun aiuto è il dettato normativo.

3. Il comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998

Il comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 contempla una serie di ipotesi di divieto relativo di espulsione desumibile da “*salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1*”.

Si tratta di ipotesi in cui lo straniero si trovi in situazioni particolari che precludono l'allontanamento, pur dovendosi procedere al bilanciamento con i motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato. Non invece con l'esigenza di tutela della pubblica sicurezza, come previsto per il comma 1.1. dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998.

È controverso se il permesso possa essere negato solo in presenza di precedente provvedimento di espulsione del Ministro dell'Interno.

La questione è stata presa in esame dalla Cassazione con riferimento alle decisioni di diniego di titoli di soggiorno per motivi familiari (art. 19, comma 2, lett. c), d.lgs. 286 del 1998).

La giurisprudenza non è univoca. Secondo un indirizzo, ai fini del diniego, non è necessario un precedente provvedimento di espulsione del Ministro: il Questore (e, successivamente, il giudice adito) possono valutare la sussistenza delle condizioni ostative (ossia i motivi di pericolosità), a prescindere dall'adozione di un provvedimento del Ministro (tra le più recenti si veda Cass. 26216/2020, Cass. sez. I, ord. 8 ottobre 2018, n. 24739).

Altre pronunce invece (cfr. Cass. n. 30828/18; Cass. civ. 29665/2020) affermano che la formulazione della norma, che prevede una fattispecie di inespellibilità *“salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1”*, deve *“essere intesa, in ossequio al dato letterale, nel senso che l'inespellibilità incontra un limite nel solo provvedimento ministeriale di alta amministrazione da parte del Ministro (...)”*.

A ben vedere quest'ultimo orientamento opera un richiamo a situazione ben più ampia (provvedimento di espulsione del Ministro dell'Interno per i motivi indicati) di quella operata dal legislatore che si è invece limitato a richiamare i *casi* (ordine pubblico e sicurezza dello Stato) e non l'espulsione disposta dal Ministro.

Diversamente, se il legislatore avesse inteso imporre il provvedimento ministeriale, avrebbe formulato la norma facendo salvo il *“caso previsto dall'art. 13, comma 1”* – dove *caso* stava ad intendere proprio l'espulsione – e non i *casi* previsti dall'art. 13 co. 1, ossia la presenza di motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato.

Quanto alla pericolosità rilevante, essa è descritta dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998.

La giurisprudenza (Cass., sez. I, 7 giugno 2017, n. 14159), benché con riguardo alla (sola) ipotesi di primo (e iniziale) rilascio di permesso di soggiorno per motivi familiari, ha affermato che l'art. 19, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 286 del 1998 contiene un parametro ai fini della valutazione della pericolosità sociale nettamente *«più favorevole sia di quello relativo al visto per il ricongiungimento familiare (ex art. 4, commi 3 e 5 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998) sia di quello desumibile dall'art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007 [...]». In queste ultime due ipotesi la valutazione relativa alla pericolosità sociale non ha come parametro soltanto l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato ma anche la commissione di reati gravi ma comuni che vengano ritenuti indicatori di pericolo per la pubblica sicurezza, salvo sempre l'accertamento da svolgersi in concreto e caso per caso»*. Seguendo tale impostazione, prosegue la Corte, ancorché limitatamente al primo rilascio del permesso di soggiorno derivante dall'accertamento della condizione d'inespellibilità, la pericolosità ostativa al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari può desumersi esclusivamente dal parametro di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998. La Cassazione quindi afferma chiaramente la non sovrapponibilità della pericolosità richiamata dall'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 con la pericolosità descritta all'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007.

Da ciò si dovrebbe desumere che, siccome Cass., sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19337 ha equiparato i profili di pericolosità dell'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007 e dell'art. 5, co. 5 *bis*, d.lgs. n. 286 del 1998, la pericolosità descritta dall'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 si pone su un piano diverso da quella richiesta dalle due norme da ultimo citate. Con l'effetto che la commissione di reati comuni, in un contesto relazionale estraneo ad una messa in pericolo dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato, dovrebbe consentire, all'esito di una valutazione in concreto, il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998.

Nel solco dell'orientamento che pone una netta distinzione fra i motivi contemplati dalle due diverse discipline (ossia il d.lgs. n. 30 del 2007, da un lato, e l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998, dall'altro), individuando nelle ragioni previste da tale ultima norma situazioni di particolare rilievo ed incidenza sulla stabilità della sicurezza pubblica e dell'ordinamento statale, si collocano altre pronunce della Suprema Corte. Nella pronuncia Cass., sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 20719 si indicano quali motivi di sicurezza dello Stato o di ordine pubblico quelli *«afferenti alla pericolosità per la generale convivenza o la sicurezza dello Stato italiano, rappresentate, esemplificando, da un terrorista, un criminale seriale, un criminale inserito nella criminalità organizzata»* (...), che *«soltanto possono giustificare, alla base delle norme richiamate, la espulsione ed il diniego di rinnovo del p.d.s. per straniero convivente»* con cittadino italiano.

Non pare discostarsi da tale filone interpretativo neppure Cass. sez. I, 8 ottobre 2018, n. 24739 che afferma l'inderogabilità del divieto di espulsione dello straniero convivente con parente entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, stabilito all'art. 19, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286 del 1998, anche in sede di rinnovo, salva la sussistenza delle condizioni ostative contenute nell'art. 13, co. 1, del d.lgs. cit., *«non essendo sufficiente, a tal fine, invocare i precedenti penali e la frequentazione di pregiudicati, atteso che tali elementi di fatto possono essere idonei ad integrare le ragioni di sicurezza poste a base dei provvedimenti di allontanamento di un cittadino comunitario ex art. 20 del d.lgs. 30/2007, ma non le più restrittive condizioni previste nel citato art. 13 (Cass., ord. n. 701/18)»*.

Ai soli fini interpretativi si richiama il comma 2 dell'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007 che indica quando sussistono i motivi di sicurezza dello Stato: *«la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, e successive modificazioni ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali»*. Non sarà sufficiente invece un motivo di pubblica sicurezza.

4. Respingimenti

Va innanzitutto premesso che il respingimento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni sul diritto d'asilo o sulla protezione internazionale.

Esso è disciplinato dall'art. 10, commi 1 e 2, d.lgs. n. 286 del 1998:

“1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato.

2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri:

- a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo;*
- b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso”.*

La prima fattispecie disciplina il respingimento degli stranieri che si presentano alla frontiera senza i requisiti per l'ingresso sul territorio nazionale (c.d. respingimento «immediato»); la seconda regola l'accompagnamento alla frontiera degli stranieri che, «*sottraendosi ai controlli*», abbiano fatto ingresso nel territorio dello Stato e siano stati «*fermati all'ingresso o subito dopo*» (c.d. respingimento «differito»).

Per quanto qui rileva basti osservare che il respingimento deve essere disposto con provvedimento motivato da parte dell'autorità nazionale competente e deve essere notificato allo straniero. Può essere impugnato ma il ricorso non ha effetto sospensivo (cfr. art. 16 Reg. UE 2016/399, c.d. codice frontiere Schengen). Dubbia la possibilità di disporre la sospensione: l'art. 5 d.lgs. n. 150 del 2011 ammette la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti oggetto di giudizio solo nei casi in cui il potere è espressamente previsto dallo stesso decreto, e l'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011 non lo prevede.

In merito all'impugnazione del respingimento immediato, la giurisdizione spetta al G.O. (cfr. Cass., S.U., 17 giugno 2013, n. 15115 e, più recentemente, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 30 gennaio 2021, n. 299 secondo cui la posizione giuridica soggettiva vantata dal destinatario dell'atto di respingimento alla frontiera è di diritto soggettivo; *contra* Circolare Ministero dell'Interno n. 400/A/2019/12.214.18.2 Roma, 18 gennaio 2019).

Ai respingimenti non si applica la Direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (c.d. direttiva rimpatri). L'art. 2 della Direttiva cit. consente infatti agli Stati di non applicarne le relative disposizioni alle fattispecie del respingimento alla frontiera e del respingimento differito, e lo Stato italiano si è avvalso di tale facoltà nel recepimento della Direttiva con il decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito nella legge 2 agosto 2011, n. 129. A garanzia degli stranieri respinti, tuttavia,

l'art. 4, par. 4, della direttiva rimpatri stabilisce che gli Stati membri rispettano il principio di *non refoulement*.

La pratica dei respingimenti alla frontiera, terrestre e/o marittima, senza accertare la sussistenza delle condizioni che vietano il respingimento, deve ritenersi lesiva delle norme attributive dei diritti fondamentali.

Della questione se ne è occupato con un provvedimento d'urgenza il Tribunale di Roma (ordinanza 18 gennaio 2021), che ha accertato il diritto del ricorrente a presentare la domanda di protezione internazionale in Italia, sul presupposto dell'illegittimità dell'accordo di riammissione verso il Paese di provenienza (Slovenia) in assenza di alcun provvedimento formale e nonostante la manifestazione di volontà da parte del soggetto respinto di richiedere la protezione internazionale.

In tali casi infatti la riammissione è di fatto un respingimento senza che sia emesso un provvedimento amministrativo cosicché non è possibile l'impugnazione.

La riammissione informale inoltre non può essere disposta per i richiedenti. Se infatti è vero che la domanda di protezione internazionale presuppone normalmente che il soggetto sia presente sul territorio nazionale, è altrettanto vero che chi manifesta l'intenzione di chiedere la protezione internazionale sul territorio nazionale o alla frontiera si trova nella stessa posizione di chi ha presentato formalmente la domanda. Se la domanda è formulata al soccorritore tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, anche se si è fuori dal territorio nazionale, questi dovrebbe attivarsi in modo che quella domanda informale possa trasformarsi in domanda formale o nel proprio territorio o verso uno Stato che tutela il diritto di asilo.

Del resto solo tale interpretazione è conforme alle previsioni del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Si veda in particolare l'art. 2 d.lgs. cit. che definisce richiedente *“lo straniero che ha presentato domanda di protezione internazionale su cui non è stata ancora adottata una decisione definitiva ovvero ha manifestato la volontà di chiedere tale protezione”*. Conformemente cfr. Cass., 3 maggio 2017, n. 10743, che ha affermato che *“Il dovere delle autorità nazionali di fornire informazioni ai cittadini stranieri ed agli apolidi in ingresso nel territorio nazionale che desiderino presentare domanda per il riconoscimento della protezione internazionale [...] è infatti attualmente sancito dagli artt. 1, 2°co., e. 3 d.lgs. n. 142/2015 [...]. Ne consegue che il ricorrente, che aveva immediatamente manifestato la sua volontà di presentare la domanda, avrebbe dovuto ricevere le predette informazioni già al momento del suo sbarco ed avrebbe dovuto essere indirizzato presso un centro di accoglienza”*.

5. La pandemia e la giurisprudenza delle Sezioni specializzate

La pandemia, è noto, ha impegnato le Sezioni specializzate nell'individuazione della tutela accordabile in caso di rischio da Covid-19 nel Paese d'origine.

Ebbene, va in ogni caso premesso che il riconoscimento della tutela deve avvenire sempre su base individuale e in ragione della natura del rischio che, nel caso specifico, deve essere di mortalità o di aggravamento di una patologia in atto.

L'espulsione potrebbe dunque costituire un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 19, comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998 se lo straniero appartiene ad una categoria a rischio nel senso che il rimpatrio aggrava preesistenti precarie condizioni di salute oppure se il rimpatrio in una zona particolarmente colpita dalla diffusione del virus lo espone a una significativa riduzione dell'aspettativa di vita e a un rapido peggioramento delle condizioni di salute per l'indisponibilità (o perché assenti o perché sia impossibile per la persona accedervi) di cure mediche adeguate. Sarà quindi necessario verificare se le cure generalmente disponibili nello Stato di destinazione siano sufficienti e appropriate per il trattamento della malattia, nonché in che misura la persona avrà effettivamente accesso alle cure ed in quali strutture, considerando anche il costo dei farmaci, l'esistenza di una rete sociale e familiare e la distanza da percorrere per accedere alle strutture.

Più complesso invece il tentativo di applicare l'art. 19, comma 1.1., d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui richiama gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6, d.lgs. cit. in assenza di condizioni di salute compromesse o di criticità al momento della decisione.

Passando ad una breve ricognizione della giurisprudenza di merito, deve senz'altro citarsi la pronuncia del Tribunale di Napoli che, per primo, con il decreto 25 giugno 2020, ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un cittadino del Pakistan per la situazione di emergenza sanitaria da Covid-19 nel paese d'origine. Una decisione di contenuto analogo è stata emessa con decreto del 30 giugno 2020 a favore di un cittadino del Bangladesh. A ben vedere in queste pronunce, più che il diritto alla salute in sé, si considera la condizione di vulnerabilità ravvisata dal divario tra le condizioni di vita conseguite in Italia e quelle proprie del paese di origine anche a causa della pandemia.

Similmente cfr. Trib. Milano, decreto 28.10.2020, con cui è stata riconosciuta la protezione umanitaria ad un cittadino pakistano. La pronuncia si richiama per l'approfondita disamina della pandemia quale fatto notorio: *“Occorre, pertanto, esaminare se il “fatto” pandemia possa essere ritualmente acquisito al processo, in assenza di specifica allegazione di parte. Con riferimento a tale aspetto, la Corte di Cassazione ha da tempo chiarito che “Il ricorso alle nozioni di comu-*

ne esperienza (fatto notorio), comportando una deroga al principio dispositivo ed al contraddittorio, in quanto introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati, va inteso in senso rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile” (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6299 del 19/03/2014; negli stessi termini, cfr. Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 33154 del 16/12/2019). Più di recente, la Suprema Corte ha chiarito che “Va considerato dunque notorio il fatto storico che presenti le riferite caratteristiche di generale conoscenza e certezza, a condizione che esso non implichi acquisizioni specifiche di natura tecnica né elementi speculativi o valutativi che presuppongano cognizioni particolari o richiedano il preventivo accertamento di particolari dati, e che non rientri nella cd. “scienza privata” del giudice, poiché questa, proprio in ragione della sua natura essenzialmente personale, non può essere ritenuta universale e, quindi, non rientra nella categoria del notorio, neppure quando derivi al giudice medesimo dalla pregressa trattazione d’analoghe controversie” (Cass. 16.7.2020 n. 15215/2020). Ad avviso del Collegio, sulla base dei principi appena richiamati, può ritenersi che il fatto storico della pandemia da COVID-19 – e non la sua diffusione, la capacità dei diversi sistemi nazionale di affrontare il contagio, ecc., dati che solo attraverso la consultazione delle COI sarà possibile acquisire – sia di “generale conoscenza e certezza”, non implichi elementi valutativi e possa, pertanto, essere rilevato d’ufficio...”.

In queste pronunce il rischio Covid-19 viene considerato, in assenza di problemi attuali di salute, come un elemento che potrebbe aggravare una vulnerabilità già sussistente.

In altre pronunce, pur a fronte di condizioni di salute non serie, è stata riconosciuta la protezione umanitaria evidenziando l’ampia diffusione della patologia, a fronte delle gravi carenze del sistema sanitario del Paese d’origine e dell’incidenza della mortalità specie con riguardo a persone in situazioni di vulnerabilità, anche per le condizioni di salute pregresse, nonché l’incidenza della pandemia sulle strutture ospedaliere già carenti (cfr. Trib. Bologna, decreto 23 novembre 2020).

Per il mero rischio di contrarre la patologia il Tribunale di Campobasso, con decreto del 21 gennaio 2021, ha riconosciuto la protezione speciale ai sensi dell’art. 19 comma 1.1. ad un cittadino pakistano: “...ritiene il Collegio che il rimpatrio esporrebbe il ricorrente ad un pregiudizio ulteriore e grave, derivante dall’elevato rischio di diffusione dell’epidemia da Covid 19 nell’ambito di un contesto precario e comunque deteriore rispetto agli standard sanitari italiani, che potrebbero assicurare un efficace contenimento del contagio e accesso alle cure”. Cfr. altresì Trib. Bari, decreto 28 dicembre 2020, che ha riconosciuto ad un cittadino bangladese ben integrato la protezione speciale evidenziando la

povertà nel Paese d'origine, la mancanza di scolarizzazione, la pandemia e il lungo periodo trascorso in Italia (9 anni): *“in ipotesi di rimpatrio il ricorrente sarebbe sottoposto a trattamenti inumani o degradanti tanto da violare la sua attuale vita privata”*.

La pandemia è stata presa in considerazione anche come causa legittimante la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto in caso di ricorso per Cassazione. Si veda, tra i tanti, Trib. Trieste, decreto 1 aprile 2020: *“per quanto riguarda l'attuale emergenza sanitaria COVID-19, sussistono i “fondati motivi” su cui il Tribunale è chiamato a decidere in questa sede ex art. 35-bis, comma 13, d.lgs. n. 25/2008”*. Negli stessi termini anche Trib. Bari, decreto 28 luglio 2020.

Similmente il Tribunale di Milano, con decreto 3 marzo 2021, conforme a numerosissimi precedenti dello stesso ufficio, ha ravvisato la sussistenza delle *“gravi e circostanziate ragioni”* ai sensi dell'art. 35 bis, comma 4, d.lgs. 286/98, per la sospensione di un provvedimento di inammissibilità in ragione della eccezionale emergenza sanitaria determinata dall'epidemia da virus COVID-19 e delle eccezionali misure adottate dal Governo per contrastarla. Ad avviso del Tribunale, il rigetto della richiesta di sospensione comporterebbe la revoca, in capo al richiedente, del permesso di soggiorno temporaneo per richiesta di asilo. Tale revoca, prosegue il Collegio, determinerebbe l'impossibilità di osservare le prescrizioni dell'Istituto Superiore della Sanità a tutela della salute individuale e collettiva perché la revoca del permesso di soggiorno precluderebbe l'accesso del richiedente al servizio sanitario nazionale e alle cure del medico di famiglia.

La nuova protezione complementare

Sommario: 1. Premessa terminologica. – 2. Esame delle novità normative. – 3. La nuova formulazione dell'art. 5 c.6 d.lgs. n. 286 del 1998. – 4. La nuova formulazione dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. linee generali. – 4.1. Il comma 1 dell'art. 19. – 4.2 l'art. 19 c.1.1. – 4.3 il c.1.1 seconda parte. – 5. Il procedimento davanti al Questore. – 6. Il c.3.2 dell'art. 32 d.lgs. n. 25 del 2008 una norma di difficile lettura ed incerta applicazione. – 7. La protezione complementare: qualificazione giuridica del diritto. – 8. Protezione umanitaria e complementare: i principi applicabili per entrambe le forme di protezione. – 9. Quadro sinottico della stratificazione temporale delle novità normative.

1. Premessa terminologica

La compulsività legislativa dell'ultimo quadriennio in tema di permessi sostenuti da ragioni di vulnerabilità qualificata riconosciuti a cittadini stranieri ha determinato una certa confusione terminologica. Espunto l'attributo "umanitario" dal lessico legislativo del sistema di protezione *latu sensu* internazionale, per effetto del d.l. n. 113 del 2018, si è ritenuto di rafforzare la valenza simbolica dell'intervento restrittivo dei diritti dei cittadini stranieri, contrapponendovi l'attributo "speciale". Il successivo ed atteso intervento correttivo, realizzato dal d.l. n. 130 del 2020, pur senza riprodurre espressamente nel testo legislativo dell'art. 5 c.6 d.lgs. n. 286 del 1998 "i seri motivi di carattere umanitario" ha nuovamente ricondotto nell'alveo delle gravi violazioni dei diritti umani desumibili dagli obblighi costituzionali, convenzionali ed internazionali assunti dall'Italia, l'applicazione del principio del non *refoulement*, estendendo l'ambito di applicazione del divieto rispetto alla formulazione precedente dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. Risulta, di conseguenza, maggiormente appropriata per il nuovo assetto introdotto dal d.l. n. 130 del 2020 la utilizzazione della definizione di protezione complementare anche al fine di sottolinearne la contiguità, da un lato, e l'autonomia, dall'altro, rispetto alla protezione internazionale. Sul piano strettamente esegetico i permessi denominati di "protezione speciale" sono rimasti quelli disciplinati dall'art. 32 c.3 d.lgs. n. 25 del 2008, coerentemente con la stretta correlazione che li avvince alla esclusione dalle protezioni maggiori (il comma si apre: "Nei

casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale”). Su un piano sistematico, tuttavia, atteso il diretto collegamento di questi permessi con l’art. 19 c.1. e 1.1. del d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto espressamente richiamato dall’art. 32, c.3 come indicatore dei requisiti per riconoscere il diritto ad un permesso di “protezione speciale”, deve ritenersi che il termine più ampio “protezione complementare” che verrà utilizzato nei successivi paragrafi sia comprensivo anche dei permessi cd. di “protezione speciale” anche in considerazione dell’identità dei fatti costitutivi. Deve, infine, considerarsi che i permessi costruiti sulle fondamenta dell’art. 5.c.6 e 19 c.1 (ed attualmente 1.1 e 1.2) del d.lgs. n. 286 del 1998 antevigenti preesistono al sistema unionale della protezione internazionale e secondo quanto stabilito dalla costante giurisprudenza di legittimità completano il quadro attuativo dell’asilo costituzionale, così da escludere, anche sotto questo specifico versante, la loro specialità.

2. Esame delle novità normative

Per comprendere il contenuto e la rilevanza dell’intervento legislativo, è necessario procedere all’esame analitico delle singole norme o parti di esse, interpolate e modificate.

Il d.l. n. 130 del 2020 interviene in primo luogo sull’art. 5 c.5 del d.lgs. n. 286 del 1998, precisando, in via generale, che *“nell’adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell’articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell’interessato e dell’esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d’origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”*. La modifica adegua la norma ai rilevanti principi già contenuti nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 202 del 2013 in relazione alla configurabilità di un limite generale all’adozione del provvedimento di espulsione amministrativa derivante dall’effettiva esistenza di legami familiari nel nostro paese da valutare caso per caso ex art. 13 c. 2 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo la più ampia definizione del diritto all’unità familiare desumibile dalle prescrizioni della Corte Edu in tema d’interpretazione dell’art. 8 della Convenzione. Il giudizio, sia in fase amministrativa che giudiziale non può sottrarsi al necessario bilanciamento da operare tra l’interesse pubblicistico al rimpatrio del cittadino straniero che soggiorna irregolarmente e il diritto a non privarsi e privare gli altri componenti il nucleo relazionale costituzionalmente protetto, del diritto all’unità familiare.

Il rilievo maggiore, tuttavia, si coglie nella definitiva collocazione del radicamento affettivo, relazionale e sociale nella valutazione complessiva dei requisiti per il riconoscimento, in generale, del diritto del cittadino straniero al soggiorno ed in particolare nella centralità che l'integrazione assume nel giudizio di bilanciamento e proporzionalità cui è sottoposto l'interesse pubblicistico sotteso alla verifica della regolarità dell'ingresso e del soggiorno, come osservato, anche in ambiti diversi da quelli contenuti nell'art. 19 novellato. Non si può più sfuggire all'esame comparativo di questi indicatori anche in sede di valutazione della legittimità di un provvedimento espulsivo poiché anch'esso costituisce l'epilogo di una valutazione relativa alla regolarità od irregolarità dell'ingresso o del soggiorno del cittadino straniero.

Fermo, tuttavia, che, come si vedrà nei paragrafi successivi, non tutte le forme di protezione del cittadino straniero fondate sul divieto di non refoulement richiedono la valutazione comparativa né secondo la previgente formulazione degli artt. 5.c.6 e 19 T.U. né nell'attuale.

3. La nuova formulazione dell'art. 5.c. 6 d.lgs. n. 286 del 1998

Anche per la comprensione dell'incisività delle modifiche apportate al c.6 dell'art. 5 è necessario riprodurre la sequenza temporale della vigenza della norma. Nella formulazione attuale in essa si legge: *“Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.* Il d.l. n. 113 del 2018 aveva espunto dalla norma l'intera previsione relativa al riconoscimento del diritto ad un permesso di soggiorno sostenuto da motivi umanitari o risultante dagli obblighi costituzionali ed internazionali assunti dallo Stato italiano. Questa ampia previsione legislativa, introdotta nella formulazione originaria del d.lgs. n. 286 del 1998, ha costituito il perno dell'attuazione del diritto d'asilo costituzionale, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016; 19176 del 2020), una volta recepito il sistema pluralistico della protezione internazionale stabilito nelle Direttive europee (2004/83/CE modificata con la 2011/95/UE, cd. “Direttive qualifiche”; 2005/85/CE modificata con la 2013/32/UE cd. “Direttive Procedura”)

Il primo rilevante effetto del ripristino dell'osservanza degli obblighi costituzionali ed internazionali, più correttamente convenzionali ed ancora più esattamente gli obblighi che ci derivano dalla sottoscrizione delle Convenzioni in tema di diritti fondamentali della persona, è costituito dal rafforzamento della posi-

zione dei diritti umani della persona nel giudizio di bilanciamento e nella non necessità della predeterminazione normativa espressa (per comprenderci come accade nel catalogo contenuto nell'art. 19 ancorché formulato in modo "elastico" che si esaminerà nel paragrafo successivo) delle tipologie di diritti che meritano tutela. Il rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali ricongiunge le protezioni "complementari" al diritto d'asilo costituzionale così completando il sistema plurale della protezione internazionale introdotto dalle direttive europee alla luce del quale trova una coerente collocazione ed uno spazio applicativo anche la affermazione costituzionale del diritto d'asilo.

4. La nuova formulazione dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998. Linee generali

All'intitolazione originaria dell'art. 19: "Divieti di espulsione e respingimento" è stato aggiunto con il d.l. n. 89 del 2011 che ha recepito la cd. Direttiva rimpatri (n. 115 del 2008): "Disposizioni in materia di categorie vulnerabili". Non più solo la previsione della limitazione della potestà statale di respingimento dei cittadini stranieri ma una norma che introduce misure a tutela di categorie vulnerabili, ampliando significativamente l'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu (espressione plastica del divieto di *refoulement*) ed innovandone profondamente la nozione. Nell'originaria impostazione tratta dalla Convenzione di Ginevra firmata il 28/7/1951 e successivamente oggetto di successive integrazioni, (tra le quali la più significativa, quella introdotta dal Protocollo di New York del 1967, ha esteso l'ambito territoriale dei paesi di provenienza dei rifugiati oltre i confini dell'Europa) il principio di non *refoulement* era legato a ragioni di persecuzione. Ad esse si è aggiunto, attraverso l'art. 3 Cedu il rischio di essere esposti alla pena di morte od a trattamenti inumani e degradanti. All'essere umano non può essere negata una condizione di vita dignitosa neanche in applicazione di misure coercitive della libertà personale. Nell'ultimo paragrafo relativo alle pratiche attuali di esternalizzazione della gestione dei flussi di cittadini stranieri richiedenti asilo o protezione a carattere umanitario, si verificherà il gravissimo deficit di attuazione pratica dell'art. 3 Cedu. La dignità della persona umana, quanto meno sul piano dei principi costituzionali e convenzionali cogenti, esce dal perimetro persecutorio per assumere una posizione di assoluta preminenza nella valutazione dei requisiti e delle condizioni di riconoscimento dei diritti umani connessi alla protezione internazionale ed umanitaria pur senza sottrarsi al giudizio di bilanciamento con quegli interessi di natura pubblicistica che possono giustificarne la conformazione o la limitazione solo, tuttavia, all'esito di una rigorosa valutazione di necessità e proporzionalità.

4.1. Il comma 1 dell'art. 19

Nella norma, accanto alle tradizionali ipotesi di persecuzione (razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali) sono state aggiunte per effetto del d.l. n. 130 del 2020, convertito nella l. n. 173 del 2020 anche le ulteriori ragioni persecutorie dovute all'orientamento sessuale od all'identità di genere. In questo modo, l'ambito di applicazione del principio di non refoulement è del tutto sovrapponibile a quello che giustifica il riconoscimento dello status di rifugiato politico.

Questa uniformità, tuttavia, non esclude la rilevanza non solo simbolica della norma. L'estensione del divieto di refoulement all'orientamento sessuale e all'identità di genere impone, in primo luogo, nei procedimenti e nei giudizi di protezione internazionale, una valutazione più ampia delle vicende narrate dai richiedenti su questi specifici temi, ben potendo una situazione sopravvenuta o non emersa (o celata) in una fase anteriore dell'accertamento del diritto, pur se parzialmente carente sul piano allegativo o probatorio (in relazione al fattore specificamente individualizzante) essere presa in considerazione ai fini del divieto di respingimento e del riconoscimento della protezione complementare, con la peculiarità che nelle ipotesi di cui al c.1. dell'art. 19, non deve essere svolta alcuna valutazione comparativa con la situazione del paese di origine dal momento che le cause ostative al rimpatrio o sussistono, in virtù del sistema legale, del costume sociale o del modello culturale dominante e tollerato, quando non promosso dalle agenzie pubbliche, o non scatta il divieto.

Ulteriore spazio applicativo per l'operatività del divieto può riscontrarsi quando lo status è escluso per la concomitanza di cause impeditive od ostative al suo riconoscimento o dall'intervenuta revoca dovuta proprio all'accertamento positivo di una di esse (artt. 10 e 13 d.lgs. n. 251 del 2007 e successive modificazioni).

4.2. L'art. 19 c.1.1 prima parte

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

La prima parte dell'art. 19 c.1.1 contiene alcune peculiari estrinsecazioni del divieto di refoulement che si possono distinguere in due categorie. La prima riguarda il rischio di essere sottoposta a tortura od a trattamenti inumani e degradanti. La previsione ricalca in parte l'art. 14 lettera b) d.lgs. n. 251 del 2007, in relazione al rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti

e, conformemente al c.1 completa il quadro della tutela delle situazioni che, astrattamente riconducibili alla protezione sussidiaria, sono concretamente non riconducibili ad essa per la sopravvenienza di cause ostative o di revoca (artt.16 e 18 d.lgs. n. 251 del 2007 e successive modificazioni). La seconda, relativa alla tortura, è stata introdotta con la legge n. 110 del 2017 di attuazione della Convenzione ONU contro la tortura del 10/12/84 ed entrata in vigore il 27/6/87. L'innovazione rispetto al sistema preesistente della protezione umanitaria può apparire marginale, non potendosi dubitare della riconducibilità piena dell'esposizione al rischio della tortura tra le gravi violazioni dei diritti umani che impongono l'applicazione del principio di non refoulement, ai fini del riconoscimento del diritto ad un permesso umanitario ex art. 5 c.6 previgente. Deve, tuttavia, sottolinearsi che, con l'abrogazione piena dell'art. 5 c.6 intervenuta con il d.l. n. 113 del 2018, ancorché contenuta in un ambito temporale molto stretto, tenuto conto dell'inapplicabilità immediata nei procedimenti pendenti e della successiva modificazione ex d.l. n. 130 del 2020, il richiamo contenuto nell'art. 19 c.1.1. alla sistematica violazione dei diritti umani, ha consentito di accogliere una nozione non restrittiva della tortura con riferimento a metodologie d'intervento dei pubblici poteri su cittadini per ragioni di sicurezza ed a riconoscere la violazione grave dei diritti umani come una delle forme di vulnerabilità meritevoli di tutela, anche in mancanza di una clausola generale ampia come quella contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 5. c. 6 ("i seri motivi di carattere umanitario").

L'ulteriore e più rilevante innovazione normativa proviene dall'interpolazione dell'art. 19, c.1.1., prima parte, dettata dal d.l. n. 130 del 2020 e riguarda l'espreso richiamo agli obblighi di cui all'art. 5, c.6 ovvero gli obblighi costituzionali ed internazionali che il nuovo decreto ha ripristinato, dopo l'espunzione effettuata dal precedente d.l. n. 113 del 2018. Obblighi che, come ricordato dal Presidente della Repubblica nella lettera con la quale è stata accompagnata l'emanazione del decreto "pur se non espressamente richiamati nel testo normativo restano fermi così come quanto direttamente disposto dall'art. 10 Cost., e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia".

L'applicazione del principio di non refoulement in virtù del puntuale richiamo agli obblighi costituzionali ed internazionali contenuto nella prima parte del c.1. dell'art. 19 consente di individuare situazioni di vulnerabilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle che verranno esaminate in relazione alla seconda parte del medesimo comma. Assumono autonomo rilievo le condizioni soggettive vissute nei paesi di transito e la violazione di diritti fondamentali che ricevono tutela rafforzata in virtù dell'adesione del nostro paese a Convenzioni Internazionali specifiche quali quella, già esaminata, sulla tortura, quella sulla disabilità (Convenzione Onu 13 dicembre 2006 ratificata con l.n. 18 del 2009) quella sulle vio-

lenze di genere (Convenzione d'Istanbul 11 maggio 2011, ratificata con l. n. 77 del 2013 integrate dalla griglia dei diritti inviolabili stabiliti nella Costituzione. La ricognizione, necessaria al giudice della protezione internazionale, conduce ad una catalogazione aperta ma non indeterminata dell'applicazione del divieto in relazione al rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali n. 77 del 2013).

La esemplificazione concreta di situazioni di vulnerabilità desumibili dagli obblighi costituzionali ed internazionali può risultare utile per evidenziarne la peculiarità rispetto alla più ampia gamma di situazioni ricavabili dal paradigma normativo contenuto nel c.1, seconda parte.

Una prima ipotesi riguarda chi ha subito torture o trattamenti inumani e degradanti in un paese di transito, come la Libia. Ove sia stato assolto l'onere allegativo specifico consistente nella descrizione puntuale dei trattamenti subiti e nella eventuale documentazione delle conseguenze sul proprio corpo, l'organo decidente deve verificare attraverso le COI (Country of Origin Information) la effettiva esistenza, frequenza, diffusività di trattamenti nel paese di transito assimilabili a quelli descritti. Il riscontro positivo espone il richiedente ad una condizione di grave vulnerabilità dovuta alla lesione dei diritti umani tutelati oltre che dall'art. 3 Cedu, dalla specifica Convenzione ONU sulla tortura. La valutazione del giudice in questa ipotesi, deve incentrarsi sulla vulnerabilità del soggetto. Tanto più è grave la modalità e la durata dei trattamenti subiti tanto più questo accertamento contiene ed esaurisce il requisito della vulnerabilità e non occorre allegazione e prova di fatti costitutivi primari o secondari ulteriori o riguardanti il paese di rientro (diverso da quello di transito). L'onere di allegazione e prova riguarda l'aver subito torture o trattamenti inumani e degradanti che abbiano caratterizzato la permanenza nel paese di transito. La gravità del vulnus trova fondamento nella violazione del sistema costituzionale multilivello di tutela dei diritti umani che il nostro paese è obbligato a rispettare e al quale assoggettato in via generale, per effetto dell'art. 10 Cost. Il sistema convenzionale di tutela dei diritti umani, in sede di accertamento del diritto, costituisce uno dei parametri valutativi della ai fini del riconoscimento della protezione fondata sull'applicazione del principio di non refoulement.

Ove, invece, il rischio riguardi anche il paese di rientro, la tipologia di protezione applicabile è la protezione sussidiaria se non sussistono cause ostative. Ove ve ne fossero deve essere riconosciuta la protezione complementare per le ragioni sopra svolte.

La tortura e la violenza sessuale assorbono la valutazione di vulnerabilità ove siano allegati fatti concreti. Nessun altro fatto costitutivo è richiesto né nel regime antevigente (art. 5 c.6. originario) né in quello attuale. L'allegazione di aver subito violenza sessuale anche se non collocabile nel quadro della tratta o

di una situazione di persecuzione determinata da discriminazioni o violenze di genere, determina il riconoscimento della protezione complementare. La Convenzione d'Istanbul al pari di quella sulla tortura fornisce il supporto necessario per ritenere assorbente l'allegazione di una subita violenza sessuale, in sé così gravemente lesiva della dignità e della libertà femminile da non richiedere altro che una valutazione di credibilità soggettiva fondata sui criteri UNCHR. Ove ricorra questo requisito, si ravvisa una condizione di vulnerabilità sia se risalente al periodo vissuto nel paese di transito specie se collocabile in uno stato di detenzione e coercizione, sia se riferita al paese di origine. Il principio è stato affermato nella pronuncia della Corte di Cassazione n. 30402 del 2021 e n. 676 del 2022 ancorché nella piena vigenza dell'art. 5, c.6 d.lgs. n. 286 del 1998 proprio con riferimento alla allegazione dell'esercizio della prostituzione senza prova di tratta. Oltre alle fonti convenzionali a sostegno della situazione di vulnerabilità dovuta alla grave compromissione della libertà e dignità personale della richiedente è stata richiamata la pronuncia della Corte Costituzionale n. 141 del 2019 nella quale è stato affermato che l'esercizio della prostituzione a fini di reddito non può rientrare nella libertà di scelta ex art. 41 Cost. Il nostro sistema normativo (anche penale) ed assiologico si fonda su una nozione di libertà e dignità femminile che è incompatibile con la libertà di prostituirsi. Per il cittadino straniero disabile soggetto a stigma ed a discriminazione sociale e relazionale, ancorché non legislativa, può ugualmente essere riconosciuta una situazione di vulnerabilità tutelabile in virtù dell'obbligo di rispettare la Convenzione Onu sulla disabilità ove tale condizione soggettiva non sia contestabile e le allegazioni sulla lesione della dignità personale subita a causa dei comportamenti sociali siano credibili. Non è necessario che vi siano discriminazioni legislative o condotte ingiustificatamente compressive provenienti da organi statuali. Le C.O.I. possono avere ad oggetto la verifica del contesto sociale e culturale come descritto dal richiedente.

La lettura sistematica della prima parte del c.1 dell'art. 19 conduce al riconoscimento della protezione complementare quando siano accertate gravi lesioni dei diritti umani sia se subite nel paese di transito (tortura e trattamenti inumani e degradanti) sia se rientranti nelle violenze di genere ovunque subite (anche se non cessate nel paese di accoglienza oltre che in quello di transito e pur in mancanza dell'applicazione del regime protettivo antitratta) sia derivante da un pregiudizio sociale e culturale radicato nel paese di origine (handicap) ove allegato specificamente e eventualmente integrato da COI. Sono tutte situazioni di vulnerabilità per le quale opera il divieto di refoulement in virtù degli obblighi costituzionali e internazionali, desumibili, nella specie, dalle singole Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani.

4.3. Il c.1.1 seconda parte

Il c.1.1 seconda parte contiene l'innovazione più incisiva introdotta dal d.l. n. 130 del 2020. È espressamente prevista l'applicazione del principio di non *refoulement* e conseguentemente il divieto di respingimento ed espulsione ove si determini *“una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine”*.

Da un punto di vista casistico soccorre la stratificazione dei precedenti di legittimità che si sono sviluppati dopo che, con la sentenza n. 4455 del 2018, le condizioni d'integrazione relazionale, sociale e lavorativa sono state ritenute, parte integrante della valutazione della vulnerabilità del richiedente, ancorché in comparazione con un giudizio prognostico relativo alla situazione di deprivazione dei diritti umani del paese di origine al momento del rientro. Il principio di diritto è stato puntualizzato con la recente pronuncia delle S.U. 24413 del 2021, con riferimento alla formulazione antecedente dell'art. 5, c.6 d.lgs. n. 286 del 1998. Tuttavia, il profilo innovativo più significativo, risultante dalla nuova formulazione dell'art. 19, c.1.1. riguarda proprio la valutazione comparativa che rimane un cardine, ancorché nelle forme attenuate indicate nelle S.U. 24413 del 2021 in relazione al paradigma normativo fotografato nell'art. 5 c.6 antecedente, ma assume una rilevanza del tutto secondaria nell'accertamento della protezione complementare e, alla luce dell'esegesi letterale della norma non determina alcun onere allegativo specifico a carico del richiedente. L'esame dei legami familiari culturali o sociali con il Paese di origine costituisce elemento di “valutazione” del grado di radicamento allegato, non ulteriore fatto costitutivo del diritto di cui si chiede il riconoscimento. Si tratta di un profilo rilevante rispetto alla concreta articolazione del principio dispositivo e degli oneri allegativi. Non è necessario allegare specificamente di aver reciso i legami con il proprio paese di origine e di non poter contare su legami familiari od allegare che le condizioni politico sociali del paese non consentirebbero il raggiungimento dell'obiettivo minimo di un'esistenza dignitosa. L'onere allegativo si concentra sulla situazione di radicamento ed integrazione conquistata nel nostro paese così da porre in luce le conseguenze, in termini di lesione dei diritti umani, di una sopravvenuta

manca delle condizioni attualmente raggiunte. La contestuale situazione di sradicamento nel paese di origine (o il suo contrario) costituisce una valutazione che può richiedere l'esercizio dei poteri istruttori officiosi del giudice da attivarsi anche mediante l'audizione od acquisizioni COI, centrate tuttavia, sulle ragioni di radicamento ed integrazione allegate e non genericamente sul quadro normativo generale sulla tutela dei diritti umani. Alla luce del nuovo regime giuridico non può escludersi il diritto perché la parte non ha allegato specificamente di non avere legami nel proprio paese. Si tratta di un accertamento rimesso al giudice perché conformativo, limitativo od eliminativo del diritto ma non costitutivo dello stesso. Sotto questo profilo il nuovo regime appare diverso da quello antevigente perché un residuo onere allegativo anche relativo alle condizioni soggettive ed oggettive nel paese di origine deve essere assolto ancorché correlato alla ragione di radicamento..(S.U. 24413 del 2021).

5. Il procedimento davanti al Questore

L'art. 19, comma 1.2, del d.lgs. n. 286 del 1998 consente di proporre la domanda volta ad ottenere il rilascio di un permesso, denominato "per protezione speciale" direttamente al Questore ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale. La previsione ha la funzione di semplificare l'accesso a queste tipologie di titoli di soggiorno per tutti i cittadini stranieri che non ritengono di poter richiedere le cd. protezioni maggiori (rifugio politico e protezione sussidiaria) con correlato decongestionamento delle sezioni specializzate per l'immigrazione. L'efficacia di questo procedimento semplificato è strettamente correlata all'articolazione della fase iniziale di ricezione della domanda da parte dell'autorità di pubblica sicurezza ed alle condizioni di ricevibilità ed ammissibilità di essa. Può ritenersi che possa essere allegata una sola condizione di vulnerabilità tra quelle indicate dalla norma di riferimento (art. 19 c.1.1) mentre può essere svolta una fase di preistruttoria procedimentale, fermo restando che il potere istruttorio della Commissione territoriale competente ad esprimere il parere non subisce limitazione e deve, ove necessario, estendersi all'audizione del richiedente, trattandosi di un parere vincolante che l'autorità che emana il provvedimento finale non può disattendere. La potestà amministrativa in questo procedimento è rigidamente vincolata e, nell'ipotesi di valutazione difforme fondata su elementi fattuali o requisiti giuridici, si ritiene che possa essere richiesta un'integrazione del parere già espresso solo in presenza di sopravvenienze. Il permesso rilasciato dal Questore, contrariamente ad un'interpretazione che si è affacciata nelle prime applicazioni da parte delle autorità di polizia, è conver-

tibile in permesso di lavoro, analogamente a tutte le forme di protezione complementare previste dal legislatore. La soluzione proposta si fonda sulla analisi sistematica delle norme.

L'art. 19 c.2 aggiunge un binario semplificato per richiedere il permesso di soggiorno per tutte le ipotesi contemplate dall'art. 19 c.1.1. Come già osservato la potestà del Questore non è discrezionale, dovendosi fondare la decisione sul parere vincolante della Commissione. I requisiti giuridici sono identici e la decisione si fonda sui medesimi presupposti di fatto. Non si ravvisa alcuna giustificabile ratio per escludere la convertibilità in permesso di lavoro solo perché la domanda è stata rivolta al Questore invece che alla Commissione territoriale in prima battuta, essendo identico anche il procedimento di riesame giurisdizionale, alla luce della disciplina giuridica attuale (procedimento sommario collegiale ed impugnazione con ricorso per cassazione).

La differenza di tutela può giustificarsi soltanto per ragioni testuali ma di carattere formalistico: l'art. 32 c.3 collega la convertibilità all'accertamento delle condizioni per il rilascio del permesso nel giudizio davanti la Commissione territoriale ma anche nel procedimento davanti al questore la Commissione adotta un parere vincolante relativo alle medesime condizioni ed il questore rilascia la medesima tipologia di permessi. Altro argomento testuale è quello relativo al permesso per cure mediche che pure può essere rilasciato direttamente dal Questore con richiesta diretta oppure emesso dal Questore su rimessione della Commissione territoriale. Per questo permesso è espressamente prevista la convertibilità. Il mancato riferimento espresso alla convertibilità, per i permessi diversi da quelli per cure mediche, risulta tuttavia un argomento superabile alla luce dell'interpretazione complessiva del sistema e alla piena applicazione del canone dell'interpretazione integrativa, senza dover ricorrere al più complesso criterio dell'applicazione analogica.

6. Il c.3.2 dell'art. 32 d.lgs. n. 25 del 2008: una norma di difficile lettura ed incerta applicazione

È stato previsto nell'art. 32, c.3 d.lgs. n. 25 del 2008 che nel caso in cui la domanda di protezione internazionale non sia accolta e nel corso del procedimento emergano i presupposti di cui all'art. 31, c.3, d.lgs. n. 25 del 2008 la Commissione territoriale informi il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competente "per l'eventuale attivazione di misure di assistenza in favore del minore".

La norma è di disagiata lettura e non se ne comprende l'ambito di applicazione. La Commissione territoriale ha cognizione piena sulla riconducibilità delle allegazioni del richiedente la protezione complementare nell'ambito del diritto

alla vita familiare. Ampia è anche la giurisprudenza di legittimità al riguardo (tra le più recenti n. 1347 del 2021)) in particolare quando il nucleo familiare si componga anche di figli minori. Il potere di accertamento delle autorità amministrative e giurisdizionali che valutano una domanda volta al riconoscimento del diritto alla protezione complementare fondata sul diritto alla vita familiare derivante dall'aver con sé figli minori, non subisce né ha mai subito limitazioni (anche nella protezione umanitaria). La cognizione sulla natura ed effettività del radicamento familiare è piena e non si ravvisa alcuna ragione connessa alla competenza specializzata del Tribunale per i minorenni per giustificare la trasmissione della domanda formulata alla Commissione territoriale anche in relazione alla diversità del procedimento e degli organi giurisdizionali competenti. Deve, di conseguenza, escludersi che l'informazione alla Procura della repubblica presso il Tribunale per i minorenni e la trasmissione in funzione dell'assistenza dei minori possano determinare un mutamento dei presupposti per il riconoscimento del diritto e del giudice competente. Peraltro il permesso ex art. 31, c.3 d.lgs. n. 286 del 1998 si fonda su requisiti autonomi, fondati sull'accertamento del grave disagio psico fisico del minore determinato dall'allontanamento di uno dei genitori. Una condizione peculiare che solo ove possa essere specificamente ed esclusivamente allegata giustifica la richiesta. Le due forme di tutela, la prima fondata sul radicamento familiare, l'altra sullo specifico diritto del minore, in condizioni particolari, a non essere allontanato definitivamente dal genitore, sono concorrenti e possono essere contestuali, non essendo in posizione di pregiudizialità né logica (comunque non rilevante sul piano processuale) né tecnica. Il diritto alla vita familiare ha natura più ampia rispetto ai più stringenti requisiti previsti per l'applicazione dell'art. 31 c.3. Quest'ultima è una norma introdotta ad esclusiva tutela del minore e presuppone che il genitore od i genitori non possano richiedere nessun altro titolo di soggiorno. I due procedimenti possono coesistere e non interferiscono l'uno con l'altro. La convertibilità in permesso di lavoro è inoltre prevista per entrambi. Non c'è alcuna ragione, se non di limitazione della tutela del richiedente, nella prevista trasmissione se destinata al trasferimento della domanda ad altra autorità. È pur vero che il procedimento ex art. 31, c.3 prevede anche il grado d'appello, ma l'accertamento rimesso al Tribunale per i minorenni si fonda comunque su requisiti ben più rigidi mentre, al contrario, nel procedimento relativo alla protezione complementare, in caso di rigetto davanti alla Commissione, o di diniego del Questore, possono essere allegate ragioni di radicamento o vulnerabilità integrative o diverse da quelle formulate nella richiesta originaria. L'applicazione, peraltro attenuata, del principio dispositivo, davanti all'autorità giurisdizionale non opera retroattivamente. Nella fase precedente, di natura amministrativa non possono determinarsi preclusioni, né in punto di mutatio libelli né sotto il profilo delle allegazioni istruttorie. Nel

giudizio davanti al tribunale di riesame della decisione della Commissione e ancora di più del provvedimento del Questore, non c'è vincolo preclusivo rispetto alla prospettazione precedente. Al contrario il giudizio ex art. 31, c.3 d.lgs. n. 286 del 1998 ha un grado in più ma soggiace alle regole processuali tipiche del sistema ordinario delle impugnazioni, con la conseguente progressiva riduzione delle facoltà allegative e probatorie già nei gradi di merito.

Al riguardo deve evidenziarsi che la giurisprudenza di legittimità, pur in un quadro normativo che non prevedeva la norma in esame, aveva affermato nella pronuncia n. 32237 del 2021 che la condizione del richiedente che conviva in Italia con moglie e figlio minore, rientra tra i presupposti della protezione umanitaria, non valendo ad escluderlo il disposto dell'art. 31. terzo comma, del d.lgs. n. 286 del 1998, quando uno dei fattori valorizzati dal richiedente sia proprio il legame familiare con i figli minori, tenuto conto della elasticità dei parametri entro i quali si muove la protezione umanitaria. La norma può avere una funzione positiva ove miri soltanto a rafforzare la tutela del minore, introducendo un onere di segnalazione di situazioni di particolari criticità.

7. La protezione complementare: qualificazione giuridica del diritto

Sulla natura giuridica del diritto al riconoscimento della protezione complementare non si riscontra unanimità in giurisprudenza, in particolare in relazione alla qualificazione giuridica di esso come diritto autodeterminato od eterodeterminato. La protezione complementare al pari dell'umanitaria, alla quale per espressa voluntas legis si sostituisce, ha natura giuridica di diritto fondamentale della persona, appartenente, come già rilevato in sede di definitiva individuazione della giurisdizione nel 2009 (ord. 19393 del 2009), alla categoria dei diritti umani. Al pari degli altri diritti fondamentali della persona, i diritti riconducibili al diritto costituzionale d'asilo ed a quello convenzionale fondato sul divieto di non refoulement hanno natura di diritti assoluti. Ciò non esclude ai fini del loro riconoscimento l'accertamento dei fatti costitutivi previsti dal paradigma normativo né che essi non possano essere condizionati ad un giudizio di bilanciamento con interessi di natura pubblicistica rispetto ai quali, possano recedere, nel rispetto dei criteri di necessità, pertinenza e proporzionalità del mezzo al fine, così come mutuati dalla giurisprudenza EDU. Questa è una caratteristica comune a tutti i diritti assoluti, anche al diritto di proprietà ma non ne muta la natura giuridica. Si tratta di diritti la cui individuazione prescinde dal titolo di acquisto e l'accertamento giudiziale ha natura dichiarativa (S.U. 29459 del 2019; Cass 4890 del 2019, in tema di protezione umanitaria). Tale natura giuridica non muta, pertanto, in relazione alla protezione complementare, sia perché come la prote-

zione umanitaria, rientra nell'ambito dei diritti umani, avendo a fondamento gli "obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato", sia perché secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016; 19176 del 2020) e ribadito costantemente, la protezione umanitaria (ed ora la protezione complementare) concorre ad attuare senza la necessità di un'ulteriore mediazione del legislatore ordinario il diritto d'asilo costituzionale. Non sposta la qualificazione giuridica il fatto che l'accertamento del diritto debba svolgersi all'attualità e che si possano integrare i fatti allegati fino all'udienza camerale di discussione davanti al Tribunale perché le sopravvenienze fattuali non mutano la natura giuridica del diritto, come invece accade per un diritto obbligatorio a carattere relativo del quale si intenda mutare in corso di causa il titolo. I profili di vulnerabilità che rientrano nelle fattispecie astratte disegnate dalle norme possono essere integrati anche oltre gli atti introduttivi ed anche nei gradi successivi del procedimento, salvo il giudizio di legittimità. Se le condizioni dell'azione, nei diritti autodeterminati (ovvero i fatti costitutivi del diritto) possono sopravvenire in corso di causa (si richiama, al riguardo, Cass. 7466 del 2020 relativa a domanda di risarcimento del danno da occupazione illegittima caratterizzata dalla perdita della proprietà intervenuta in corso di causa) non può escludersi che in relazione a diritti assoluti quali i diritti umani, ove vi sia la previsione normativa espressa dell'accertamento all'attualità (comune anche alle protezioni maggiori) non possano integrarsi in corso di causa i fatti idonei a qualificare uno o l'altro diritto al soggiorno azionato o non si possa pervenire al riconoscimento del diritto sulla base dell'accertamento di fatti diversi da quelli indicati nell'atto introduttivo del procedimento amministrativo e del giudizio. Per la protezione complementare che si fonda su una pluralità di condizioni di vulnerabilità, normativamente indicate in forma elastica e non rigidamente predeterminata, la conclusione è ancora più univoca.

Le conclusioni sopra svolte, tuttavia, non incidono sulla necessaria articolazione del principio dispositivo che caratterizza il sistema delle impugnazioni nel complesso procedimento relativo al riconoscimento della protezione complementare ed umanitaria.

La natura auto od eterodeterminata del diritto non sposta il quadro procedimentale e processuale all'interno del quale si iscrive l'accertamento di questi diritti fondamentali della persona: davanti la Commissione territoriale non vi è necessità di articolare domande giuridicamente sussumibili in precise categorie di diritti e, conseguentemente, deve escludersi che maturino limitazioni allegative endo procedimentali; davanti alla sezione specializzata del Tribunale le conseguenze in termini di determinazione della domanda derivante dalla natura auto o etero determinata sono marginali. Opera il principio dispositivo nel senso che il giudice decide nei limiti della domanda ma non opera, peraltro come in tutti i

procedimenti civili, il vincolo del *nomen iuris* indicato dalla parte. La limitazione del *devolutum* è data dai fatti allegati, non dalla loro qualificazione giuridica, rimessa all'autonoma determinazione del giudice. Ne consegue che, davanti al Tribunale, ove i fatti allegati possono portare all'esame della protezione complementare, pur non espressamente richiesta, è necessario affrontare nell'audizione i profili fattuali relativi a questa tipologia di permesso di soggiorno e attivare il dovere di cooperazione istruttoria nell'ipotesi in cui sia allegata una situazione di vulnerabilità, legata, ad esempio, a condizioni sanitarie o climatiche o di effettiva instabilità politica o sociale. Ugualmente oggetto dell'autonomo potere di accertamento del giudice è l'esistenza di legami familiari e sociali, come già osservato nei paragrafi che precedono, attraverso l'audizione del richiedente, dal momento che il nuovo art. 19 c.1.1 non richiede più come per il riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria, secondo il recente approdo delle S.U. n. 24413 del 2021, una valutazione comparativa desumibile dalla prospettazione e deduzione dei fatti da parte del richiedente, ma rimette al giudice del merito l'accertamento relativo alla situazione nel paese di origine, o alla controparte costituita, trattandosi di fatti sostanzialmente impeditivi, così come quello riguardante il limite, oggetto del bilanciamento voluto dal legislatore, derivante dalla pericolosità per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale.

In conclusione, il giudizio di merito subisce ben poche limitazioni rispetto ai poteri allegativi delle parti e al dovere di cooperazione istruttoria del giudice, sia in virtù del modello camerale del tutto destrutturato sia in virtù della natura del diritto e del peculiare regime di articolazione degli oneri probatori ad esso propri.

Al contrario, davanti la Corte di Cassazione, trattandosi di un giudizio a critica vincolata e di mera legittimità, il principio dispositivo trova la sua massima espansione, essendo il sindacato della Corte limitato ai motivi di ricorso, salva la facoltà d'interpretarne il contenuto al di là della rubrica, ancorché errata senza possibilità di mutare l'oggetto del ricorso. Solo limitatamente a questo aspetto si dissente da Cass. 8819 del 2020, nel senso che il principio così massimato: " *In materia di protezione internazionale, il giudice del merito è tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere una delle forme di protezione previste dalla legge, qualora i fatti storici allegati risultino pertinenti, a prescindere dalle istanze formulate dalla parte, trattandosi di giudizi relativi a domanda autodeterminata, avente ad oggetto diritti fondamentali, in relazione alla quale non ha importanza l'indicazione precisa del "nomen iuris" del tipo di protezione invocata, ma esclusivamente la prospettazione di situazioni concrete che consentano di configurare lo "status" di rifugiato o la protezione sussidiaria (ed umanitaria n.d.r.) Non rileva, di conseguenza, l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché tale limitazione non*

può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta, quando i fatti esposti nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata." non può trovare ingresso nel giudizio di legittimità non potendo essere esaminate tipologie di protezione non contenute nei motivi, ferma restando la piena adesione al principio della comparazione attenuata, per alcune condizioni di grave vulnerabilità, confluito nei principi stabiliti dalle S.U. 24413 del 2021.

8. Protezione umanitaria e complementare: i principi applicabili ad entrambe le forme di protezione

I principi elaborati della giurisprudenza di legittimità in tema di protezione umanitaria ed in particolare, la individuazione e selezione delle condizioni di vulnerabilità rientranti nei "seri motivi di carattere umanitario" indicati nell'art. 5 c.6 previgente, hanno fortemente influenzato l'intervento successivo del legislatore. In particolare devono essere segnalati gli orientamenti che, sulla base della pronuncia delle S.U. 24413 del 2021, hanno individuato le condizioni di radicamento sociale e relazionale idonee a formulare una positiva valutazione delle condizioni di riconoscimento del diritto. Si è stabilito (Cass. n. 465 del 2022) che lo sradicamento nel paese di origine deve essere fondato sulla *"constatazione che il ritorno nel paese d'origine renda probabile un significativo scadimento delle sue condizioni di vita privata e/o familiare, tale da recare un "vulnus" al diritto riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione EDU" a fronte di "un apprezzabile grado di integrazione socio lavorativa"*, coerentemente con l'autonomia dei requisiti della protezione umanitaria rispetto alle protezioni maggiori, si è consolidato il principio dell'irrelevanza della credibilità soggettiva (Cass. n. 41778 del 2021). Il diritto alla vita familiare da porre a base del diritto azionato è stato ritenuto meritevole di tutela anche in relazione ad una stabile relazione con una donna italiana ancorché non convivente (Cass. 34096 del 2021) nonché nella necessità di accudire, educare ed assistere i figli minori (Cass. 32237 del 2021) ed, infine nel ricongiungimento del figlio maggiorenne con la madre soggiornante regolarmente in Italia, in mancanza di legami affettivi e socio culturali nel paese di origine (Cass. 23720 del 2020). È stata riconosciuta rientrante nell'ambito della tutela della vita familiare ex art. 8 Cedu, la posizione della madre straniera con figlio minore in età già scolare ancorché residente in un centro di accoglienza ove sia accertata la condizione di radicale mancanza di sostegni e legami con il paese di origine (Cass. 677 del 2022). In relazione al fenomeno della tratta, pur in mancanza di una situazione di esposizione a rischio di atti persecutori attuali, la protezione umanitaria è stata riconosciuta all'esito dell'accertamento della vicen-

da storica della tratta valutando la situazione d'integrazione raggiunta in Italia, e *ponendo particolare attenzione al fatto che le violenze subite possono essere state fortemente traumatiche e idonee ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona, nonché sulla sua capacità di reinserirsi socialmente in caso di rimpatrio, preservando le inalienabili condizioni di dignità umana*. (Cass. 676 del 2022). Costituisce, infine, principio definitivamente consolidatosi dopo che le S.U. n. 24413 del 2021 quello del rilievo allegativo e probatorio della documentazione lavorativa ai fini della complessiva valutazione del grado d'integrazione. Al riguardo è stato affermato che il giudice non può omettere di esaminare, e ne deve dare conto nella motivazione, la documentazione ritualmente prodotta dal richiedente relativa all'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in quanto tali documenti costituiscono un fatto storico rilevante in ordine all'integrazione del richiedente in Italia che, in quanto tale, è astrattamente idoneo a configurarsi come decisivo nella comparazione con la situazione nel Paese di origine (Cass. 32372 del 2021).

9. Quadro sinottico della stratificazione temporale delle novità normative

Il legislatore ha pianificato, con una specifica disciplina transitoria, la vigenza del nuovo regime giuridico relativo alla protezione complementare. La data della domanda amministrativa e l'organo presso il quale il procedimento pende costituiscono i criteri che determinano il confine temporale dell'applicabilità del d.l. n. 130 del 2020.

Se la domanda amministrativa è stata proposta prima del 5/10/2018, la nuova disciplina normativa della protezione complementare si applica nei procedimenti pendenti davanti alle Commissioni territoriali, ed alle sezioni specializzate del Tribunale. Davanti alla Corte di Cassazione ed al tribunale ma soltanto in sede di rinvio ex art. 384 c.p.c. trova applicazione il testo originario dell'art. 5 c.6. Manca un'espressa previsione per i procedimenti pendenti davanti alle Corti d'Appello, ma, salvo patologie nell'applicazione delle norme processuali in tema di competenza e di rito, può escludersi che si possa porre concretamente il problema dell'applicazione del regime restrittivo introdotto con il d.l. n. 113 del 2018. Si ritiene che, trattandosi di giudizio impugnatorio, possa applicarsi il medesimo trattamento legislativo adottato per la Corte di Cassazione.

Per le domande proposte tra il 5/10/2018 e il 21/10/20 e solo limitatamente ad esse, secondo la disciplina transitoria, il regime restrittivo voluto dal d.l. n. 113 del 2018 dovrebbe essere applicabile soltanto per i giudizi pendenti davanti la Corte di Cassazione e davanti alla sezione specializzata del Tribunale in sede di rinvio, oltre che davanti le Corti d'Appello, ma, come si è già osservato, dovreb-

be trattarsi di ipotesi scolastiche, mentre si applica il nuovo regime introdotto con il d.l. n. 130 del 2020 per i procedimenti pendenti davanti le Commissioni territoriali e le sezioni specializzate davanti al Tribunale. La vigenza del nuovo sistema della protezione complementare diventa omogenea per tutte le fasi del procedimento per le domande proposte dal 22/10/2020 data di entrata in vigore del d.l. stesso.

I rapporti fra il procedimento amministrativo e quello giurisdizionale nella protezione internazionale e complementare

SOMMARIO: 1. La disciplina europea. – 1.1. Norme generali. – 1.2. Procedure di esame di primo grado. – 1.3. Procedure di impugnazione. – 2. La disciplina italiana in rapporto alla disciplina europea. – 2.1. Onere di allegazione e onere della prova. – 2.2. La «cooperazione istruttoria». – 2.3. Separazione fra onere di allegazione e onere della prova. – 2.4. Il principio di non contestazione. – 2.5. Preclusioni scaturenti dalla fase amministrativa. – 3. L'indipendenza del giudizio ordinario dai vizi del procedimento amministrativo. – 4. I *nova* nel procedimento di protezione internazionale. – 4.1. I fatti nuovi nel processo di protezione internazionale. – 4.2. Alcune precisazioni preliminari sul concetto di novità. – 4.3. I fatti sopravvenuti. – 4.4. I gradi successivi del giudizio. – 4.5. I *nova* nel ricorso alla sezione specializzata. – 4.6. Il caso delle mere integrazioni. – 4.7. Le conseguenze in tema di audizione. – 5. La deduzione di nuove ragioni della domanda di protezione. – 5.1. Il carattere autodeterminato della domanda. – 5.2. La giurisprudenza successiva della Cassazione. – 5.3. La Cassazione e i *nova*. – 5.4. Il nodo non sciolto. – 5.5. Il dubbio sul ritorno in Commissione. – 5.6. Il contrasto nella giurisprudenza europea. – 5.7. La sentenza Ahmedbekova. – 5.8. Conclusioni sul punto. – 6. I *nova* nella domanda reiterata. – 6.1. La disciplina delle domande reiterate. – 6.2. I nuovi elementi. – 6.3. La casistica. – 6.4. Il regime applicabile *ratione temporis* alla domanda reiterata. – 6.5. La domanda reiterata di protezione complementare autonoma. – 6.6. La richiesta al Questore *ex art. 19*, comma 1.2. – 6.7. Esiste il giudicato amministrativo?

1. La disciplina europea

Per orientarsi nell'analisi dei rapporti fra la fase amministrativa e quella giurisdizionale del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e della protezione complementare nazionale nell'ordinamento italiano occorre prendere le mosse dal diritto europeo e in particolare dalla c.d. «direttiva procedure»: si tratta, cioè della direttiva 26 giugno 2013 n. 32 – 2013/32/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, recante le procedure comuni armonizzate che gli Stati membri devono seguire ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione).

1.1. Norme generali

L'art. 3, in tema di «*ambito di applicazione*» sancisce l'applicabilità della direttiva a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri, nonché alla revoca della protezione internazionale, escluse le domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri.

Tuttavia gli Stati membri possono decidere di applicare la direttiva in questione nei procedimenti di esame di domande intese a ottenere qualsiasi forma di protezione che esula dall'ambito di applicazione della direttiva 2011/95/UE e quindi anche alle protezioni complementari di diritto nazionale; cosa questa che l'Italia ha fatto per la protezione umanitaria e successivamente per la protezione speciale, salvo in questo caso, con il d.l. n. 130 del 21.10.2020, contemplare una parziale deroga procedurale per le domande presentate direttamente al Questore.

L'articolo 4 identifica le cosiddette «*autorità responsabili*», designate per tutti i procedimenti¹ dagli Stati membri quali organi competenti per l'esame adeguato delle domande; tali autorità debbono disporre di mezzi appropriati, in particolare di personale competente in numero sufficiente, per assolvere ai loro compiti ai sensi della direttiva.

Gli Stati membri debbono fare in modo che il personale dell'autorità accertante di cui al paragrafo 1 abbia ricevuto una formazione adeguata, predisponendo formazioni pertinenti che comprendono gli elementi di cui all'articolo 6, paragrafo 4, lettere da a) a e), del regolamento (UE) n. 439/2010 e tenendo conto anche della pertinente formazione organizzata e sviluppata dall'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO)².

Le persone che conducono i colloqui con i richiedenti asilo debbono aver acquisito una conoscenza generale dei problemi (ad esempio precedenti torture) che potrebbero compromettere la capacità del richiedente di sostenere il colloquio, quali indicazioni che il richiedente potrebbe essere stato torturato nel passato.

1.2. Procedure di esame di primo grado

Il capo III della direttiva (artt.31-42) è dedicato alla procedura di esame di primo grado che deve svolgersi conformemente ai principi fondamentali e alle

¹ Salvo deroga facoltativa e limitata per i casi che concernono l'applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 o in cui si tratti della concessione del permesso di ingresso nell'ambito delle procedure di frontiera.

² Ora EUAA: *European Union Agency for Asylum*.

garanzie di cui al capo II e deve essere espletata quanto prima possibile, fatto salvo un esame adeguato e completo, in linea di massima e salvo deroghe specificamente previste, entro sei mesi dalla presentazione della domanda.

1.3. Procedure di impugnazione

Il capo V della direttiva è dedicato alle procedure di impugnazione e consta di un solo articolo, il 46, che disciplina il «*diritto a un ricorso effettivo*».

Gli Stati membri debbono garantire al richiedente il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso i seguenti casi:

- a) la decisione sulla sua domanda di protezione internazionale, compresa la decisione: i) di ritenere la domanda infondata in relazione allo *status* di rifugiato e/o allo *status* di protezione sussidiaria; ii) di considerare la domanda inammissibile a norma dell'articolo 33, paragrafo 2; iii) presa alla frontiera o nelle zone di transito di uno Stato membro a norma dell'articolo 43, paragrafo 1; iv) di non procedere a un esame a norma dell'articolo 39;
- b) il rifiuto di riaprire l'esame di una domanda, sospeso a norma degli articoli 27 e 28;
- c) una decisione di revoca della protezione internazionale a norma dell'articolo 45.

Gli Stati membri debbono anche garantire alle persone ammesse in primo grado alla protezione sussidiaria la possibilità di un ricorso effettivo avverso la decisione di ritenere inammissibile la loro domanda in relazione allo *status* di rifugiato. Tuttavia, con l'eccezione della revoca, qualora lo *status* di protezione sussidiaria concessa da uno Stato membro offra gli stessi diritti e gli stessi vantaggi che il diritto dell'Unione e quello nazionale riconoscono allo *status* di rifugiato, lo Stato membro può ritenere inammissibile un'impugnazione di una decisione di ritenere inammissibile una domanda in relazione allo *status* di rifugiato a motivo di un insufficiente interesse del richiedente alla continuazione del procedimento.

Il terzo paragrafo dell'art. 46 impone agli Stati membri di assicurare che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.

Gli Stati membri debbono inoltre prevedere termini ragionevoli e le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto al ricorso effettivo, evitando la fissazione di termini che rendano impossibile o eccessivamente difficile tale accesso.

Gli Stati membri possono altresì disporre il riesame d'ufficio delle decisioni adottate ai sensi dell'articolo 43.

Salve le eccezioni di cui al paragrafo 6, gli Stati membri debbono consentire ai richiedenti di rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso.

Le eccezioni previste dal paragrafo 6 riguardano:

- a) le domande ritenute manifestamente infondate o ritenute infondate dopo l'esame con procedura accelerata, escluso il caso di ingresso illegale;
- b) le domande inammissibili, con alcune eccezioni;
- c) le domande di rigetto della richiesta di riapertura del caso, sospeso ai sensi dell'articolo 28;
- d) le decisioni di non esaminare o di non esaminare esaurientemente la domanda di un soggetto proveniente da un paese terzo sicuro, purché vi sia un giudice competente a decidere se autorizzare o meno la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato membro, se tale decisione mira a far cessare il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro.

Anche in questi casi il richiedente deve poter disporre dell'interpretazione e dell'assistenza legale necessarie e almeno di una settimana per preparare la domanda e presentare al giudice gli argomenti a sostegno della concessione del diritto di rimanere nel territorio; in attesa dell'esito del ricorso e nel quadro dell'esame della domanda, il giudice deve poter esaminare la decisione negativa dell'autorità accertante in termini di fatto e di diritto; altrimenti sussiste il diritto alla permanenza sul territorio dello Stato membro.

Gli Stati membri debbono comunque autorizzare il richiedente a rimanere nel territorio in attesa dell'esito della procedura volta a decidere se questi possa rimanere nel territorio, di cui ai paragrafi 6 e 7.

Gli Stati membri possono stabilire i termini entro i quali il giudice di cui al paragrafo 1 esamina la decisione dell'autorità accertante.

2. La disciplina italiana in rapporto alla disciplina europea

La giurisprudenza di legittimità non ha mai dubitato che il giudizio in materia di protezione internazionale riguardi il diritto soggettivo del richiedente alla protezione invocata e non la mera impugnazione del provvedimento amministrativo e che quindi non possa limitarsi al mero annullamento del diniego opposto in sede amministrativa³ e debba pervenire a una decisione nel merito circa la spettanza, o meno, del diritto.

³ Cass., n. 26576 del 23 novembre 2020; Sez. 6 – 1, n. 20492 del 29 settembre 2020; Cass., n. 17318 del 27 giugno 2019; Sez. 6 – 1, n. 7385 del 22 marzo 2017; Sez. 6 – 1, n. 18632 del 3 settembre 2014. Nello stesso senso, I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione giustizia*, 8.2.2021, secondo la quale l'oggetto del giudizio è il diritto soggettivo alla protezione e la domanda introdotta *ex novo* non sconta i limiti dei fatti allegati a dinanzi alla Commissione territoriale

Siamo quindi di fronte a un giudizio a cognizione piena, senza vincoli rispetto alla domanda proposta in sede amministrativa, che costituisce tuttavia, nel sistema disegnato dalla normativa europea e segnatamente dalla direttiva UE 2013/32, una fase necessaria e imprescindibile nell'esame delle domande di protezione da parte degli Stati membri secondo la procedura armonizzata, che prevede in primo grado (quasi giurisdizionale o amministrativo) un esame adeguato delle domande da parte di «*autorità accertante*» specificamente formata e strutturata.

Nel sistema europeo il termine «*primo grado*» si riferisce ai procedimenti amministrativi o «quasi giurisdizionali» dinanzi all'autorità accertante, mentre il termine «*procedure di impugnazione*» si riferisce al giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria, a cui è dedicato il solo art. 46 della direttiva UE 2013/32.

Il nostro ordinamento non consente quindi l'introduzione di una domanda di protezione internazionale direttamente al giudice, ma esige, in conformità ai principi ispiratori del diritto dell'Unione, un primo stadio di esame della domanda («*grado*» nella terminologia della direttiva) di carattere amministrativo o semi-giurisdizionale.

Tale vincolo sembra corrispondere sia all'interesse pubblico di uno scrutinio preventivo da parte di una autorità accertante dotata di particolare competenza tecnica, capace di selezionare le domande sicuramente fondate ed evitare il sovraccarico delle strutture giudiziarie, sia all'interesse del singolo rifugiato a un esame approfondito del suo caso e al dialogo con operatori particolarmente esperti e attrezzati nell'interlocuzione culturale e linguistica con i richiedenti asilo.

Queste particolarità del giudizio di protezione sono state valorizzate dalla giurisprudenza in varie prospettive.

2.1. Onere di allegazione e onere della prova

Il processo di protezione internazionale si caratterizza nel senso della specialità rispetto all'ordinario processo civile, in virtù della deroga al principio di spositivo introdotta sul fronte probatorio: è infatti prevista un'ampia attenuazione dell'onere probatorio a carico dell'attore richiedente asilo circa i fatti costitutivi del suo diritto, rispetto alla regola generale e ordinaria stabilita dall'art. 2697 cod. civ, secondo la quale «*onus probandi incumbit ei qui dicit*».

La specialità del processo di protezione internazionale viene sovente riassunta con le formule dell'«*onere probatorio attenuato*» e dell'obbligo di «*cooperazione istruttoria*» da parte del giudice.

La *ratio* dell'obbligo di cooperazione istruttoria viene tradizionalmente colta nell'esigenza di proteggere il richiedente asilo, soggetto presuntivamente «debo-

le» e sradicato dal contesto sociale e culturale originario, dalle conseguenze pregiudizievoli della difficoltà di preconstituersi al momento della fuga e di procurarsi successivamente le prove delle circostanze rilevanti circa i gravi rischi corsi nel Paese di origine.

Il richiedente asilo, infatti, assume di essere stato costretto ad allontanarsi per sfuggire ad una persecuzione imputabile alle Autorità statuali, o da queste consentita, ovvero a rischi di gravi danni di condanna a morte, di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, o alla propria incolumità fisica, in un contesto di violenza indiscriminata scaturente da un conflitto armato interno.

2.2. La «cooperazione istruttoria»

La cooperazione istruttoria, per definizione, agisce solo sul terreno della prova e circoscrive significativamente l'operatività della regola dell'onere probatorio, derogata in questa materia dal principio del cosiddetto «onere probatorio attenuato».

La pronuncia capostipite è la sentenza delle Sezioni Unite n. 27310 del 17 novembre 2008⁴ che ha affermato che i principi che regolano l'onere della prova, incombente sul richiedente, devono essere interpretati secondo le norme di diritto comunitario contenute nella direttiva 2004/83/CE, recepita con il d.lgs. n. 251 del 2007, e ha ricordato che, secondo il legislatore comunitario, l'autorità amministrativa esaminante ed il giudice devono svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria.

Le Sezioni Unite hanno aggiunto che spetta al giudice cooperare nell'accertamento delle condizioni che consentono allo straniero di godere della protezione internazionale, acquisendo anche di ufficio le informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione politica del Paese di origine; in tale prospettiva la diligenza e la buona fede del richiedente si sostanziano in elementi di integrazione dell'insufficiente quadro probatorio, con un chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull'onere probatorio dettate dalla normativa codicistica vigente in Italia.

L'onere probatorio attenuato e il dovere di cooperazione istruttoria concernono «*la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati*», come precisa inequivocabilmente l'art. 8, comma 3, del d.lgs. 25/2008.

⁴ Sez. U, n. 27310 del 17 novembre 2008.

La cooperazione istruttoria viene quindi invocata, del tutto fuor di luogo e senza base normativa, al di là di quest'ambito per evocare una sorta di *favor* per il richiedente asilo che dovrebbe indurre il giudice a schierarsi, compromettendo la sua neutralità, e a proteggere il richiedente sul piano processuale dalle conseguenze delle sue stesse condotte.

In questo senso si è osservato che il dovere di cooperazione officiosa che grava sul giudice del procedimento volto al riconoscimento della protezione internazionale riguarda il profilo istruttorio e l'assunzione di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine del richiedente e non certo le forme e le modalità di introduzione della domanda giudiziale, laddove il richiedente fruisce, eventualmente anche attraverso il patrocinio a spese dello Stato, di congrua assistenza tecnica⁵.

Il principio, alla luce della sua stessa *ratio* ispiratrice, non opera neppure sul piano probatorio in relazione a quelle circostanze per le quali il richiedente asilo non si trova in situazione di «*minorata difesa*», come quelle attinenti alla sua integrazione sociale e lavorativa in Italia, rilevante ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria in regime transitorio⁶ o della nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 21.10.2020 n. 130, convertito con modificazioni dalla legge 18.12.2020 n. 173.

Da ultimo molto recentemente⁷ sul punto è stato affermato che in tema di protezione complementare di diritto nazionale, di protezione umanitaria in regime transitorio o di protezione speciale introdotta dal d.l. 21.10.2020 n. 130, convertito con modificazioni dalla legge 18.12.2020 n. 173, sul giudice del procedimento incombe il dovere di cooperazione istruttoria, che attiene alla prova dei fatti e non alla loro allegazione, previsto in tema di esame delle domande di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 4 della direttiva CE 13.12.2011 n. 95, dell'art. 3 del d.lgs. 19.11.2007 n. 251, dell'art. 8 del d.lgs. 28.1.2008 n. 25 e dell'art. 35 *bis*, comma 9, e 27, comma 1 *bis*, dello stesso d.lgs. 25/2008, limitatamente alle circostanze concernenti la situazione sociale, economica o politica del Paese di provenienza del richiedente e non, quindi, relativamente alle circostanze attinenti alla integrazione sociale, culturale, lavorativa e familiare del richiedente asilo in Italia.

⁵ Sez.1, n. 22120 e 2123 entrambe del 20 gennaio 2020.

⁶ Secondo le pronunce delle Sezioni Unite n. 29459 e 29460 del 13 novembre 2019.

⁷ Sez.1, 41786 del 28 dicembre 2020.

2.3. Separazione fra onere di allegazione e onere della prova

La giurisprudenza di legittimità è granitica nel distinguere fra onere di allegazione ed onere di prova e nel tenere con fermezza il primo fuori dal perimetro della cooperazione istruttoria⁸.

E, del resto, ciò ben si comprende, sol che si rifletta sulla *ratio* dell'istituto e sul fatto che le difficoltà dell'esule, frettolosamente fuoriuscito dal suo Paese, nel procurarsi le prove di quanto gli è accaduto non si propagano alla narrazione della vicenda e alla sua proiezione processuale che si concreta nell'allegazione dei fatti costitutivi della sua pretesa, che egli propone con il ministero di un difensore tecnico, eventualmente remunerato dallo Stato.

È stato pertanto ripetutamente affermato che nei giudizi aventi ad oggetto l'esame di domande di protezione internazionale in tutte le sue forme, nessuna norma di legge esonera il ricorrente in primo grado, l'appellante o il ricorrente per cassazione, dall'onere di allegare in modo chiaro i fatti costitutivi della pretesa, di censurare in modo chiaro le statuizioni del giudice di primo grado e di assolvere gli oneri di esposizione, allegazione ed indicazione richiesti a pena di inammissibilità dall'art. 366, n. 3, 4 e 6 c.p.c.⁹

Il richiedente, dunque, ha l'onere di allegare in modo circostanziato i fatti costitutivi del suo diritto circa l'individualizzazione del rischio rispetto alla situazione del Paese di provenienza, atteso che l'attenuazione del principio dispositivo, in cui la cooperazione istruttoria consiste, si colloca non sul versante dell'allegazione ma esclusivamente su quello della prova.¹⁰

Il principio dispositivo trova quindi deroga soltanto sul versante probatorio e a fronte di un'esautiva allegazione, attraverso l'esercizio del dovere di cooperazione istruttoria e di quello di tenere per veri i fatti non provati, qualora il richiedente, oltre ad essersi attivato tempestivamente alla proposizione della domanda e ad aver compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziarla, superi

⁸ In dottrina: I. PAGNI, *op.cit.*, che, pur premettendo che il processo di protezione internazionale è retto dal principio della domanda e il monopolio dell'allegazione dei fatti è rimesso alle parti, distingue il principio della domanda e il correlativo divieto per il giudice di far uso di «sapere privato» dal principio di disponibilità delle prove, ossia fra il dominio dell'oggetto della contesa e la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo; M.FLAMINI, *Il dovere di cooperazione istruttoria nel procedimento di protezione internazionale: il punto di vista del giudice del merito*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 3, che sottolinea che proprio in relazione ai fatti allegati, e solo ad essi, si manifesta la volontà esclusiva del ricorrente nella determinazione del contenuto del processo.

⁹ Cass., n. 28780 del 16 dicembre 2020.

¹⁰ Cass., n. 17185 del 14 agosto 2020.

positivamente il vaglio di credibilità soggettiva condotto alla stregua dei criteri indicati nell'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007.¹¹

In efficace sintesi: la domanda diretta ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale non si sottrae all'applicazione del principio dispositivo, sicché il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio¹².

A diverse conclusioni non pare si possa pervenire con riferimento ai fatti notori, che rientrano cioè nel comune bagaglio di conoscenze *ex art.* 115, comma 2, c.p.c., che si riferisce esclusivamente all'esonero dalla prova, con l'introduzione di una deroga, da intendersi in senso molto rigoroso, al principio dispositivo delle prove e al principio del contraddittorio¹³: il fatto notorio caratterizzato dall'essere conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo, svincola pertanto dall'onere della prova, ma non anche dall'onere della sua allegazione¹⁴.

Infine, proprio nell'onere di allegazione a carico del richiedente, la Cassazione ha colto la chiave di volta per regolare la disciplina intertemporale con riferimento all'inserimento del Paese di origine del richiedente nell'elenco dei «Paesi sicuri», affermando che i principi del giusto processo ostano al mutamento in corso di causa delle regole alle quali sono informati gli oneri di allegazione delle parti.¹⁵

2.4. Il principio di non contestazione

La riforma del processo civile introdotta dalla legge n. 69 del 18.6.2009 ha ulteriormente rafforzato l'approdo interpretativo a cui già era progressivamente pervenuta la giurisprudenza di legittimità¹⁶, stabilendo nel nuovo testo dell'art. 115, comma 1, c.p.c. che il giudice deve porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero, i “*fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*”.

La collocazione della norma nell'ambito della disciplina generale in materia di prove permette di assegnare al principio di non contestazione una valenza tendenzialmente generale, a prescindere dalla posizione delle parti nel processo.

¹¹ Cass., n. 15794 del 12 giugno 2019; Cass., n. 11096 del 19 aprile 2019; Cass., n. 13403 del 17 maggio 2019; Cass., n. 3016 del 31 gennaio 2019.

¹² Cass., n. 27336 del 29 ottobre 2018; Cass., n. 19197 del 28 settembre 2015; Cass., 28 febbraio 2019, n. 5973.

¹³ Cass., n. 5232 del 28 febbraio 2008; Cass., n. 6299 del 19 marzo 2014.

¹⁴ Cass., n. 27810 del 4 dicembre 2020, Rv. 659816 – 01.

¹⁵ Cass., n. 25311 del 11 novembre 2020; conforme Cass., n. 8490 del 25 marzo 2021.

¹⁶ Con le sentenze delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2002 n. 761 e del 17 giugno 2004 n. 11353.

Inoltre, alla luce della collocazione della norma nel primo comma dell'art. 115 e della formula normativa "*il giudice deve porre a fondamento della decisione*", sembrerebbe escluso ogni margine di discrezionalità in capo al giudice.

La *ratio* della regola va colta nelle esigenze di rapidità ed economia processuale, perseguite anche attraverso la responsabilizzazione delle parti, sempre più incisiva e penetrante, nell'allegazione dei fatti di causa e nella delimitazione del tema della controversia, sviluppate nella dialettica del contraddittorio.

Ci si chiede se e quale spazio possa essere riservato al principio di non contestazione nell'ambito del processo di protezione internazionale.

In primo luogo, occorre tenere ben presente che l'onere della tempestiva contestazione è previsto solo a carico della parte costituita, giacché la non contestazione, che ha per oggetto i fatti costitutivi della domanda e non quelli dedotti in esclusiva funzione probatoria, si risolve in un atteggiamento di non negazione responsabile e scaturisce dalla volontà oggettivamente risultante della parte.

Tale atteggiamento deve essere pertanto inequivocabile e non può ravvisarsi in caso di contumacia del convenuto¹⁷.

Non a caso, in numerose pronunce della Cassazione già solo per questa ragione è stata respinta la richiesta di applicazione del principio in questione in materia di protezione internazionale.

In secondo luogo, vi è anche da considerare che l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti, perché rientranti nell'esclusivo ambito di conoscenza di una delle parti del processo¹⁸.

Costituisce principio consolidato che l'onere di specificità della contestazione deve essere calibrato in relazione alla natura dei fatti e alla loro conoscenza o conoscibilità da parte del contraddittore, che non è tenuto a prospettare una versione alternativa in ordine a circostanze di fatto proprie della controparte e alle quali egli è del tutto estraneo. Tale situazione normalmente ricorre in tema di protezione internazionale quanto al racconto inerente alle vicende personali del richiedente asilo.

¹⁷ Espressamente nel senso della irrilevanza della contumacia quale atteggiamento di non contestazione: Cass. 28 novembre 2003 n. 18264; Cass., 3 maggio 2007 n. 10182; Cass., n. 24885 del 21 novembre 2014; Cass., n. 16800 del 26 giugno 2018.

¹⁸ Per una puntuale applicazione del principio in ambito di protezione internazionale: Cass., n. 8224 del 27 aprile 2020; Cass., 13088, 13084, 13085 e 13086, tutte del 25 maggio 2019. Più in generale: Cass., n. 14652 del 18 luglio 2016; Cass., n. 3576 del 13 febbraio 2013; Sez. I, n. 87 del 4 gennaio 2019.

In terzo luogo e su di un piano più generale, si è dubitato¹⁹ della compatibilità del principio di non contestazione con le regole del processo di protezione internazionale, che non è governato dal canone ordinario dell'onere probatorio ed in cui vige invece il principio dell'onere probatorio attenuato accompagnato dall'obbligo di cooperazione istruttoria.

In questo sistema, complessivamente più favorevole per l'attore, il richiedente asilo fruisce di una presunzione di veridicità delle proprie allegazioni, sia pure nel rispetto dei criteri di valutazione di cui all'art. 4 della direttiva 2011/95 e dell'art. 3 del d.lgs. 251 del 2007, che lo esonera dal superamento delle contestazioni di controparte a condizione di fornire un racconto coerente, non contraddittorio, completo e collaborativo.

2.5. Preclusioni scaturenti dalla fase amministrativa

Non è infrequente nei procedimenti di protezione internazionale un diverso profilo di proposizione da parte dei ricorrenti dell'argomento della non contestazione.

Talora essi sostengono che non potrebbe essere revocato in dubbio da parte del giudice un accertamento in fatto, relativo ad un segmento della fattispecie rilevante ai fini del riconoscimento della protezione, passato positivamente in sede amministrativa al vaglio della Commissione territoriale, che tuttavia ha opposto il diniego per altre ragioni.

In tal caso il ricorrente si riterrebbe legittimato a «*concentrare*» il ricorso sui soli elementi che non avevano superato il vaglio amministrativo nel «*primo grado*»²⁰ dell'*iter* per il riconoscimento della protezione internazionale.

Tale situazione potrebbe ricorrere, ad esempio, nel caso in cui la Commissione consideri credibile il racconto del richiedente circa la vicenda personale e tuttavia ritenga che i fatti allegati non configurino il diritto ad alcuna forma di protezione e successivamente il Tribunale escluda la credibilità della narrazione; ovvero nel caso in cui la Commissione consideri il rischio di un danno grave alla persona derivante da violenza indiscriminata, ma ritenga non credibile la provenienza del richiedente asilo dall'area geografica interessata dal conflitto e successivamente il Tribunale, pur prendendo atto dell'effettiva provenienza del richiedente asilo, escluda che quella zona sia effettivamente interessata da un conflitto armato interno.

¹⁹ Per uno spunto in tal senso, Sez. 1, n. 2443 del 3 febbraio 2021.

²⁰ Nell'accezione della direttiva UE, 2013/32.

Non constano precedenti massimati della Corte di cassazione sulla questione.

Sembra tuttavia che vari argomenti ostino all'accoglimento di una siffatta applicazione del principio di non contestazione, che pare presupporre una sorta di formazione progressiva del giudicato:

- a) in primo luogo e in linea generale, il principio della natura non impugnatoria del giudizio di protezione internazionale, volto all'accertamento di un diritto soggettivo in regime di cognizione piena, svincolato dal procedimento amministrativo, che pur necessariamente lo precede, e ciò in puntuale conformità alla regola espressa dal par. 3 dell'art. 46 della direttiva 2013/32, secondo cui deve essere garantito un ricorso effettivo che preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado;
- b) in secondo luogo, la natura amministrativa del procedimento dinanzi alla Commissione, incapace di generare vincoli preclusivi assimilabili al giudicato su singoli accertamenti relativi a meri segmenti di fattispecie, che peraltro nessuno avrebbe la possibilità di «impugnare» separatamente;
- c) la natura unitaria della decisione sul riconoscimento o meno della protezione internazionale da parte della Commissione territoriale, come previsto dall'art. 32, comma 1, del d.lgs. 25/2008, che non consente di enucleare nell'ambito della decisione di diniego specifici e puntuali accertamenti positivi relativi ad elementi di fatto.

Una diversa conclusione non potrebbe essere suffragata neppure alla luce del divieto di *reformatio in peius*, principio prettamente processual-penalistico, invocabile in sede civilistica solo per escludere che la parte appellata possa giovare della reiezione del gravame principale per ottenere effetti che solo l'appello incidentale gli avrebbe assicurato e che, invece, in mancanza, gli sono preclusi dall'acquiescenza prestata alla sentenza di primo grado *ex artt.* 329 e 342 c.p.c. in tema di effetto devolutivo dell'impugnazione di merito e di acquiescenza, che presiedono alla formazione del *thema decidendum* in appello.²¹

Difetta evidentemente nella situazione in esame, anche a voler prescindere dalla natura amministrativa del procedimento dinanzi alle Commissioni territoriali, una pronuncia impugnabile da parte dell'Amministrazione dell'Interno, che possa operare, *mutatis mutandis*, quale presupposto della pretesa stabilizzazione di un segmento di decisione.

Ferma restando l'inesistenza di un vincolo, nulla vieta però al Tribunale di richiamare la decisione della Commissione negli aspetti, favorevoli al richiedente

²¹ Cass., n. 21504 del 6 ottobre 2020; Cass., n. 25877 del 16 novembre 2020; Cass., n. 3896 del 17 febbraio 2020.

asilo, in cui la ritiene convincente, e di superare poi il diniego, accogliendo il ricorso relativamente alle ragioni ostative addotte nel provvedimento impugnato e considerate infondate.

Beninteso, in questo caso, però, non è questione di principio di non contestazione e di art. 115 c.p.c., ma si è solo in presenza di una tecnica di motivazione adesiva *per relationem* del provvedimento giurisdizionale.

Non è chiaro se le stesse conclusioni valgano anche nei rapporti fra le fasi successive del giudizio ordinario, ove si può formare il giudicato interno.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, costituisce capo autonomo della sentenza, come tale suscettibile di formare oggetto di giudicato anche interno, quello che risolve una questione controversa, avente una propria individualità ed autonomia, sì da integrare astrattamente una decisione del tutto indipendente; la suddetta autonomia manca non solo nelle mere argomentazioni, ma anche quando si verta in tema di valutazione di un presupposto necessario di fatto che, unitamente ad altri, concorre a formare un capo unico della decisione; sono privi del carattere dell'autonomia i meri passaggi motivazionali, ossia le premesse logico-giuridiche della statuizione adottata, come pure le valutazioni di meri presupposti di fatto che, unitamente ad altri, concorrono a formare un capo unico della decisione²².

Una pronuncia di legittimità²³ ha ritenuto che costituisse capo autonomo, suscettibile di consolidare il giudicato interno sul punto la valutazione di credibilità del racconto del richiedente asilo; tale affermazione, peraltro apparentemente superflua ai fini del decidere²⁴, parrebbe implicare un onere del Ministero dell'Interno di impugnare una decisione che non lo ha visto soccombente, stante il rigetto, per altre cause, della domanda di protezione internazionale.

3. L'indipendenza del giudizio ordinario dai vizi del procedimento amministrativo

Una importante prospettiva da indagare riguarda autonomia e indipendenza del giudizio ordinario rispetto ai vizi che affliggono eventualmente il procedimento amministrativo.

²² Cass., n. 4732 del 23 marzo 2012; Cass., n. 24358 del 4 ottobre 2018; Cass., n. 21566 del 18 settembre 2017; Cass., n. 6304 del 19 marzo 2014.

²³ Cass., n. 16172 del 9 giugno 2021.

²⁴ Nel caso, la domanda di protezione internazionale era stata rigettata, pur essendo stato ritenuto credibile il racconto del richiedente asilo circa la sua vicenda personale da entrambi i giudici di merito, perché i fatti dedotti non avrebbero configurato un caso meritevole di riconoscimento della protezione internazionale.

È costante²⁵ l'affermazione, ad esempio, che la nullità del provvedimento amministrativo di diniego della protezione internazionale, reso dalla Commissione territoriale, non ha autonoma rilevanza nel giudizio introdotto mediante ricorso al tribunale avverso il predetto provvedimento poiché tale procedimento ha ad oggetto il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata e deve pervenire alla decisione nel merito circa la spettanza, o meno, del diritto stesso, non potendo limitarsi al mero annullamento del diniego amministrativo.

È stato anche sottolineato²⁶ che nella fase giurisdizionale al richiedente asilo è comunque assicurata una pronuncia sulla spettanza del suo diritto alla protezione invocata, resa da un giudice terzo ed imparziale all'esito di un processo a cognizione piena in cui si realizza anche la garanzia del contraddittorio pieno tra le parti.

Tale affermazione è ricorrente con specifico riferimento ai vizi derivanti dalla violazione della c.d. «*garanzia linguistica*», nel senso che la nullità del provvedimento amministrativo, emesso dalla Commissione territoriale, per omessa traduzione in una lingua conosciuta dall'interessato o in una delle lingue veicolari, non esonera il giudice adito dall'obbligo di esaminare il merito della domanda, ancora una volta perché oggetto della controversia non è il provvedimento negativo ma il diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata, sulla quale comunque il giudice deve statuire, non rilevando in sé la nullità del provvedimento ma solo le eventuali conseguenze di essa sul pieno dispiegarsi del diritto di difesa²⁷.

Dello stesso principio la Cassazione ha fatto applicazione nel confutare censure volte a denunciare vizi del procedimento svoltosi dinanzi alle Commissioni territoriali, dedotti dal ricorrente in tema di modalità dell'audizione del richiedente asilo (organo che vi ha proceduto, durata, qualità delle domande, efficienza dell'interprete); problematiche tutte che semmai possono giustificare l'accoglimento di una motivata istanza di rinnovo dell'ascolto in sede giurisdizionale, ma non un preteso annullamento della decisione della Commissione territoriale.

Del pari, in materia di revoca della protezione internazionale, l'omissione dell'avviso di avvio del procedimento di cui all'art. 33, comma 1 del d.lgs. n. 25 del 2008, non determina alcuna nullità della decisione di revoca per carenza di un requisito

²⁵ Cass., n. 17318 del 27 giugno 2019; Cass., n. 18632 del 3 settembre 2014. Nello stesso senso anche Cass., n. 20492 del 29 settembre 2020; Cass., n. 22527 del 16 ottobre 2020; Cass., n. 25883, 25878 e 25877 del 14 ottobre 2019; Cass., n. 2120 e n. 2123 del 30 gennaio 2020.

²⁶ Cass., n. 21442 del 6 ottobre 2020.

²⁷ Cass., n. 14264 del 2021; Cass., n. 26576 del 23 novembre 2020; Cass., n. 7385 del 22 marzo 2017; Cass., n. 23472 del 6 ottobre 2017.

formale, ma impone al giudice, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione avverso il provvedimento della Commissione nazionale per il diritto di asilo, di consentire all'impugnante di proporre in sede giurisdizionale, tutte le difese che egli, a causa del mancato avviso, non abbia potuto spiegare in fase amministrativa²⁸.

4. I *nova* nel procedimento di protezione internazionale

Il più importante fronte sul quale vengono in considerazione le caratteristiche del rapporto fra la fase amministrativa e la fase giurisdizionale è quello dell'ammissibilità dei cosiddetti *nova* nel procedimento giurisdizionale²⁹.

4.1. I fatti nuovi nel processo di protezione internazionale

Prima di affrontare il tema spinoso delle preclusioni processuali, strettamente connesso a quello della novità delle deduzioni in fatto, appare opportuno formulare alcuni chiarimenti preliminari che, dissipando talune ambiguità lessicali, renderanno più fluida l'indagine.

Si rende necessaria una sola fondamentale premessa che non si ripeterà ulteriormente per non appesantire la trattazione.

Il ragionamento attiene all'ammissibilità dei *nova* e alle loro conseguenze sul piano processuale e non riguarda il loro riflesso, potenzialmente negativo, sulla valutazione, che attiene al piano del merito, della credibilità e della coerenza delle dichiarazioni stratificate nel tempo del richiedente asilo; riflesso negativo che certamente può prodursi con riferimento ai parametri della tempestività della domanda e dell'efficacia della cooperazione, poiché l'art. 3, comma 5, del d.lgs. 251/2007 come sopra ricordato, conferisce rilievo sia al fatto che il richiedente abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda (lettera a), sia e soprattutto al fatto che egli abbia presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, salva la dimostrazione di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla (lettera d).

4.2. Alcune precisazioni preliminari sul concetto di novità

Il carattere di «*novità*» implica un giudizio di relazione rispetto a un contesto preesistente.

²⁸ Cass., n. 21143 del 7 agosto 2019; Cass., n. 25315 del 11 novembre 2020.

²⁹ In questa parte la relazione riprende il testo della mia relazione al Corso SSM – D21073 in tema di Protezione internazionale del 12.3.2021, U. SCOTTI, «*Onere di allegazione e preclusioni processuali*», con alcune precisazioni e integrazioni.

Dal punto di vista diacronico, normalmente si parla di fatti nuovi con riferimento alle deduzioni proposte nel giudizio rispetto a quelle contenute nel racconto fatto dal richiedente asilo nel colloquio personale espletato nella fase amministrativa dinanzi alla Commissione territoriale.

Tale colloquio ha la finalità di consentire un esame completo della domanda di protezione, deve svolgersi in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda e deve assicurare al richiedente una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda e spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni³⁰.

Non dovrebbe potersi parlarsi a rigore di fatti nuovi nel rapporto fra i dati informativi contenuti nel sommario questionario contenuto nel cosiddetto modello C3³¹ e il contenuto delle dichiarazioni rese in sede di audizione dinanzi alla Commissione territoriale, pur se una rilevante discrasia può assumere rilevanza in sede di giudizio di credibilità, sotto il profilo della valutazione della credibilità e della collaborazione del richiedente asilo³².

Se il caso più frequente è quello della introduzione di fatti nuovi nel ricorso giurisdizionale rispetto alle dichiarazioni rese nel corso del colloquio dinanzi alla Commissione territoriale, non si può escludere l'allegazione di fatti nuovi neppure in altre fasi o gradi del procedimento giurisdizionale: ad esempio nel corso del procedimento di merito *ex art. 35 bis* del d.lgs. 25 del 2008 dinanzi alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini UE o nei giudizi di appello con riferimento ai procedimenti regolati ancora dall'art. 19 del d.lgs. 1.9.2011 n. 150.

La novità può essere apprezzata anche sotto il profilo quantitativo.

La diversità che innerva la novità può articolarsi in un ampio ventaglio di sfumature, non sempre facilmente classificabili:

- a) aggiunta di particolari, precisazioni, integrazioni, chiarimenti, delucidazioni volte a superare incongruenze o contraddizioni, che lasciano al loro centro, immutato, il fondamento del timore avvertito dal richiedente

³⁰ Artt. 15 e 16 della direttiva UE 2013/32.

³¹ Verbale delle dichiarazioni degli stranieri che chiedono in Italia il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra.

³² Questi infatti deve presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la domanda; deve cooperare in sede di esame su tutti gli elementi significativi della domanda; deve compiere ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda e infine presentare la domanda di protezione internazionale il prima possibile, salvo un giustificato motivo per ritardarla (art. 3 d.lgs. 251 del 2007).

asilo per il caso di rimpatrio e il nucleo centrale della domanda di protezione internazionale;

- b) deduzione di nuove circostanze, che si affiancano alle precedenti deduzioni, senza sconfessarle e sostituirle, per prospettare una nuova e diversa ragione di timore di rimpatrio e introdurre così un diverso ulteriore fondamento della domanda di protezione internazionale;
- c) deduzione di nuove circostanze, che sconfessano e sostituiscono le precedenti deduzioni, per prospettare una nuova e diversa ragione di timore di rimpatrio e radicare un diverso fondamento della domanda di protezione internazionale.

Si potrebbe far riferimento a fini classificatori anche alla nota distinzione fra fatti primari, costitutivi del diritto, e fatti secondari, dedotti al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi³³: nella prima categoria potrebbero rientrare le ipotesi di cui alle precedenti lettere b) e c), nella seconda l'ipotesi di cui alla lettera a).

4.3. I fatti sopravvenuti

Il problema si pone in modo serio e delicato per i fatti e le circostanze preesistenti alla presentazione della domanda di protezione e all'audizione da parte della Commissione territoriale, ossia per i fatti e le circostanze che, pur potendolo fare, il ricorrente non ha riferito all'autorità accertante.

Per i fatti sopravvenuti, invece, si può ritenere, senza troppe incertezze, che il ricorrente possa dedurre le nuove circostanze.

Militano a sostegno di tale conclusione:

- a) l'autonomia del giudizio di cognizione nel nostro ordinamento;
- b) il disposto dell'art. 46, comma 3, della direttiva UE 2013/32 e il suo riferimento all'esame completo ed *ex nunc* richiesto in sede giurisdizionale dal diritto dell'Unione;
- c) la stessa disciplina sostanziale contenuta nella direttiva CE 2011/95, che all'art. 5 codifica il principio c.d. «*sur place*», affermando che il fondato timore di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave può essere basato su avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo paese di origine³⁴;
- d) il comma 13, primo periodo, dell'art. 35 *bis* del d.lgs. 25/2008, che prevede che «*il Tribunale decide, sulla base degli elementi esistenti al momento della decisione*»

³³ Vedasi Cass.S.U., n. 761 del 23 gennaio 2002.

³⁴ Interessanti pronunce, con riferimento alla declinazione "soggettiva" del principio sono state rese da Cass., n. 22097 del 13 ottobre 2020 e n. 37657 del 30 novembre 2021.

Non vi possono essere dubbi neppure sull'ammissibilità di prove documentali sopravvenute relative agli stessi fatti già sottoposti alla Commissione territoriale.

Dal punto di vista sistematico se ne trova conferma nel fatto che, secondo la Cassazione, i nuovi elementi, alla cui allegazione l'art. 29, lett. b), del d.lgs. n. 25 del 2008 subordina l'ammissibilità della reiterazione della domanda di tutela, possono consistere, oltre che in nuovi fatti di persecuzione (o comunque in nuovi fatti costitutivi del diritto) successivi al rigetto della domanda da parte della competente Commissione, anche in nuove prove dei medesimi fatti costitutivi, purché il richiedente non abbia potuto, senza sua colpa, produrle in precedenza in sede amministrativa o in quella giurisdizionale.³⁵

4.4. I gradi successivi del giudizio

Non appare disagevole sgombrare il campo dai temi connessi ai *nova* nell'ambito dei gradi successivi del giudizio, alla luce delle inequivoche indicazioni che provengono dal diritto positivo.

Quanto al procedimento disciplinato dall'art. 35 *bis* del d.lgs. 25/2008 in unico grado dinanzi alle sezioni specializzate, l'unica impugnazione consentita è quella in sede di legittimità, ove non è certamente possibile né la modificazione del *thema decidendum*, né l'introduzione di questioni nuove non dibattute in precedenza tra le parti.

Lo stesso vale per il giudizio di rinvio, alla luce di quanto disposto dall'art. 394, comma 3, c.p.c.

Quanto al procedimento *ex art.* 19 del d.lgs. 150/2011³⁶, governato dal rito sommario di cognizione, l'appello dell'ordinanza di primo grado è retto dall'art. 702 *quater* e dall'art. 345 c.p.c., secondo il quale non possono essere proposte domande nuove, da dichiararsi inammissibili d'ufficio.

Le produzioni documentali nel procedimento di appello disciplinato dall'art. 702 *quater* c.p.c.³⁷, applicabile ai procedimenti celebrati in primo grado ai sensi dell'art. 19 del d.lgs.150/2011, sono ammissibili a condizione che la parte dimostri di non avere potuto produrre prima i documenti per causa a sé non imputabile ovvero che essi, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa,

³⁵ Cass., n. 18440 del 9 luglio 2019; Cass., n. 5089 del 28 febbraio 2013.

³⁶ In vigore prima del d.l. 17.2.2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla legge 13.4.2017, n. 46 e dell'istituzione delle sezioni specializzate.

³⁷ Inserito dalla legge 18.6.2009 n. 69 e modificato dal d.l. 22.6.2012 n. 83 convertito con modificazioni dalla legge 7.8.2012 n. 134.

per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado, siano indispensabili per la decisione.³⁸

La giurisprudenza ritiene però necessario che tali documenti siano prodotti, a pena di decadenza, mediante specifica indicazione nell'atto introduttivo del secondo grado di giudizio, salvo che la loro formazione sia successiva e la loro produzione si renda necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo e afferma tale produzione è, però, comunque preclusa una volta che la causa sia stata rimessa in decisione e non può essere pertanto effettuata in comparsa conclusionale.³⁹

Tuttavia se è stata formulata una richiesta di rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c., anche dopo la rimessione in decisione, con la comparsa conclusionale, il giudice del merito è tenuto ad esaminarla, a pena di incorrere nel vizio di omessa pronuncia e violazione dell'art. 112 c.p.c.⁴⁰

4.5. I *nova* nel ricorso alla sezione specializzata

La risposta al quesito circa l'ammissibilità di nuove deduzioni nel ricorso *ex art. 35 bis* d.lgs. 25/2008 alla sezione specializzata del Tribunale rispetto alla narrazione della vicenda personale offerta nel colloquio con la Commissione è resa più agevole ove si ponga attenzione al principio, più volte ricordato, profondamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità circa la natura del giudizio in tema di protezione internazionale, che, come si è detto in precedenza, riguarda il diritto soggettivo alla protezione invocata e non l'impugnazione del provvedimento amministrativo e deve pervenire alla decisione nel merito circa la spettanza, o meno, del diritto, non potendo limitarsi al mero annullamento del diniego opposto in sede amministrativa.

In secondo luogo, una chiara conferma testuale dell'ammissibilità dei *nova*, si rinviene nell'art. 35 *bis*, comma 11, lettera c), del d.lgs. 25/2008, che impone al giudice la fissazione dell'udienza di comparizione, tra l'altro, quando «*l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado*».

Siamo quindi di fronte a un giudizio a cognizione piena, senza vincoli rispetto alla domanda proposta in sede amministrativa, che costituisce tuttavia,

³⁸ Nei procedimenti di appello ordinari, il testo attuale dell'art. 345, comma 3, c.p.c., da ultimo modificato dal d.l. 22.6.2012 n. 83 convertito con modificazioni dalla legge 7.8.2012 n. 134, esclude la produzione di nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile e non considera quindi più l'ipotesi dell'indispensabilità.

³⁹ Cass., n. 12574 del 10 maggio 2019.

⁴⁰ Cass., n. 41504 del 24 dicembre 2021.

nel sistema disegnato dalla normativa europea e segnatamente dalla direttiva UE 2013/32, una fase necessaria e imprescindibile nell'esame delle domande di protezione da parte degli Stati membri secondo la procedura armonizzata, che prevede in primo grado (quasi giurisdizionale o amministrativo) un esame adeguato delle domande da parte di «*autorità accertante*» specificamente formata e strutturata.

4.6. Il caso delle mere integrazioni

Non paiono sussistere molti dubbi nel caso delle mere integrazioni introdotte nel ricorso, catalogate *sub a*) nel precedente § 4.2.

Si tratta del caso in cui il ricorrente introduce nel ricorso al Tribunale nuovi elementi (*id est*: particolari, precisazioni, integrazioni, chiarimenti, delucidazioni) volti a superare incongruenze o contraddizioni, che però lasciano al loro centro immutato il fondamento del timore avvertito dal richiedente asilo per il caso di rimpatrio e così il nucleo centrale della domanda di protezione internazionale.

Tale attività è del tutto legittima e non produce alcuna particolare conseguenza, se non quella, ben chiarita nei più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, di giustificare una specifica richiesta di audizione in sede giurisdizionale.

4.7. Le conseguenze in tema di audizione

Secondo la Corte di Giustizia⁴¹, la direttiva 2013/32/UE e in particolare i suoi articoli 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale decisione; ciò, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all'articolo 14 della direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva, e, dall'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva.

⁴¹ Sentenza 26 luglio 2017, C-348/16, Moussa Sacko.

La Corte di Giustizia ha posto in evidenza che l'accertamento di una eventuale violazione dei diritti della difesa deve essere sempre condotto alla luce delle circostanze specifiche che caratterizzano la singola fattispecie, avendo riguardo alla natura dell'atto, del contesto in cui è stato adottato e delle norme che regolano la materia interessata; ne ha tratto la conseguenza che l'obbligo di esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto – previsto dall'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva – deve essere interpretato alla luce dell'intero procedimento di esame della domanda di asilo, segnatamente con riguardo alla stretta interconnessione tra il procedimento di impugnazione e quello di primo grado davanti all'autorità amministrativa, nell'ambito del quale l'articolo 14 della direttiva attribuisce al richiedente il diritto al colloquio personale; ha aggiunto che, in caso di eventuale ricorso, il verbale dell'audizione deve essere inserito nel fascicolo e costituisce un elemento fondamentale nell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto condotto dal giudice adito; ha concluso che qualora il giudice ritenga di poter decidere sulla base dei soli elementi del fascicolo – come nel caso di una domanda manifestamente infondata – non sussiste in capo allo stesso alcun obbligo di ascoltare nuovamente il richiedente per espletare correttamente l'esame previsto dall'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva, anche perché in tal caso l'accelerazione della procedura corrisponde all'interesse sia degli Stati membri, sia del richiedente stesso.

Secondo l'orientamento di legittimità che si è consolidato in questi ultimi tempi, nei giudizi in materia di protezione internazionale il giudice, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla Commissione territoriale, ha l'obbligo di fissare l'udienza di comparizione, ma non anche quello di disporre l'audizione del richiedente, a meno che:

- a) nel ricorso non vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda (sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti);
- b) il giudice ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente;
- c) il richiedente faccia istanza di audizione nel ricorso, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire chiarimenti e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile.⁴²

⁴² Cass., n. 21584 del 7 ottobre 2020; Cass., n. 22049 del 13 ottobre 2020; Cass., n. 25439 del 11 novembre 2020 afferma che in assenza di videoregistrazione il giudice deve necessariamente fissare l'udienza di comparizione delle parti ma, se non sono dedotti fatti nuovi o ulteriori temi d'indagine, non ha l'obbligo di procedere all'audizione del richiedente, salvo che quest'ultimo non ne faccia

Successivamente, nello stesso solco e con più specifica attenzione al versante processuale dell'impugnazione in sede di legittimità, è stato precisato che il ricorso per cassazione con il quale sia dedotta, in mancanza di videoregistrazione, l'omessa audizione del richiedente che ne abbia fatto espressa istanza, deve contenere l'indicazione puntuale dei fatti che erano stati dedotti avanti al giudice del merito a sostegno di tale richiesta, avendo il ricorrente un preciso onere di specificità della censura.⁴³

Non contraddice questo orientamento, a ben vedere, neppure la pronuncia⁴⁴ secondo cui in caso di istanza di audizione proposta dal ricorrente contro il diniego di riconoscimento della protezione internazionale ed umanitaria, il giudice di merito deve procedere alla verifica delle ragioni giustificative addotte e pronunciarsi su di esse, non potendo limitarsi a rigettare l'istanza sulla base della mera constatazione della presenza in atti del verbale dell'audizione dinanzi alla Commissione territoriale, visto che è comunque necessario che vengano addotte specifiche ragioni di rinnovo che debbono essere valutate dal giudice di merito.

Meritevole di attenzione per il suo approccio sistematico nella prospettiva del sindacato di legittimità è anche una recente pronuncia della Cassazione⁴⁵, che ha catalogato le possibili prospettive di impugnazione del provvedimento del giudice, adottato sulla base del rigetto dell'istanza di audizione:

- a) per *error in procedendo* ove il giudice del merito abbia negato in termini assoluti l'ammissibilità dell'incombente in una delle ipotesi in cui è, invece, astrattamente esperibile;
- b) per violazione o falsa applicazione di legge, nel caso in cui il giudice abbia escluso l'audizione sulla base dell'erronea applicazione di norme di diritto ai fatti su cui il richiedente intenda rendere le proprie dichiarazioni;
- c) per l'anomalia motivazionale, che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, per l'assoluta mancanza di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, per motivazione apparente, per contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e per motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, con riguardo alla carente indicazione delle ragioni per le quali la decisione può essere adottata allo stato degli atti.

espressa richiesta deducendo la necessità di specifici chiarimenti, correzioni e delucidazioni sulle dichiarazioni rese in sede amministrativa.

⁴³ Cass., n. 25312 del 11 novembre 2020.

⁴⁴ Cass., n. 25216 del 17 settembre 2021.

⁴⁵ Cass., n. 18311 del 25 giugno 2021.

L'audizione del richiedente asilo⁴⁶, anche in relazione alla norma fondamentale dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 251/2007, deve essere considerata come un mezzo istruttorio tipico del processo di protezione internazionale, preordinato a fornire la prova dei fatti costitutivi attraverso le dichiarazioni provenienti dalla parte processuale, una sorta di testimonianza della parte, eccezionalmente dotata dell'attitudine, nel sistema dell'onere probatorio attenuato, a fornire la prova di quanto allegato e narrato in modo logico, non contraddittorio, coerente ed esaustivo.

In questi termini va intesa l'affermazione che *«il racconto del richiedente asilo diviene, al tempo stesso, allegazione dei fatti rilevanti e prova degli stessi ove completo, circostanziato, tempestivo, intrinsecamente coerente e compatibile con le condizioni politiche, economiche e normative del paese di origine»*.⁴⁷

Non convince invece l'enfasi posta sul *«diritto al colloquio con il proprio giudice»*⁴⁸, allorché si è sostenuto che, qualora la videoregistrazione del colloquio svoltosi in sede amministrativa non sia disponibile, il giudice di merito, oltre a fissare sempre l'udienza di comparizione personale del richiedente, al fine di consentire a quest'ultimo un accesso e un contatto diretto con il suo giudice naturale precostituito per legge e la piena ed effettiva esplicazione delle garanzie processuali, deve anche acquisire tutti gli elementi necessari per condurre la valutazione di credibilità, o meno, della storia personale riferita dal richiedente medesimo; tale udienza costituirebbe il luogo naturalmente deputato allo svolgimento dell'audizione personale del richiedente, che potrebbe essere evitata *«soltanto in via eccezionale»*, qualora il giudice di merito ritenga, all'esito di motivata decisione, che le contraddizioni e le carenze esterne della storia non possano essere superate dall'audizione stessa e comunque *«sempre garantendo al richiedente la facoltà di rendere le proprie dichiarazioni»*.

Sorgono spontanee varie perplessità: tali considerazioni, innanzitutto, paiono svalutare eccessivamente l'efficacia del colloquio in sede amministrativa, invece condotto in modo normalmente molto approfondito dall'autorità accertante dotata di specifica competenza e di un adeguato arsenale di informazioni socio-culturali sul Paese di origine del richiedente, per sopravvalutare oltre misura il contatto del richiedente con il giudice.

⁴⁶ Che certamente non può essere assimilata, come talora è avvenuto impropriamente, all'interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c. che ha altri presupposti, contenuti e finalità.

⁴⁷ Cass., n. 29056 del 19 novembre 2019, recentemente ripresa da Cass., n. 41863 del 29 dicembre 2021.

⁴⁸ Cass., n. 9228 del 20 maggio 2020

In secondo luogo, l'assunto dell'eccezionalità della non riudizione in sede giurisdizionale non pare allineato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e in particolare alla sentenza 26 luglio 2017, C-348/16, Moussa Sacko, sopra ricordata.

Soprattutto la tesi in commento sembra deresponsabilizzare il ricorrente dall'onere di proporre una adeguata e circostanziata motivazione della propria richiesta di rinnovo dell'audizione, troppo spesso affidata a una generica formulazione di stile, diversamente dall'orientamento sopra ricordato che attribuisce particolare rilievo alle ragioni addotte dal ricorrente per ottenere l'ammissione del mezzo di prova⁴⁹.

5. La deduzione di nuove ragioni della domanda di protezione

Più complessa si presenta la ricerca della soluzione nel caso di deduzione con il ricorso introduttivo da parte del ricorrente di nuove circostanze ulteriori⁵⁰ (che, cioè, si affiancano alle precedenti della fase amministrativa, senza sconfessarle e sostituirle) o alternative⁵¹ (che, cioè, sconfessano e sostituiscono le precedenti deduzioni), volte quindi a sostenere la domanda di protezione internazionale con un diverso fondamento, nel primo caso ulteriore e nel secondo alternativo.

5.1. Il carattere autodeterminato della domanda

Una nota pronuncia della Corte di cassazione⁵² ha qualificato la domanda di protezione internazionale relativa ad uno *status* come attinente a un diritto autodeterminato, individuabile cioè, al pari dei diritti reali, attraverso il solo contenuto e i soggetti, senza riferimento ai fatti costitutivi indispensabili invece per l'individuazione del diritto eterodeterminato; è stato così affermato che in materia di protezione internazionale, il giudice del merito è tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere una delle forme di protezione previste dalla legge, qualora i fatti storici allegati risultino pertinenti, a prescindere dalle istanze formulate dalla parte, trattandosi di giudizi relativi a domanda autode-

⁴⁹ L'indirizzo giurisprudenziale in questione, lungi dall'avvilire le aspirazioni dei richiedenti asilo alla rinnovazione delle audizioni in sede giurisdizionale, delinea un potente strumento a disposizione dei ricorrenti, a patto che questi indugino nel ricorso a indicare le ragioni dell'istanza (chiarimento di incongruenze e contraddizioni censurate dalla Commissione, volontà di aggiungere particolari, intento di spiegare motivazioni o condotte rimaste troppo evanescenti...) per vincolare il giudice del merito a una risposta specifica e puntuale.

⁵⁰ Caso b) del precedente § 2.2.

⁵¹ Caso c) del precedente § 2.2.

⁵² Cass., n. 8819 del 12 maggio 2020.

terminata, avente ad oggetto diritti fondamentali, in relazione alla quale non ha importanza l'indicazione precisa del *nomen iuris* del tipo di protezione invocata, ma esclusivamente la prospettazione di situazioni concrete che consentano di configurare lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria. Non rileva, di conseguenza, l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta, quando i fatti esposti nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata.

Occorre precisare che il ricorso a tale classificazione non pare necessario per suffragare l'ammissibilità dell'introduzione in sede giudiziale di nuove circostanze di fatto, non emerse in sede amministrativa, poste a sostegno della domanda relativa al diritto autodeterminato, tenuto conto del consolidato argomento circa la natura non impugnatoria del giudizio di protezione internazionale, volto all'accertamento di un diritto soggettivo in regime di cognizione piena.

Inoltre la predetta qualificazione non risolve comunque del tutto il tema del coordinamento fra fase amministrativa e fase giurisdizionale, che il diritto dell'Unione avverte in modo particolare⁵³; non può eludersi, infine, l'esigenza di armonizzare tale qualificazione con il principio, del tutto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, della necessità che la parte richiedente allegghi nel giudizio i fatti sulla base dei quali sollecita protezione, senza che il giudice possa surrogarlo in alcun modo.

La sentenza n. 8819 del 2020 appare certamente condivisibile nell'affermare, secondo il principio generale *iura novit curia*, che non ha importanza l'esatta indicazione del *nomen iuris* della protezione invocata, ben suscettibile di riqualificazione da parte del giudice, ma sembra spingersi troppo innanzi con il sostenere che non rileverebbe neppure l'espressa limitazione della domanda da parte del ricorrente ad alcune soltanto delle forme di protezioni possibili, che non potrebbe comportare rinuncia tacita alla protezione non richiesta.

L'espressa limitazione⁵⁴ infatti incide direttamente sul *petitum* giacché lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria e, a maggior ragione, le varie protezioni nazionali complementari (protezione umanitaria, protezione per casi speciali,

⁵³ La Corte di Giustizia UE nella sentenza 4.10.2018 – C-652/16 Ahmedbekova (su cui *amplius infra*) al § 94, con riferimento al tema delle nuove dichiarazioni in sede di ricorso giudiziale da parte del richiedente asilo, parla di modificazione della «*causa della sua domanda*».

⁵⁴ Peraltro talmente infrequente nella prassi da ridurre la discussione quasi alla soglia dell'esercitazione accademica.

protezione speciale) hanno non solo diversi presupposti ma anche diverso contenuto, specie quanto alle cause di cessazione, esclusione e revoca⁵⁵.

La barriera frapposta dalla espressa limitazione sembra quindi insuperabile alla luce del principio della domanda, salvi, beninteso, i poteri di interpretazione e riqualificazione da parte del giudice, non ostacolati dal *nomen juris* utilizzato.

5.2. La giurisprudenza successiva della Cassazione

Merita un approfondimento la giurisprudenza della Cassazione che non si presenta del tutto univoca nel confrontarsi al tema delineato dall'ordinanza 8819/2020.

Al principio espresso dall'ordinanza n. 8819/2020 si è rifatta una pronuncia⁵⁶ che l'ha però applicato in un caso in cui al medesimo risultato si poteva pervenire per altra strada, cioè ritenendo che la più ampia domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato includesse quella di protezione sussidiaria e quindi in una prospettiva di fungibilità interna dei temi dell'impugnazione.

Altra decisione⁵⁷ ha richiamato il principio del carattere autodeterminato della domanda al limitato fine di considerare le allegazioni svolte nell'ottica del riconoscimento della protezione umanitaria ai fini del riconoscimento delle protezioni maggiori, comunque oggetto di richiesta e di impugnazione con lo stesso atto.

Un diverso orientamento⁵⁸ ha ritenuto di circoscrivere la portata del principio alla luce della necessità di coordinarne l'esplicazione con le regole che governano i mezzi di impugnazione e in particolare con il principio di devoluzione.

In un caso in cui il ricorrente, nell'impugnare l'ordinanza di primo grado, aveva insistito unicamente per il riconoscimento della protezione umanitaria, senza riproporre le altre domande avanzate in primo grado, aventi ad oggetto il riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria, è stato escluso che potesse trovare applicazione il principio secondo cui il ricorrente non ha l'onere di fornire una precisa qualificazione giuridica della misura di protezione invocata, spettando al giudice, nell'esercizio dei poteri officiosi di indagine e di informazione conferitigli dall'art. 8, comma terzo, del d.lgs. 28.1.2008, n. 25, il compito di verificare in quale delle tipologie di protezione astrattamente contemplate dalla legge è sussumibile la situazione di rischio prospettata dal richiedente. Ciò perché in sede di gravame, il predetto principio dev'essere coor-

⁵⁵ I. PAGNI, *op. cit.*

⁵⁶ Cass., n. 7134 del 12 marzo 2021.

⁵⁷ Cass., n. 25751 del 22 settembre 2021.

⁵⁸ Cass., n. 3897 del 16 febbraio 2021; Cass., n. 42011 del 30 dicembre 2021.

dinato con la portata limitata dell'effetto devolutivo dell'impugnazione, correlata alla configurazione del relativo giudizio come *revisio prioris instantiae*, anziché come *novum iudicium*, in virtù della quale la cognizione del giudice di secondo grado deve ritenersi circoscritta alle questioni prospettate dall'appellante con i motivi di gravame o riproposte dall'appellato ai sensi dello art. 346 cod. proc. civ., con la conseguenza che i punti della sentenza di primo grado non espressamente investiti dall'iniziativa di parte non possono più costituire oggetto di discussione, formandosi al riguardo una preclusione che ne impedisce il riesame. Inoltre l'operatività dei predetti limiti non può essere esclusa, in materia di protezione internazionale, in ragione della natura unitaria e autodeterminata della relativa domanda, attinente a un diritto fondamentale, rispetto al quale non assume rilievo l'indicazione precisa del *nomen juris* del tipo di protezione invocata, ma solo l'allegazione di una situazione concreta suscettibile di giustificare il riconoscimento di una delle misure tipicamente previste dalla legge. Le medesime allegazioni in fatto, pur potendo giustificare il riconoscimento di forme diverse di protezione, devono infatti costituire oggetto di autonoma valutazione in riferimento a ciascuna di esse, differenti essendo i presupposti necessari per l'applicazione delle singol misure, con la conseguenza che, ove il giudice di primo grado si sia pronunciato negativamente in ordine alla sussistenza di tali presupposti, la mera insistenza sui fatti storici allegati in primo grado non può considerarsi sufficiente a determinare, in appello, la riapertura del dibattito processuale in ordine a tutte le misure precedentemente invocate; che, in contrario, non risulta pertinente neppure il richiamo al potere di qualificazione giuridica dei fatti allegati, spettante al giudice di appello quanto al giudice di primo grado, dal momento che in sede di gravame tale potere incontra anch'esso un limite nelle censure proposte dall'appellante e nelle eccezioni reiterate dall'appellato, non potendosi più mutare *ex officio* la qualificazione attribuita alla fattispecie dalla sentenza impugnata, a meno che la stessa non abbia costituito oggetto d'impugnazione esplicita o quanto meno implicita, nel senso che una diversa qualificazione giuridica costituisca la necessaria premessa logico-giuridica di un motivo di impugnazione espressamente formulato, determinandosi altrimenti la formazione di un giudicato sul punto.

Gli stessi principi sono stati applicati anche in un caso sensibilmente diverso, in cui l'appellante non aveva svolto motivi di appello specifici sulla domanda di protezione umanitaria e aveva formulato una conclusione sul punto solo con la comparsa conclusionale⁵⁹.

⁵⁹ Cass., n. 42011 del 30 dicembre 2021, cit.

In alcune ordinanze interlocutorie⁶⁰ sono stati ritenuti di interesse nomofilattico e pertanto rimessi all'esame in pubblica udienza alcuni profili processuali in tema di tratta; ci è chiesto, in particolare, se e in che misura le fasi in cui si articola il procedimento giurisdizionale diretto all'accertamento della situazione di tratta e sfruttamento sessuale debbano riempirsi di un contenuto speciale, alla stregua del contesto normativo, e ciò principalmente con riferimento al raccordo tra il potere-dovere di cooperazione istruttoria ufficiosa e il principio dispositivo, che, nella materia della protezione internazionale in via derogatoria rispetto alle ordinarie regole processuali, si esaurisce, in base alla giurisprudenza consolidata nella sola allegazione esaustiva dei fatti costitutivi.

Le questioni, tra loro dipendenti, pur se ciascuna connotata di autonoma rilevanza, sono state così riassunte:

- a) l'allegazione è il punto di partenza dell'indagine e quello che presenta importanti criticità; posto che imprescindibile è l'onere di parte ricorrente di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, ci si chiede da chi debba essere effettuata l'allegazione della situazione di tratta, ossia se possa ritenersi sufficiente quella del solo difensore, senza che vi corrispondano le conformi dichiarazioni della parte, che, nella casistica più frequente in base a quanto spiegano le Linee Guida UNHCR, manifesta ritrosia a ricondurre il vissuto a fenomeni criminali e, nella sostanza, minimizza i fatti entro limiti di liceità;
- b) correlato è il tema concernente il profilo temporale dell'allegazione, ove effettuata non in sede di audizione avanti alla Commissione Territoriale, ma nel ricorso giudiziario oppure nel corso del giudizio di merito; ferma la differenza, di non poco conto, tra le suddette due ipotesi, l'allegazione potrebbe ritenersi ammissibile, nonostante il carattere di novità, qualora si qualificano le domande di protezione internazionale come relative a diritti autodeterminati (Cass. n. 8819 del 2020), considerato, altresì, che le domande sono trattate secondo il rito camerale, scelto dal legislatore con il comma 9, primo periodo, dell'art. 35 *bis*, del d.lgs. 25 del 2008, che è governato solo dalla regola fondamentale del contraddittorio, ai sensi dell'art. 737 e seguenti, c.p.c.;
- c) a livello della disciplina unionale, di recente la Corte di Giustizia, con la sentenza Ahmedbekova nel proc. C-652/16, ha ribadito il contenuto dell'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 in tema di diritto al ricorso effettivo, secondo cui, quanto meno in primo grado, il giudice dinanzi al quale è contestata la decisione relativa alla domanda di prote-

⁶⁰ Cass., n. 11495, 11496 e 11497 del 30 aprile 2021.

zione internazionale deve procedere all'«esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva [2011.95]», rimarcando il pregnante significato della locuzione «ex nunc», peraltro ponendo l'ulteriore controversa tematica della necessità di sottoporre all'autorità accertante i *nova* emersi nella fase giudiziale;

- d) si tratta di stabilire se si possa, o meglio debba darsi rilievo all'evenienza che la vittima di tratta rappresenti la propria situazione per la prima volta in sede di audizione giudiziale, in coerenza con le peculiarità del caso, anche perché proprio quello è l'obiettivo da perseguire (l'emersione del crimine) mediante l'incombente istruttorio, e se *inova* così acquisiti debbano perciò essere esaminati dal giudice di merito nel procedere alla valutazione del caso concreto;
- e) ultimo tema da chiarire, sempre collegato all'onere di allegazione, ove rimasto non adeguatamente adempiuto, è quello che concerne il perimetro di valutazione dei fatti, qualora degli stessi non sia stata mai dedotta in giudizio, né dal difensore né dalla richiedente, la configurabilità come situazione di tratta ed invece il giudice di merito ne accerti la ricorrenza, oggettivamente ravvisabile sulla scorta degli indici individuati dalle Linee guida UNHCR.

Assai recentemente nell'ultima pronuncia⁶¹ in tema di tratta è stato affermato che l'allegazione di uno stato di soggezione a tratta ai fini del riconoscimento della protezione internazionale può essere fatta dal difensore, assumendo all'interno del ricorso introduttivo del procedimento di concessione della protezione internazionale, nell'individuare la *causa petendi ex art. 125 cod. proc. civ.*, che le dichiarazioni della richiedente asilo sua assistita debbano essere intese come rappresentative di una simile condizione; al fine di verificare la sussistenza di una condizione di soggezione a tratta; le dichiarazioni della richiedente asilo debbono poi essere analizzate – ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, comma 5, lett. c), d.lgs. 251/2007, 8, comma 3, e 27, comma 1-*bis*, d.lgs. 25/2008 – alla luce dei criteri interpretativi indicati dall'U.N.H.C.R. nelle proprie linee guida volte all'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale; poiché alcuni dei tratti caratteristici delle dichiarazioni di chi si trovi in queste condizioni sono la contraddittorietà e la frammentazione del contenuto del racconto, la veridicità della storia offerta deve essere valutata dal giudice di merito, verificando, da un lato, la rappresentazione di una vicenda personale autenticamente riferibile alla richiedente asilo, dall'altro la stretta vicinanza della

⁶¹ Cass., n. 41863 del 29 dicembre 2021.

complessità delle dichiarazioni rese agli elementi distintivi ricorrenti delle vicende di tratta; siffatta allegazione della richiedente asilo, ove riconosciuta veridica, vale, pur nella contraddittorietà che la caratterizza, ad allegare una condizione di tratta.

5.3. La Cassazione e i *nova*

Una discussa pronuncia⁶² della Corte di cassazione si è occupata dei *nova* nel ricorso; dopo aver affermato che l'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 deve essere letto in conformità al disposto dell'art. 46, par. 3, della direttiva UE 2013/32 nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, ne ha tratto la conseguenza che quando il ricorso contro il provvedimento di diniego di protezione contiene motivi o elementi di fatto nuovi, il giudice, se richiesto, non può sottrarsi all'audizione del richiedente, trattandosi di strumento essenziale per verificare, anche in relazione a tali nuove allegazioni, la coerenza e la plausibilità del racconto, quali presupposti per attivare il dovere di cooperazione istruttoria.

Tale ultima affermazione è pienamente coerente con l'indirizzo giurisprudenziale più recente in tema di audizione giurisdizionale nel quale si iscrive a pieno titolo. Giova premettere che la pronuncia in questione non si occupa – né avrebbe potuto occuparsene senza proclamare un *obiter dictum* privo di rilevanza decisoria – dei *nova* proposti in un momento successivo al ricorso introduttivo.

La sentenza n. 27073 del 2019 afferma, in primo luogo, che il giudice deve anzitutto verificare se, in forza delle norme di procedura giudiziaria previste dal suo diritto nazionale, il motivo di protezione internazionale, invocato per la prima volta in sede giurisdizionale, sia stato o meno dedotto tardivamente nel procedimento di ricorso e, quanto ai nuovi elementi di fatto, se essi siano «*significativi e sufficientemente distinti*» da quelli già presi in considerazione dall'autorità accertante; esclude quindi, considerata la struttura del procedimento delineata dalla nostra legislazione, che sussista una preclusione alla formulazione di nuovi motivi o alla deduzione di nuovi elementi di fatto nel ricorso innanzi all'autorità giurisdizionale, che non integra impugnazione in senso stretto del provvedimento amministrativo della Commissione, ma dà ingresso a un giudizio che ha ad oggetto il diritto del ricorrente a vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria o il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari e comporta un completo riesame nel merito della domanda; conclude sul punto, negando la sussistenza di alcun vincolo, derivante dai precedenti motivi esposti innanzi alla Commissione, quanto al *thema decidendum*, e di alcuna ragione

⁶² Cass., n. 27073 del 23 ottobre 2019.

ostativa alla deduzione, in sede giurisdizionale, di nuovi elementi di fatto a sostegno dei motivi originari o di nuovi motivi.

Solo con il ricorso introduttivo – prosegue la sentenza in parola – il richiedente ha l'onere di indicare gli elementi costitutivi della domanda (*petitum e causa petendi*) e dunque di allegare i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della pretesa, ed è alle allegazioni del ricorso introduttivo che si ricollega il dovere di cooperazione istruttoria del giudice; questa affermazione mira però a sottolineare che prima del ricorso introduttivo della fase giurisdizionale il richiedente asilo non ha l'onere di indicare gli elementi costitutivi della domanda in senso tecnico-processuale e non a escludere una indicazione successiva nel corso del processo di tali elementi (tema del tutto estraneo al caso deciso dalla Corte).

Tutta questa lineare argomentazione scorre con fluidità e sembra assai difficilmente confutabile, come pure condivisibile appare l'approdo finale circa la necessità della riudizione.

Recentemente la Corte si è pronunciata su di un tema adiacente⁶³, cassando la pronuncia del Tribunale che aveva ritenuto tardiva la produzione di alcuni documenti, prodotti dal ricorrente nel corso del giudizio, a sostegno della domanda reiterata di protezione internazionale. Il Tribunale aveva ritenuto che, trattandosi di giudizio camerale con udienza solo eventuale, le preclusioni si verificano con la presentazione del ricorso, salva solo la possibilità di produrre elementi sopravvenuti.

La Cassazione ha dissentito, affermando che, secondo i principi generali che disciplinano il rito camerale, il ricorrente aveva il diritto di produrre i documenti alla stessa udienza, indipendentemente dal fatto che tali documenti fossero, o meno, afferenti a fatti sopravvenuti al deposito del ricorso; infatti, in mancanza di una norma specifica che fissi il termine delle preclusioni istruttorie, non sussiste alcuna ragione di disapplicare i principi generali che informano gli art. 737 c.p.c. e ss., circa la possibilità di produrre documenti in udienza poiché un'interpretazione restrittiva in tema di preclusioni istruttorie avrebbe certo richiesto un'esplicita deroga sulla base di una norma speciale (qual è il d.lgs. n. 25 del 2008, art. 35 *bis*). Inoltre, sarebbe irragionevole, poiché non sorretto da alcuna *ratio* processuale, ritenere che l'eventualità normativa della fissazione dell'udienza precluda l'ammissibilità della produzione documentale nel caso in cui l'udienza sia poi fissata, determinando tale interpretazione un'ingiusta disparità di trattamento con le altre fattispecie di rito camerale. È stato infine evidenziato che la mancanza di preclusioni istruttorie è una caratteristica specifica del rito camerale, in quanto deformalizzato rispetto a quello ordinario, sicché negare la produzione documentale all'udienza in questio-

⁶³ Cass., n. 37301 del 29 novembre 2021.

ne comporterebbe una chiara lesione del diritto di difesa, non giustificata in alcun modo, laddove risulti pienamente garantito il contraddittorio tra le parti.

Analogamente è stato sostenuto che l'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 deve essere letto in conformità al disposto dell'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32/UE nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia UE; il giudice, pertanto, è tenuto ad esaminare, ed accertare in adempimento del dovere di cooperazione istruttoria, anche fatti nuovi non allegati, ma esistenti al momento della decisione, che siano rilevanti ai fini della concessione della protezione, purché sopravvenuti e non prevedibili al momento della presentazione del ricorso contro il provvedimento di diniego.⁶⁴

Un ulteriore argomento che suffraga la tesi dell'ammissibilità della deduzione dei *nova* nell'ambito del procedimento pendente si ricava dalla giurisprudenza in tema di reiterazione della domanda⁶⁵; infatti, secondo la Cassazione, i «*nuovi elementi*», alla cui allegazione l'art. 29, lett. b), del d.lgs. n. 25 del 2008 subordina l'ammissibilità della reiterazione della domanda di tutela, possono consistere, oltre che in nuovi fatti di persecuzione (o comunque in nuovi fatti costitutivi del diritto) successivi al rigetto della domanda da parte della competente commissione, anche in nuove prove dei medesimi fatti costitutivi, purché il richiedente non abbia potuto, senza sua colpa, produrle in precedenza in sede amministrativa o in quella giurisdizionale, mediante l'introduzione del procedimento di cui all'art. 35 del d.lgs. citato.

5.4. Il nodo non sciolto

Laddove il percorso argomentativo della sentenza mostra una apparente linea di frattura è nel passaggio intermedio, laddove la Corte sembra interrogarsi sulla necessità di un ritorno in Commissione per poi risolverlo, implicitamente, in modo negativo con la soluzione della riaudizione in sede giurisdizionale e cioè con il recupero in sede giurisdizionale della garanzia persa in sede amministrativa per fatto dello stesso richiedente asilo.

Si afferma infatti, dapprima, la centralità dell'esame diretto, completo ed *ex nunc* del richiedente, da attuarsi mediante l'audizione del medesimo, quanto meno nella prima fase innanzi all'autorità amministrativa; se ne trae il corollario che qualora il richiedente proponga nel ricorso giurisdizionale motivi nuovi, o anche solo elementi di fatto nuovi, che si riferiscano, integrandoli in modo signi-

⁶⁴ Cass., n. 20568 del 19 luglio 2021. Nel caso è stato cassato il decreto di rigetto che non aveva tenuto conto della condizione di gravidanza, documentata in corso di giudizio, della compagna del richiedente.

⁶⁵ Cass., n. 30791 del 29 ottobre 2021; Cass., n. 18440 del 9 luglio 2019; Cass., n. 5089 del 28 febbraio 2013.

ficativo, ai motivi già proposti, e che non siano stati sottoposti alla Commissione territoriale, sebbene antecedenti alla domanda di protezione internazionale, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia, il giudice dovrebbe sottoporli all'autorità amministrativa e, quindi, valutarli ai fini della decisione; salvo poi ripiegare sull'esigenza che il richiedente sia sentito su tutti i fatti da lui narrati: se ciò non avviene innanzi alla Commissione, l'audizione, anche per ragioni di celerità ed economia processuale, dovrebbe essere esperita in sede giurisdizionale.

Tale soluzione è molto probabilmente influenzata dai vincoli che scaturivano dalle caratteristiche del giudizio di legittimità e dalle domande e dai mezzi di ricorso delle parti: nel caso, nessuna delle parti, né il richiedente asilo, né il Ministero dell'Interno, si doleva della mancata sottoposizione alla Commissione delle nuove dichiarazioni, e il solo richiedente asilo aveva impugnato la decisione per ottenere l'espletamento in sede giurisdizionale dell'audizione sulle nuove dichiarazioni.

La correttezza di tale soluzione va verificata alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e probabilmente alla stregua di un'indagine circa la funzione sistematica assolta dall'audizione del richiedente asilo in sede amministrativa ovvero para-giurisdizionale «*in primo grado*»; se questa fosse preordinata essenzialmente alla tutela di un interesse del richiedente asilo, ben potrebbe il giudice evitare un ritorno in Commissione a fronte della richiesta di audizione giudiziale del richiedente e in armonia con le esigenze di rapidità del processo.

Diversamente occorrerebbe forse orientarsi, ove si dovesse ravvisare un interesse pubblico preminente allo scrutinio preventivo delle domande in sede amministrativa da parte della competente autorità accertante, non suscettibile di elusione da parte del richiedente con la proposizione delle nuove deduzioni in sede giurisdizionale, non diversamente dall'impossibilità di una richiesta autonoma di tutela giurisdizionale svincolata dalla preventiva fase amministrativa.

5.5. Il dubbio sul ritorno in Commissione

Astrattamente possiamo immaginare diverse soluzioni a fronte dell'introduzione con il ricorso in sede giurisdizionale di nuove circostanze ulteriori o alternative, relative a fatti pregressi, volte a sostenere la domanda di protezione internazionale con un diverso fondamento, non esaminate in sede amministrativa:

- a) il giudice considera inammissibili le nuove deduzioni e dichiara inammissibile il ricorso, se basato solo su di esse (deduzioni sostitutive), ovvero lo esamina solo in relazione alle precedenti deduzioni (deduzioni cumulative);
- b) il giudice le prende in considerazione, procede all'audizione del richiedente sul punto, se richiesto e pronuncia tenendone conto anche di esse (soluzione seguita dalla sentenza n. 27073 del 2019);

c) il giudice, pur ritenendo ammissibili le nuove deduzioni, se le considera astrattamente rilevanti, dispone la restituzione degli atti alla Commissione territoriale per una nuova valutazione della domanda (e forse anche per una nuova audizione integrativa) anche in relazione alle circostanze di fatto in precedenza non esaminate in sede amministrativa, sospendendo necessariamente il giudizio in attesa di tali incumbenti.

La soluzione *sub a)* può essere tranquillamente scartata alla luce del diritto positivo, europeo e nazionale, oltre che per una logica di economia processuale, volta a evitare la reiterazione della domanda e la duplicazione dei giudizi.

La soluzione *sub b)* non pare affatto irragionevole, si ispira a una logica acceleratoria che pervade l'intera materia e viene probabilmente seguita, almeno di fatto, nella gran parte dei giudizi di protezione in cui vengono dedotte nuove circostanze; essa, almeno teoricamente, si presta a condotte strumentali, delle quali, per vero, non è agevole scorgere una qualche utilità; si espone infine ad impugnazioni basate sulla violazione del diritto dell'Unione, secondo la lettura offerta dalla sentenza «*Ahmedbekova*».

La soluzione *sub c)*, forse più coerente – come vedremo – con i lineamenti del sistema europeo disegnati dalla direttiva UE 2013/32, appare alquanto macchinosa e seriamente ostacolata dalla mancanza di espressa disciplina normativa che costringe l'interprete ad architettare pressoché «dal nulla» l'istituto.

5.6. Il contrasto nella giurisprudenza europea

La giurisprudenza della Corte di Giustizia alimenta qualche equivoco nell'indirizzare il giudice nazionale fra le due soluzioni b) e c) sopra ricordate.

Con la sentenza «*Albeto*» del 25.7.2018 – C-585/16 la Corte di Giustizia UE ha affrontato il tema che ci interessa, rispondendo alla terza questione interpretativa del diritto dell'Unione proposta dal giudice del rinvio (§§ 103-118).

Nel caso sottoposto il giudice (amministrativo) bulgaro si interrogava sulla possibilità di esaminare una causa di inammissibilità della domanda di protezione internazionale⁶⁶ non dedotta, né rilevata nella fase amministrativa, ove era intervenuto un rigetto della domanda nel merito.

Il giudice del rinvio aveva chiesto se l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fonda-

⁶⁶ Perché rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 1D della Convenzione di Ginevra, relativo alla protezione o assistenza di un organo o di un'agenzia delle Nazioni Unite diversi dall'Alto commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati *ex art. 12, par.1, lettera a)* della direttiva CE 2011/95, peraltro non correttamente recepita dalla legislazione bulgara, il che «*rendeva complesso il trattamento della domanda in questione*».

mentali dell'Unione, dovesse essere interpretato nel senso che il giudice di uno Stato membro investito in primo grado di un'impugnazione contro una decisione relativa a una domanda di protezione internazionale potesse tener conto di elementi di fatto o di diritto relativi alla situazione del richiedente e non esaminati dall'organo che ha adottato tale decisione.

La Corte ha ricordato che la direttiva 2013/32 opera una distinzione tra l'«*autorità accertante*», definita all'articolo 2, lettera f), come «*qualsiasi organo quasi giurisdizionale o amministrativo di uno Stato membro che sia competente ad esaminare le domande di protezione internazionale e a prendere una decisione di primo grado al riguardo*», e il «*giudice*», di cui all'articolo 46, dall'altro.

Il procedimento dinanzi all'autorità accertante è disciplinato dalle disposizioni del capo III della direttiva, intitolato «*Procedure di primo grado*», mentre il procedimento dinanzi al giudice è retto dalle norme di cui al capo V della medesima, intitolato «*Procedure di impugnazione*» e costituito da tale articolo 46.

La Corte ha aggiunto che l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, in tema di diritto al ricorso effettivo, riguarda «*quanto meno i procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado*» ossia i procedimenti di impugnazione avverso le decisioni con cui l'autorità accertante (quand'anche di carattere quasi giurisdizionale) si è pronunciata in primo luogo sulla domanda di protezione.

La Corte di Giustizia ha posto poi l'accento sul fatto che il predetto articolo 46, paragrafo 3, dispone che gli Stati membri devono assicurare che il giudice dinanzi al quale è contestata la decisione relativa alla domanda di protezione internazionale proceda all'«*esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95*».

Rammentate prioritariamente le finalità perseguite dalla direttiva di ravvicinare le norme procedurali degli Stati membri, onde evitare forme di *asylum shopping* alla ricerca del sistema più favorevole (*considerando* 13), e di accelerare quanto più possibile i tempi delle procedure, per quanto compatibile con un esame adeguato e completo (*considerando* 18), la Corte ha affermato che l'espressione «*assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto*» imponeva agli Stati membri di adattare il loro diritto nazionale in modo tale che il trattamento dei ricorsi in questione preveda un esame, da parte del giudice, di tutti gli elementi di fatto e di diritto che gli consentano di procedere a una valutazione aggiornata del caso di specie, aggiungendo che la locuzione «*ex nunc*» mette in evidenza l'obbligo del giudice di procedere a una valutazione che tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto dell'impugnazione.

Secondo la sentenza «*Ableto*», tenuto anche conto dell'art. 47 della Carta di Nizza, una simile valutazione consente nel rispetto delle finalità della direttiva 2013/32 di esaminare la domanda di protezione internazionale in maniera esaustiva, senza che sia necessario rinviare il fascicolo all'autorità accertante; inoltre l'aggettivo «*completo*» di cui all'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 conferma che il giudice è tenuto a esaminare sia gli elementi di cui l'autorità accertante ha tenuto o avrebbe potuto tenere conto, sia quelli che sono intervenuti dopo l'adozione della decisione da parte della medesima.

La Corte di Giustizia ha infine sottolineato che tenuto conto dei considerando 16 e 22, dell'articolo 4 nonché dall'impianto sistematico della direttiva 2013/32, l'esame della domanda di protezione internazionale da parte di un organo amministrativo o quasi giurisdizionale dotato di mezzi specifici e di personale specializzato in materia costituisce una fase essenziale delle procedure comuni istituite da tale direttiva. Pertanto, il diritto che l'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva riconosce al richiedente di ottenere un esame completo ed *ex nunc* dinanzi a un giudice non può attenuare l'obbligo per il richiedente in questione di cooperare con tale organo, quale disciplinato dagli articoli 12 e 13 della medesima direttiva.

Il giudice del rinvio doveva quindi esaminare nella sua qualità di giudice di primo grado tutti gli elementi di diritto pertinenti includendo nella sua valutazione gli eventuali elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione impugnata.

Sulla terza questione la Corte di Giustizia ha pertanto affermato che l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che il giudice di uno Stato membro investito in primo grado di un'impugnazione contro una decisione relativa a una domanda di protezione internazionale è tenuto a esaminare sia gli elementi di fatto e di diritto di cui l'organo che ha adottato tale decisione ha tenuto o avrebbe potuto tener conto, sia quelli intervenuti dopo l'adozione della medesima decisione.

5.7. La sentenza Ahmedbekova

Poco dopo e cioè il 4.10.2018 la Corte di Giustizia si è pronunciata nuovamente con la sentenza Ahmedbekova nel proc. C-652/16, rispondendo all'ottava questione che le era stata proposta (§ 91-103).

Diversamente dal caso «*Ableto*», in cui il giudice si interrogava sulla possibilità di rilevare una causa di inammissibilità della protezione non valutata in sede amministrativa, nel caso «*Abmedbekova*» il giudice bulgaro dubitava della possibilità di esaminare nuovi motivi di riconoscimento della protezione dedotti per la prima volta in sede giurisdizionale successivamente al ricorso contro la decisione amministrativa.

La Corte di Giustizia ha così riassunto l'ottava questione: il giudice del rinvio chiede se l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 debba essere interpretato nel senso che il giudice investito di un ricorso contro una decisione di diniego di protezione internazionale sia tenuto ad esaminare motivi di riconoscimento della protezione internazionale che, pur essendo relativi ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione di tale decisione, o addirittura prima della presentazione della domanda di protezione internazionale, sono per la prima volta dedotti durante il procedimento di ricorso.

La Corte ha ribadito il contenuto dell'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 in tema di diritto al ricorso effettivo, secondo cui, quanto meno in primo grado, il giudice dinanzi al quale è contestata la decisione relativa alla domanda di protezione internazionale deve procedere all'«*esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva [2011.95]*»; ha ripetuto che la locuzione «*ex nunc*» mette in evidenza l'obbligo del giudice di procedere a una valutazione che tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto del ricorso e quanto all'aggettivo «*completo*» ha confermato che il giudice è tenuto a esaminare sia gli elementi di cui l'autorità accertante ha tenuto o avrebbe potuto tenere conto, sia quelli che sono intervenuti dopo l'adozione della decisione da parte della medesima.

Tuttavia, pur avendo richiamato la sentenza «*Alheto*», la Corte di Giustizia ha aggiunto che il richiedente protezione internazionale non può, senza esporsi a un esame complementare da parte dell'autorità accertante, modificare la causa della sua domanda e, così, le circostanze del caso di specie invocando, durante il procedimento di ricorso, un motivo di protezione internazionale che, pur essendo relativo ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione della decisione di tale autorità, o addirittura prima della presentazione della domanda, è stato taciuto in quella sede.

La Corte di Giustizia ha affermato che l'esame della domanda di protezione internazionale da parte dell'autorità accertante, organo amministrativo o quasi giurisdizionale dotato di mezzi specifici e di personale specializzato in materia, costituisce una fase essenziale delle procedure comuni istituite dalla direttiva 2013/32, e che il diritto del richiedente di ottenere un esame completo ed *ex nunc* dinanzi a un giudice, riconosciuto dall'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva, non può essere interpretato in un senso che attenui l'obbligo per il richiedente in questione di cooperare con tale autorità⁶⁷.

⁶⁷ L'autorità accertante, non quella giudiziaria.

La fase essenziale dinanzi all'autorità accertante – prosegue la Corte – sarebbe elusa se, senza la minima conseguenza procedurale, al richiedente fosse consentito, al fine di far annullare o sostituire dal giudice la decisione di diniego adottata da tale autorità, dedurre un motivo di protezione internazionale che, pur essendo relativo ad eventi o a minacce asseritamente già esistenti, non è stato invocato dinanzi a detta autorità e quest'ultima non ha potuto esaminare.

Di conseguenza, quando uno dei motivi di protezione internazionale è invocato per la prima volta durante il procedimento di ricorso ed è relativo ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione di tale decisione, o addirittura prima della presentazione della domanda di protezione internazionale, tale motivo deve essere qualificato come «*ulteriore dichiarazione*», ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 1, della direttiva 2013/32, il giudice investito del ricorso è tenuto ad esaminare tale motivo nell'ambito dell'esame della decisione oggetto del ricorso, purché tuttavia ciascuna delle «*autorità competenti*», che comprendono non soltanto tale giudice ma anche l'autorità accertante, abbia la possibilità di esaminare detta ulteriore dichiarazione.

Il giudice deve verificare, in forza delle norme di procedura giudiziaria previste dal suo diritto nazionale, se il motivo di protezione internazionale invocato per la prima volta dinanzi a lui lo sia stato in una fase non tardiva del procedimento di ricorso e sia stato presentato in maniera sufficientemente concreta per poter essere debitamente esaminato. In tal caso, e cioè potendo includere tale motivo nella sua valutazione del ricorso, il giudice deve richiedere, da parte dell'autorità accertante ed entro un termine conforme all'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 2013/32 l'esame del nuovo motivo, il cui risultato e le cui ragioni fondanti dovranno essere comunicati al richiedente e al giudice prima che quest'ultimo proceda all'audizione del richiedente e valuti il caso.

Quanto alle nuove dichiarazioni, occorre distinguere se il richiedente ha allegato, durante il procedimento di ricorso, non già un motivo di protezione internazionale, ma semplici nuovi elementi di fatto diretti a circostanziare un motivo che era stato invocato dinanzi all'autorità accertante e respinto da quest'ultima, o abbia invece proposto un diverso motivo di protezione internazionale.

Per operare tale scrutinio, bisogna tener conto che dall'articolo 2, lettera d) e f), nonché dagli articoli 10 e 15 della direttiva 2011/95, deriva che la protezione internazionale può essere concessa a motivo di un timore fondato di persecuzione sulla base di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, ove ciascuno di tali motivi è definito, in modo distinto, in detto articolo 10, oppure a motivo di uno dei danni gravi elencati in tale articolo 15.

Per queste ragioni la Corte di Giustizia ha affermato che l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, letto in combinato disposto con il riferimento al

procedimento di ricorso contenuto all'articolo 40, paragrafo 1, di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che il giudice investito di un ricorso contro una decisione di diniego di protezione internazionale è in linea di principio tenuto a valutare, a titolo di «*ulteriori dichiarazioni*» e dopo aver richiesto un esame di queste ultime da parte dell'autorità accertante, i motivi di riconoscimento della protezione internazionale o gli elementi di fatto che, pur essendo relativi a eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione di detta decisione di diniego, o addirittura prima della presentazione della domanda di protezione internazionale, sono per la prima volta dedotti durante il procedimento di ricorso. Tale giudice non vi è, per contro, tenuto se constata che tali motivi o detti elementi sono stati dedotti in una fase tardiva del procedimento di ricorso o non sono presentati in maniera sufficientemente concreta per poter essere debitamente esaminati, o ancora, qualora si tratti di elementi di fatto, se esso constata che questi ultimi non sono significativi o non sono sufficientemente distinti dagli elementi di cui l'autorità accertante ha già potuto tenere conto.

5.8. Conclusioni sul punto

È lecito nutrire qualche dubbio sul perfetto allineamento delle due pronunce e, anche se la sentenza «*Abmedbekova*» richiama ripetutamente la «*Ableto*».

Non può trascurarsi però il fatto, indubbiamente assai significativo, che la sentenza «*Ableto*» non riguardava nuove deduzioni rese in giudizio dalla richiedente asilo ma la possibilità di rilievo di una ragione in diritto di inammissibilità non esaminata dall'autorità accertante.

La sentenza «*Abmedbekova*» si pronuncia invece *in sedes materiae* e in termini sulla questione delle nuove deduzioni del ricorrente, relativi a fatti pregressi, formulate solo in sede giurisdizionale e non sottoposte all'autorità accertante e chiama il giudice in primo luogo a verificare se la normativa processuale del suo Stato lo consente (e nel caso dell'Italia indubbiamente lo consente).

In secondo luogo, il giudice è chiamato a valutare se si tratta di deduzioni, non sufficientemente distinte dalla domanda originaria e volte semplicemente a integrare e circostanziare le dichiarazioni originarie, senza configurare una vera e propria ulteriore dichiarazione ed in tal caso può procedere tenendo conto anche di queste.

Diversamente il giudice deve procedere se le nuove deduzioni, relative ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione della decisione di diniego, o addirittura prima della presentazione della domanda di protezione internazionale, costituiscono un nuovo motivo di protezione internazionale, diversificato in relazione alle differenti ipotesi di timori di persecuzione e di danni gravi elencati dall'articolo 2, lettera d) e f), e dagli articoli 10 e 15 della direttiva

2011/95, o se comunque, pur innestandosi nel solco dello stesso motivo di timore o di danno prospettato dinanzi alla autorità accertante, attengono ad elementi di fatto che possono essere considerati significativi e non sufficientemente distinti dagli elementi di cui l'autorità accertante ha già potuto tenere conto.

In quel caso il nuovo motivo o i nuovi elementi dovrebbero essere sottoposti alla autorità accertante (per l'Italia la Commissione territoriale) che dovrebbe esprimere la sua rinnovata valutazione al proposito, in una fase incidentale del procedimento giudiziario.

Tale indicazione apre un territorio processuale del tutto inesplorato nel nostro diritto positivo.

Con quale strumento il giudice deve consultare la Commissione? Con ordinanza e contestuale sospensione del giudizio

Il processo deve essere sospeso, eventualmente con la contestuale fissazione di udienza di riattivazione *ex art. 297, comma 1, primo periodo, c.p.c.*?

Che cosa significa il passo del § 100 della sentenza secondo il quale il giudice deve *«richiedere, da parte dell'autorità accertante ... un esame di detto motivo»*?

La Commissione si deve limitare ad esprimere la propria valutazione sulle ulteriori deduzioni o, soprattutto nel caso in cui siano contenute nel ricorso o in un altro atto processuale del difensore, deve o può procedere, nel termine all'uopo assegnatole, anche a fissare ed eseguire una nuova audizione?

La sentenza *«Ahmedbekova»* parla di *«esame del nuovo motivo»* da parte dell'autorità accertante ma non afferma, almeno espressamente, sia pur senza escluderlo, che la nuova audizione debba svolgersi in sede amministrativa.

La Commissione deve quindi emettere un nuovo provvedimento o trasmettere semplicemente una sua valutazione al giudice?

Secondo la sentenza *«il risultato»* e *«le ragioni fondanti»* del nuovo esame debbono essere comunicate dall'autorità accertante al richiedente e al giudice: sembra quindi necessario un provvedimento motivato della Commissione, che dovrebbe collocarsi prima che il giudice *«proceda all'audizione e valuti il caso»*.

Non vi sarebbe dubbio quindi sulla necessità di una nuova audizione in sede giurisdizionale, successiva al secondo responso della Commissione.

Come deve essere riassunto o riattivato il procedimento giurisdizionale?

Il nuovo provvedimento della Commissione deve essere impugnato, sia pur nell'ambito dello stesso giudizio?

Quali spazi processuali si schiudono alle parti per interloquire sull'ulteriore provvedimento della Commissione?

Vien da chiedersi, poi, nella cornice ordinamentale italiana, se possa attribuirsi qualche rilievo derogatorio alla necessità del rinvio alla autorità accertante al fatto che il Ministero dell'Interno sia costituito in giudizio in persona di un rap-

presentante designato dal Presidente della Commissione territoriale come consente l'art. 35 *bis*, comma 7, d.lgs. 25/2008.

La risposta negativa sembrerebbe scaturire dal fatto che non è l'autorità accertante a essere costituita in giudizio, ma l'Amministrazione dello Stato, eccezionalmente abilitata a investire della propria rappresentanza processuale un funzionario della Commissione designato dal Presidente.

Davvero troppi gli interrogativi che una giurisprudenza pretoria dovrebbe risolvere *praeter legem* solo sulla base delle indicazioni della Corte di Giustizia.

Ben si comprendono quindi le forti perplessità suscitate da questo scenario non regolamentato nel quale dovrebbe essere inquadrata una evenienza assai frequente nelle aule dei Tribunali.

Nella sentenza 27073/2019 la Corte di cassazione, pur dando atto della giurisprudenza europea, ha potuto esimersi dall'affrontare il problema, visto che nessuna delle parti aveva impugnato la decisione sotto il profilo dell'omesso «ritorno in Commissione» e che l'unico motivo di doglianza per violazione di legge sollevato dal ricorrente atteneva alla mancata audizione in sede giurisdizionale in quel contesto.

In dottrina⁶⁸ si è cercato di attutire la portata della sentenza «*Abmedbekova*», sottolineando le differenze esistenti tra l'ordinamento bulgaro in cui il giudice amministrativo potrebbe solo annullare la decisione di diniego dell'autorità accertante e quello italiano, in cui il giudice valuta in regime di piena cognizione, la sussistenza del diritto alla protezione internazionale che può riconoscere e in presenza dei relativi presupposti.

L'obiezione, che pur muove da un presupposto del tutto corretto e conforme a un granitico orientamento della Corte di cassazione, basato sulle caratteristiche non strettamente impugnatorie del procedimento nazionale, non risolve del tutto l'*empasse*, anche a prescindere dagli aspetti del diritto processuale bulgaro e dalle eventuali limitazioni dei poteri dei giudici di quel Paese, che invero parrebbero difficilmente conciliabili con il diritto dell'Unione.

La sentenza «*Abmedbekova*» non dà infatti alcun rilievo a questo profilo e fonda invece la decisione sul carattere di novità e significatività, più o meno spiccata, delle nuove deduzioni, tali da configurare o meno «*ulteriori dichiarazioni*» meritevoli di rivalutazione da parte dell'autorità accertante, in una logica che sembra conferire al preliminare esame delle domande in sede amministrativa o para-giurisdizionale da parte della competente autorità accertante tecnicamente attrezzata, una valenza di ordine pubblico, non disponibile per le parti.

Questi infatti sembrano i valori in gioco: da un lato, la rilevanza pubblicistica

⁶⁸ M. FLAMINI, *op. cit.* Nello stesso senso R. SANLORENZO, nelle conclusioni tratte al termine dell'incontro di studi SSM D21073, «*Protezione internazionale, diritti fondamentali e accesso alla giustizia.*»

e indisponibile del preliminare accertamento «*in primo grado*» da parte dell'autorità di cui all'art. 4 della direttiva UE 2013/32, dall'altro le esigenze di rapidità del processo di protezione internazionale, che pur contempla anche nella fase giudiziaria il necessario potere del giudice di esame completo e attualizzato (*ex nunc*) della domanda e le complicazioni procedurali introdotte dal «regolamento» contenuto nella sentenza «*Abmedbekova*».

Possiamo immaginare vari scenari:

- a) la riproposizione della questione pregiudiziale interpretativa *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia, argomentata con specifico riguardo all'ordinamento processuale italiano, compiutamente illustrato in tutti i suoi profili, e ai relativi poteri del giudice in relazione all'art. 46, par.3, della direttiva UE 2013/32;
- b) un intervento normativo nazionale volto a codificare il «regolamento» contenuto nella sentenza «*Abmedbekova*», risolvendo *de jure condito* tutti i dubbi indicati nel 4.3;
- c) una soluzione interpretativa che escluda il ritorno in Commissione allorché il Ministero dell'Interno, costituito in persona di un rappresentante designato dal Presidente della Commissione, abbia preso posizione sulle nuove allegazioni contenute nel ricorso, senza richiedere la trasmissione degli atti all'autorità accertante; corollario di tale soluzione è l'inevitabilità della trasmissione degli atti alla Commissione territoriale allorché il Ministero non sia costituito in giudizio o in alternativa la notificazione degli atti che si ritiene che configurino il mutamento di domanda ai sensi dell'art. 292 c.p.c.
- d) un quadro di sostanziale disapplicazione dei precetti della sentenza «*Abmedbekova*», in cui la decisione potrebbe esporsi, a seconda dell'esito, all'impugnazione dell'Amministrazione o del richiedente asilo, per violazione del diritto unionale, in seno alla quale dovrebbe essere valutato il comportamento processuale delle parti consistito nel non aver chiesto il ritorno in Commissione o addirittura nell'aver chiesto l'audizione da parte del giudice, quantomeno in relazione all'esistenza di un pregiudizio effettivo scaturente dalla violazione procedurale.

Con riferimento all'ipotesi delineata *sub d)*, infatti sorge spontaneo il dubbio che non possa impugnare la decisione, venendo *contra factum proprium*, la parte (costituita) che abbia contribuito a determinare l'ipotizzata violazione, o chiedendo al giudice di procedere all'audizione, senza il preventivo nuovo parere dell'autorità accertante, o non opponendosi a tale attività, pur essendo stata provocata a pronunciarsi in proposito.

Inoltre, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità, la denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme processuali non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione

del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione; ne consegue che è inammissibile l'impugnazione con la quale si lamenti un mero vizio del processo, senza prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione di merito.⁶⁹

Tuttavia in alcune pronunce la Cassazione ha ravvisato *in re ipsa* palesi ricadute sul diritto di difesa allorché la violazione riguardi un elemento centrale del procedimento di protezione internazionale⁷⁰.

Occorre poi tener conto che in materia le Sezioni Unite⁷¹ hanno posto un preciso limite al principio sopra ricordato, escludendone l'applicazione ove venga in rilievo la lesione del diritto di difesa, del diritto al contraddittorio, e, in definitiva, del diritto a un giudizio nel quale le parti siano poste in condizioni di interloquire con completezza nelle varie fasi in cui esso si articola; la violazione dei principi essenziali regolatori del giusto processo determina la nullità della sentenza finanche senza necessità di una testuale previsione.

Anche la giurisprudenza europea sembra aver superato il passato orientamento, secondo cui la violazione dei diritti della difesa in tanto poteva comportare l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento in quanto potesse ritenersi che, in assenza di tale irregolarità, il procedimento sarebbe potuto pervenire ad un risultato diverso: è stato infatti affermato che tale principio non è applicabile alla violazione degli artt. 14, 15 e 34 della direttiva 2013/32/UE, in quanto tali disposizioni prevedono, in termini vincolanti, l'obbligo per gli Stati membri di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale, nonché norme specifiche e dettagliate sulle modalità con cui tale colloquio deve svolgersi, con la finalità di garantire che il richiedente sia invitato a fornire, in collaborazione con l'autorità responsabile, tutti gli elementi pertinenti per valutare l'ammissibilità e, se del caso, la fondatezza della sua domanda, in tal modo conferendo a tale colloquio un'importanza primaria nel procedimento in esame⁷².

6. I *nova* nella domanda reiterata

L'ultimo profilo di indagine concerne il problema dell'innovazione degli elementi posti a sostegno della richiesta di protezione, internazionale o complementare di diritto nazionale, nel caso di proposizione di domande reiterate.

⁶⁹ Cass., n. 26419 del 20 novembre 2020; Cass., n. 2626 del 2 febbraio 2018; Cass., n. 19759 del 9 agosto 2017; Cass., n. 17905 del 9 settembre 2016; Cass., n. 26157 del 12 dicembre 2014.

⁷⁰ Cass., n. 10786 del 17 aprile 2019.

⁷¹ Cass., S.U. n. 36596 del 25 novembre 2021.

⁷² Corte di Giustizia UE, sentenza 16 luglio 2020, C-517/17 Milkios Addis.

6.1. La disciplina delle domande reiterate

La reiterazione⁷³ della domanda di protezione è prevista e disciplinata dall'art. 40 della direttiva 2013/32/CE.

Secondo la direttiva, se una persona che ha chiesto protezione internazionale in uno Stato membro rilascia ulteriori dichiarazioni o reitera la domanda nello stesso Stato membro, questo esamina le ulteriori dichiarazioni o gli elementi della domanda reiterata nell'ambito dell'esame della precedente domanda o dell'esame della decisione in fase di revisione o di ricorso, nella misura in cui le autorità competenti possano tenere conto e prendere in considerazione tutti gli elementi che sono alla base delle ulteriori dichiarazioni o della domanda reiterata in tale ambito.

Per decidere dell'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera d), una domanda di protezione internazionale reiterata è *anzitutto sottoposta a esame preliminare per accertare se siano emersi o siano stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi rilevanti per l'esame dell'eventuale qualifica di beneficiario di protezione internazionale* a norma della direttiva 2011/95/UE.

Se l'esame preliminare permette di concludere che sono emersi o sono stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi che aumentano in modo significativo la probabilità che al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, la domanda è sottoposta a ulteriore esame; invece la domanda reiterata non sottoposta a ulteriore esame ai sensi del presente articolo va considerata inammissibile ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera d).

L'art. 29 del d.lgs. 25/2008⁷⁴ al comma 1, lettera b), prevede che la Commissione territoriale dichiari inammissibile la domanda e non proceda all'esame nel caso in cui il richiedente abbia reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine.

⁷³ La terminologia italiana («domanda reiterata») presenta una sfumatura lievemente diversa da quella che connota la traduzione del testo della direttiva nelle altre lingue principali dell'Unione. In inglese il termine usato è «*subsequent application*», in francese «*demandes ultérieures*», in tedesco «*Folgenträge*» tutte cioè nell'accezione di «domanda successiva». I termini usati dalle altre lingue dell'Unione paiono più oggettivi, privi della *nuance* vagamente deplorativa che sembra spirare dal concetto di reiterazione

⁷⁴ Nel testo risultante dalle modifiche introdotte prima dall'articolo 25, comma 1, lettera z), del d.lgs. 18.8.2015, n. 142 e poi dall'articolo 9, comma 1, lettera c), del d.l. 4.10.2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla legge 1.12.2018, n. 132.

A tal fine la domanda è sottoposta a esame preliminare da parte del Presidente della Commissione, diretto ad accertare se emergono o sono stati adottati, da parte del richiedente, nuovi elementi, rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale.

6.2. I nuovi elementi

Secondo la giurisprudenza di legittimità, i «*nuovi elementi*», alla cui allegazione l'art. 29, lett. b), del d.lgs. n. 25 del 2008 subordina l'ammissibilità della reiterazione della domanda di tutela, possono consistere, oltre che in nuovi fatti di persecuzione (o comunque in nuovi fatti costitutivi del diritto) successivi al rigetto della domanda da parte della competente commissione, anche in nuove prove dei medesimi fatti costitutivi, purché il richiedente non abbia potuto, senza sua colpa, produrle in precedenza in sede amministrativa o in quella giurisdizionale⁷⁵.

6.3. La casistica

Ci si chiede se uno straniero che abbia proposto domanda di protezione internazionale e di protezione umanitaria prima dell'entrata in vigore del d.l. 130/2020 e abbia subito il rigetto di entrambe le richieste possa presentare una domanda reiterata al fine di far valere il tasso di integrazione sociale nel frattempo maturato nella prospettiva della nuova e più favorevole disciplina.

Tale situazione potrebbe essersi verificata:

- a) perché la sua domanda è stata esaminata e definita in sede amministrativa senza impugnazione o in sede giurisdizionale prima dell'entrata in vigore del d.l.130/2020;
- b) perché la sua domanda era sottratta all'applicazione della disciplina del d.l. 130/2020 per effetto della norma transitoria di cui all'art. 15 (ossia: ricorso pendente dinanzi alla Corte di cassazione, o dinanzi alla sezione specializzata di Tribunale in sede di rinvio, o ancora dinanzi alla Corte di appello in secondo grado).

Indubbiamente l'evoluzione giurisprudenziale impressa dalla sentenza n. 24413/2021 delle Sezioni Unite ha sfumato in molti casi l'interesse dei richiedenti asilo «*integrati*» a coltivare questa prospettiva, almeno nei casi in cui la loro domanda sia stata proposta prima del 5 ottobre 2018. Essi infatti nel giudizio, anche pendente dinanzi alla Corte di cassazione, al Tribunale specializzato in sede di rinvio o alla Corte di appello in secondo grado, possono far valere l'integrazione

⁷⁵ Cass., n. 30791 del 29 ottobre 2021; Cass., n. 18440 del 9 luglio 2019; Cass., n. 5089 del 28 febbraio 2013.

sociale e lavorativa conseguita e il diritto al rispetto della vita privata e familiare ai fini della comparazione attenuata, giacché la relativa valutazione, seppur non pienamente coincidente, si avvicina moltissimo a quella richiesta ai fini del riconoscimento della nuova protezione complementare a titolo di protezione speciale.

Questo, ovviamente, laddove l'integrazione sia già stata maturata in precedenza e i relativi fatti costitutivi siano stati debitamente allegati e provati nel processo.

Diversa è la situazione di coloro che hanno presentato domanda di protezione internazionale fra il 5 ottobre 2018 e il 21 ottobre 2020, se non hanno potuto beneficiare della norma transitoria per il fatto che il loro processo pendeva in Cassazione o in sede di rinvio.

6.4. Il regime applicabile *ratione temporis* alla domanda reiterata

Quale regime si deve applicare *ratione temporis* a una domanda reiterata dal punto di vista della protezione complementare di diritto nazionale?

Quello vigente al momento della proposizione della domanda principale o quello, diverso e successivo, vigente al momento della reiterazione?

Non mi risultano, per ora, specifiche pronunce di legittimità sul punto⁷⁶.

Si potrebbe propendere per l'applicabilità del regime vigente al momento della proposizione della prima domanda di protezione che il richiedente ha inteso reiterare sulla base di nuovi elementi, fattuali o probatori, tenuto conto:

- a) dei principi espressi in linea generale dalla sentenza n. 29459 del 13 novembre 2019 delle Sezioni Unite;
- b) della natura e della conseguente logica ispiratrice della reiterazione, che si muove, con nuovi elementi, nel solco della domanda precedente.

La motivazione di una decisione della Cassazione⁷⁷ sembra deporre però in senso contrario, allorché è stato affermato che ove, durante la vigenza del d.l. n. 13 del 2017, convertito con modificazioni in l. n. 46 del 2017, venga reiterata la domanda di protezione internazionale, già presentata e rigettata quando era in vigore la disciplina precedente, la statuizione del tribunale sul ricorso contro la decisione di inammissibilità della Commissione territoriale non è appellabile ma ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 35 *bis*, comma 13, d.lgs. n. 25 del 2008, dovendosi dare applicazione al principio *tempus regit actum*, poiché la nuova

⁷⁶ La questione era stata posta espressamente sul tappeto con il ricorso esaminato dall'ordinanza della Cass., n. 37301 del 29 novembre 2021, ma è rimasta assorbita per effetto dell'accoglimento di un altro motivo.

⁷⁷ Cass., n. 20629 del 19 luglio 2021.

domanda, come pure l'impugnazione della relativa decisione in sede amministrativa, sono del tutto autonome rispetto a quelle in origine formulate.

Occorre peraltro considerare che la questione risolta, ineccepibilmente, con la pronuncia citata, aveva rilievo meramente processuale circa competenza, rito e regime impugnatorio, e non riguardava invece il diritto sostanziale applicabile. *Pour cause*, l'ordinanza citata afferma «con la conseguenza che, ai fini del regime di impugnazione, deve applicarsi la legge processuale vigente al momento dell'impugnazione della nuova decisione della Commissione, secondo il principio *tempus regit actum*».

Tuttavia, anche se dovesse ritenere – come criterio generale – che il regime di protezione complementare applicabile alla domanda reiterata sia quello vigente al momento della presentazione della prima domanda, tuttavia tale regola generale parrebbe subir deroga ad opera della norma transitoria contenuta nell'art. 15 del d.l.130/2020, che dispone l'applicabilità generalizzata del nuovo regime anche ai procedimenti amministrativi pendenti.

Sarebbe del tutto illogica l'applicazione di un regime sostanziale meno favorevole alle nuove domande reiterate, che non si applica né ai procedimenti amministrativi pendenti, né a quelli proposti *ex novo*.

Le conseguenze discriminatorie, poi, sarebbero gravissime per coloro che hanno visto esaurirsi il procedimento nell'arco temporale che va dal 5 ottobre 2018 al 21 ottobre 2020, in cui era vigente la protezione speciale più restrittiva ex d.l. 113/2018, e parrebbero tali da porre il serio dubbio della legittimità costituzionale della disciplina se interpretata in tal senso.

Quindi: o perché alla domanda reiterata presentata dopo il 21 ottobre 2020 si applica il regime di protezione complementare vigente al momento della reiterazione, o perché comunque ad essa si applica la nuova disciplina in forza di una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina transitoria dell'art. 15 d.l. 130/2020, le conclusioni non muterebbero.

6.5. La domanda reiterata di protezione complementare autonoma

È ammissibile una domanda reiterata volta ad ottenere la protezione complementare di diritto nazionale, ossia la nuova protezione speciale, sorretta da nuovi elementi, di fatto o probatori relativi solamente ad essa (volti a comprovare il radicamento e l'integrazione sociale, lavorativa o familiare in Italia) che non si accompagni a una rinnovata richiesta di protezione internazionale maggiore?

La risposta positiva parrebbe giustificata dall'omologazione nel nostro ordinamento del percorso per ottenere l'una e l'altra protezione e dalla evidente insensatezza di pretendere la reiterata proposizione di una domanda infondata di protezione internazionale solo per ottenere l'esame della reiterata richiesta di

protezione complementare nazionale e beneficiare del nuovo e più favorevole regime.

L'alternativa sarebbe evidentemente la presentazione al Questore ai sensi dell'art. 19, comma 1.2., secondo periodo, di una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale, sulla base della allegazione dei requisiti di cui ai commi 1 e 1.1. (ipotesi nella quale è previsto il previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale).

6.6. La richiesta al Questore ex art. 19, comma 1.2

In dottrina⁷⁸ si è affermato che il permesso di soggiorno per protezione speciale di cui all'art. 19, comma 1.2, T.U.I., è rilasciabile direttamente dal Questore, al di fuori del percorso di protezione internazionale, con soluzione ritenuta ragionevole perché volta ad assicurare tempi di decisione più celeri, senza intasare le procedure della protezione internazionale e altrettanto ragionevolmente sorretta dalla previsione della richiesta di parere alle Commissioni territoriali in considerazione dell'esorbitanza dalle competenze dei questori della conoscenza aggiornata dei requisiti di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19.

Tale interpretazione non ha trovato inizialmente applicazione, prima, a causa della circolare n. 8414 della Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo del 3.11.2020, secondo cui *«in attesa di approfondimenti e chiarimenti che saranno proposti da questa commissione nazionale, in sede di conversione del decreto legge, si invitano le CT a posticipare all'esito di successive indicazioni la valutazione dei casi pervenuti dalle questure esclusivamente attinenti all'ipotesi prevista»*; poi, a causa della circolare 19 marzo 2021 del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, che aveva interpretato la disposizione dell'art. 19, comma 1.2 nel senso che *«il primo capoverso disciplina il caso in cui la CT, nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i presupposti di cui ai commi 1 e 1.1, trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale (art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008); il secondo capoverso, viceversa, disciplina il caso in cui lo straniero abbia presentato un'istanza di permesso di soggiorno per altro motivo (ad es. studio, lavoro, ecc.). In tale circostanza il questore qualora ritenga che possano ricorrere il requisito di cui ai commi 1 e 1.1, previo parere della CT, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale»*; dalla lettura della norma, pertanto, si ritiene che la tipologia di permesso di soggiorno per protezione speciale di

⁷⁸ Ampiamente in argomento G. SAVIO, *«Le controversie in materia di rilascio/rinnovo dei permessi di soggiorno per motivi familiari e il bilanciamento con i motivi di sicurezza»*, Corso P21042, SSM. 21.9.2021.

cui all'art. 19, co. 1.2, non possa essere richiesta direttamente al questore; consegue che "le istanze di protezione speciale ... presentate in via autonoma direttamente al questore, dovranno essere considerate irricevibili attraverso l'adozione di un provvedimento (anche in forma semplificata contestuale alla presentazione dell'istanza)".

Tale orientamento restrittivo è stato superato dalla circolare del 19.7.2021 del Ministero dell'Interno-Commissione nazionale per il diritto di asilo, che, adeguandosi alle indicazioni provenienti dalla relazione su novità normative dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, ha riconosciuto che il legislatore non ha inteso « *porre veti o condizioni all'attivabilità di una diretta istanza di protezione speciale che sia autonoma da forme più penetranti di protezione internazionale in senso stretto.*»

La stessa circolare con riferimento alle domande reiterate ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 25 del 2008, alla luce del chiaro carattere complementare dell'istituto di protezione complementare oggetto di novellazione rispetto alle forme di protezione complementare ne ammette la proposizione anche se fondate solamente sui nuovi elementi riconducibili ai presupposti di cui all'art. 19.1.1., T.U.I., e non già su elementi riconducibili *stricto sensu* su elementi attinenti alla protezione internazionale.

In tal modo viene avallata l'interpretazione sopra prospettata.

6.7. Esiste un giudicato amministrativo?

Questa domanda mira a chiarire che valore abbia una decisione emessa in sede amministrativa dalla Commissione territoriale non impugnata dal richiedente asilo attinto da una pronuncia di diniego (in tutto o in parte) della protezione richiesta o impugnata in ritardo.

Certamente il parlare di «*giudicato amministrativo*» nel nostro ordinamento contiene un ossimoro e anzi una vera e propria contraddizione.

Lo è un po' meno nella prospettiva del diritto unionale che, come abbiamo visto, non impone agli Stati membri di attribuire la cognizione delle domande di riconoscimento della protezione internazionale ad organi di natura giurisdizionale nelle procedure di primo grado, ammettendo che essa sia demandata a organi amministrativi o para-giurisdizionali, seppur dotati della necessaria competenza tecnica.

Poiché comunque nel nostro ordinamento si è optato per una procedura di primo grado di carattere amministrativo e una procedura di impugnazione di carattere giurisdizionale di merito, le cui pronunce sono suscettibili di ulteriore

controllo di legittimità⁷⁹, si dovrebbe discorrere più propriamente di preclusioni all'esame della domanda.

Per un verso, si è detto ampiamente in precedenza, nell'ambito della procedura giurisdizionale, conseguente a quella amministrativa, il nostro ordinamento ammette la proposizione di modifiche dei fatti costitutivi della domanda e si discute solamente delle conseguenze procedurali che si determinano nel procedimento giurisdizionale. E ciò si salda al principio generale, più volte focalizzato, che il giudizio di cognizione dinanzi al giudice ordinario è giudizio sulla sussistenza di un diritto soggettivo e non un giudizio di impugnazione del provvedimento amministrativo.

Quid juris nel caso in cui il richiedente non impugni il provvedimento di diniego della Commissione ovvero lo impugni tardivamente con la conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso? Interrogativo questo che vale, *mutatis mutandis*, anche per il caso in cui il richiedente non impugni la decisione della Commissione che, pur riconoscendogli la protezione complementare di diritto interno, gli abbia negato le protezioni maggiori.

La risposta sta nel diritto europeo e nel diritto nazionale derivato: il richiedente può ripresentare una domanda successiva, per noi «*reiterata*», a patto di introdurre – a pena di inammissibilità – «*nuovi elementi*», che, come si rammentato possono consistere in circostanze di fatto non dedotte in precedenza o anche in nuove prove delle circostanze di fatto già dedotte nella precedente fase amministrativa.

Le nuove circostanze di fatto non debbono essere necessariamente sopravvenute a pena di inammissibilità, ma indubbiamente la deduzione di nuove circostanze di fatto preesistenti, senza una ragionevole spiegazione del motivo per cui sono state precedentemente taciute, riverbera significativamente sull'attendibilità delle dichiarazioni⁸⁰: si tratta però di un aspetto che attiene alla fondatezza e non all'ammissibilità della domanda reiterata.

Si è anche osservato in precedenza che la domanda può essere reiterata ai soli fini del conseguimento della protezione complementare di diritto nazionale e in tal caso i nuovi elementi possono attenerne all'integrazione sociale e lavorativa nel frattempo maturata, rilevante ai fini della tutela del diritto alla vita privata e familiare.

⁷⁹ Per il diritto europeo non è necessaria la sindacabilità delle decisioni giurisdizionali da un giudice supremo di legittimità, conseguenza che invece discende nel nostro ordinamento dall'art. 111 della Costituzione.

⁸⁰ Art. 3, comma 1 e comma 5, lettere b) e d), d.lgs. 251/2007.

Questi approdi non trovano pertinente smentita nei principi seguiti dalla Corte di Cassazione in una decisione⁸¹ resa in tema di impugnazione del provvedimento del Questore di rigetto del rinnovo di un permesso di soggiorno per motivi familiari.

In quella sede è stato affermato che l'accertamento giurisdizionale è strettamente vincolato alla motivazione del provvedimento amministrativo, che, unitamente ai motivi di impugnazione, delimita, *ex art. 112 c.p.c.*, il *thema decidendum*; ciò ha condotto la Corte a dichiarare nulla la sentenza (nella specie della corte d'appello) che, nel confermare il rigetto da parte del Questore della domanda di rinnovo del soggiorno, motivata sulla base dell'accertata mancanza del requisito della convivenza, abbia invece motivato la propria pronuncia sulla base della natura fittizia del vincolo coniugale.

Tale decisione non lascia immuni da qualche perplessità, ove si rifletta che anche i giudizi proposti *ex art. 16 d.lgs. 1.9.2011 n. 150* e *art. 8 d.lgs. 6.2.2007, n. 30*, in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari riguardano pur sempre un diritto soggettivo e come tali sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria in regime di cognizione piena.

Nel caso in questione, non si potrebbe comunque ravvisare un «*giudicato amministrativo*», ma semmai una preclusione per l'Amministrazione a far valere nel giudizio ordinario una ragione di diniego del permesso di soggiorno o diversa da quella opposta in sede amministrativa.

In ogni caso tali principi, quand'anche esatti con riferimento alla materia in cui sono stati affermati, non possono valere nell'ambito della protezione internazionale, laddove il giudice sicuramente può riconoscere o negare il diritto per ragioni diverse da quelle prospettate dalla Commissione territoriale.

⁸¹ Cass., n. 10925 del 18 aprile 2019.

Alcune criticità emerse nel primo anno di applicazione della nuova protezione speciale

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul contesto generale. – 2. Quali problematiche per la nuova protezione speciale? – 2.1. Iniziale negazione del doppio percorso – 2.2. I provvedimenti di irricevibilità. – 3. I tempi del procedimento. – 3.1. La presentazione della domanda: le modalità. – 3.2. La definizione del procedimento. – 3.3. La giurisprudenza in materia di tempi del procedimento. – 4. Il passaporto e il permesso protezione speciale. – 5. La convertibilità del permesso per protezione speciale. – 6. La domanda di protezione speciale e le procedure cd. Dublino. – 7. Prime conclusioni.

1. Breve premessa sul contesto generale

La presenza in Italia di persone straniere è di 5.013.215 unità, pari a poco più dell'8,4% della popolazione italiana (dati ISTAT 2021) ma quasi la metà è composta da cittadini/e comunitari/e, dunque con uno statuto giuridico diverso da quello dei/delle cittadini/e dei Paesi terzi. Pertanto, la popolazione straniera non comunitaria presente in Italia – pari a 3.615.826 – rappresenta tra il 4 e il 4,5% della popolazione italiana e il 63,1% ha un permesso di lungo periodo.

Tra la comunità straniera, particolare rilevanza ha assunto nell'ultimo decennio, sotto vari profili, la sottocategoria dei richiedenti asilo. Dal 1990 al 2020 le persone riconosciute titolari di protezione internazionale o umanitaria/speciale sono state 309.332 su 895.781 richiedenti asilo in 30 anni¹.

Al 30 dicembre 2021 i richiedenti asilo sono 56.388 a fronte dei 26.963 del 2020².

Quanto agli esiti delle domande davanti alle Commissioni territoriali, se nel 1990 il tasso di riconoscimento del rifugio politico (all'epoca esisteva solo questo istituto) era del 58%, negli ultimi anni queste sono le percentuali:

¹ http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quaderno_statistico_per_gli_anni_1990_2020.pdf.

² http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/confronto_anni_2020_2021_dato_non_ancora_consolidato.pdf.

- 2017: rifugio 8% – protezione sussidiaria 9% – protezione umanitaria 25%
- 2018: rifugio 7% – protezione sussidiaria 5% – protezione umanitaria 21%
- 2019: rifugio 11% – protezione sussidiaria 7% – protezione speciale 1%
- 2020: rifugio 11% – protezione sussidiaria 12% – protezione speciale 2%

Quanto alle richieste rigettate dalle Commissioni territoriali:

- nel 2017: il 52%
- nel 2018 il 59%
- nel 2019 il 65%
- nel 2020 il 44%

Statistiche alle quali si deve, però, aggiungere un ulteriore 38% di riconoscimenti in sede giudiziale, nei giudizi contro i dinieghi³.

Fatte queste premesse di tipo generale, ai fini della odierna analisi emerge un significativo elemento: dal 2019 la 3^a forma di protezione prevista dall'ordinamento italiano, diversa dal rifugio e dalla protezione sussidiaria, cioè la protezione speciale, ha avuto una drastica riduzione, per effetto della riforma recata dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, il cd. primo decreto sicurezza, che ha abrogato la protezione umanitaria, fino ad allora prevista in generale dall'art. 5, co. 6 TU 286/98 e applicabile nello specifico del procedimento di protezione internazionale per il richiamo contenuto nell'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008.⁴

Con il DL 21 ottobre 2020, n. 130, cd. decreto Lamorgese, sono state apportate (tra le altre) le seguenti modifiche:

- a) è stato parzialmente ripristinato l'art. 5, co. 6 TU d.lgs. 286/98, con il solo richiamo al dovere di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali e non anche dei seri motivi di carattere umanitario; inoltre non è stata ripristinata neppure l'espressa previsione della competenza del Questore al rilascio del titolo di soggiorno ex art. 5, co. 6 TU;
- b) è stato innovato l'art. 19 TU d.lgs. 286/98, ampliando il comma 1, riscrivendo il comma 1.1 e introducendo il comma 1.2.

Modifica dell'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 che ha radicalmente trasformato l'istituto della protezione speciale, sia nei suoi presupposti, che nella disciplina.

Quanto ai primi, i commi 1 e 1.1 delineano un limite assoluto, inderogabile, del potere statale di allontanare o respingere una persona straniera in presenza di:

³ M. GIOVANNETTI, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari* in *Diritti senza confini* 2021 – <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2883/giovanetti-su-dati-protezione-internazionale-30-04-2021.pdf>.

⁴ Per un maggiore approfondimento sia consentito rinviare al mio, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2/2021 on line.

- comma 1: rischio di persecuzione, nel Paese di origine o in quello di rinvio, per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere,⁵ di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali⁶;

- comma 1.1. prima parte: al rischio di assoggettamento a tortura è stato aggiunto il rischio di trattamenti inumani e degradanti, con evidente evocazione dell'art. 3 Convenzione europea dei diritti umani, che, è noto, pone un divieto assoluto inderogabile ai sensi dell'art. 15 della stessa Convenzione, rispetto a cui recedono anche le esigenze dello Stato afferenti alla sicurezza dello Stato (Corte EDU, Grande Chambre, 23.2.2012, Hirsi Jamaa c. Italia; Corte EDU 23.2.2016, n. 44883/09).

In sede di conversione del D.L. n. 130 in legge n. 173/2020 è stato inserito, nel medesimo primo periodo del comma 1.1., il divieto di espulsione o respingimento in presenza di obblighi costituzionali o internazionali di cui all'art. 5, co. 6 TU 286/98 (ripristinato dallo stesso D.L. n. 130/2020);

- comma 1.1. seconda parte: il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con uniche eccezioni relative a ragioni di sicurezza nazionale, ordine e sicurezza pubblica o di protezione della salute ma «nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

Per quanto riguarda, invece, la disciplina per il riconoscimento del diritto alla protezione speciale, il comma 1.2. dell'art. 19 TU d.lgs. 286/98 prevede due distinti percorsi: all'interno della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, o con domanda presentata direttamente al Questore, in quest'ultimo caso con parere obbligatorio della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, che in tal modo assume in sé il potere valutativo in entrambi i percorsi.

Inoltre, la novella ha indicato la durata biennale del permesso per protezione speciale e la sua convertibilità, sussistendo i requisiti di legge (art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 e art. 6, co. 1 *bis* TU immigrazione).

Rispetto alla precedente protezione umanitaria, il nuovo istituto della protezione speciale non richiede più la comparazione ritenuta necessaria dalla giurisprudenza della Cassazione tra la condizione attuale e il rischio di violazioni dei diritti fondamentali cui la persona straniera sarebbe esposta in caso di rimpatrio,

⁵ Introdotti dal D.L. n. 130/2020, conv. in legge n. 173/2020.

⁶ Motivi solo in parte coincidenti con quelli indicati per il riconoscimento del rifugio politico: “*razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica*”.

in quanto ora è il rimpatrio in sé che può determinare la lesione dei diritti compresi nei divieti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1 TUI.

In conclusione di questa brevissima premessa (l'analisi del nuovo istituto della protezione speciale è già trattato nella relazione della Pres. Acierno), è utile ricordare che il D.L. n. 130/2020 ha modificato anche la disciplina di permessi di soggiorno fino ad allora ritenuti temporanei e/o non convertibili (permessi per calamità, *ex art. 20-bis TU*, per residenza elettiva, *ex art. 11, co. 1 lett. c-quater*) d.p.r. 394/99, per acquisto cittadinanza o riconoscimento apolidia, *ex art. 11, co. 1 lett. c*) d.p.r. 394/99, per attività sportiva, *ex art. 27, co. 1, lettera p*) TU, per lavoro artistico, *ex art. 27, co. 1, lettere m), n) ed o*), per motivi religiosi, *ex art. 5, co. 2 TU*, per assistenza di minori, *ex art. 31, co. 3 TU* e, infine, in sede di conversione in legge è stato reso convertibile anche il permesso di soggiorno per cure mediche, *ex art. 19, co. 2-bis TU*).

Modifiche, tutte, che hanno potenzialmente reso estremamente flessibile il sistema regolatorio del diritto al soggiorno delle persone straniere, consentendo l'adattamento giuridico della propria condizione, conseguente all'evolversi del progetto esistenziale, non più cristallizzata al solo motivo dell'ingresso in Italia e/o al motivo dell'acquisizione originaria di un titolo di soggiorno.

2. Quali problematiche per la nuova protezione speciale?

L'applicazione del nuovo istituto della protezione speciale ha presentato subito serie criticità, soprattutto con riguardo a uno dei due percorsi di riconoscimento indicati dall'art. 19, co. 1.2. TU 286/98, tali da indurre il rischio di vanificazione della sua effettività, complice anche una insufficiente disciplina regolatoria. Queste le principali problematiche.

2.1. Iniziale negazione del doppio percorso

Per effetto di una circolare della CNA del 3.11.2020⁷, le questure non hanno inizialmente accettato domande dirette al Questore, espressamente motivate per protezione speciale, in quanto in essa si affermava che detta ipotesi *«ricorre nel caso in cui il Questore, “in sede di esame di un’istanza per il rilascio di un permesso di soggiorno AD ALTRO TITOLO” ritenga che sussistano le condizioni di cui ai commi 1 ed 1.1. dell’art. 19 TUI e, al riguardo, chiede il “parere” della Commissione territoriale»*.

⁷ Il testo della Nota della CNA è allegata alla rubrica dell'Osservatorio italiano, a cura di P. Bonetti, in Diritto, immigrazione e cittadinanza n. 1/2021 on line, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/osservatori/osservatorio-italiano>.

Interpretazione che ha indotto immediatamente un contenzioso giudiziario, all'esito del quale solo il 19 luglio 2021 è intervenuta un'altra Circolare della CNA⁸, che ha riconosciuto l'autonomia del doppio percorso e dunque il diritto a presentare la domanda al di fuori del procedimento di protezione internazionale, espressamente motivata per protezione speciale.

Dopo detta circolare è riconosciuto espressamente il doppio e autonomo percorso.

2.2. I provvedimenti di irricevibilità

Già in quella prima fase si è determinata una prassi per la quale le questure o non accettano la formalizzazione delle domande o emettono provvedimenti di irricevibilità qualora ritengano, per vari motivi, di non accettarla (prassi, per la verità, estesa a tutti i procedimenti di rilascio o rinnovo di altre tipologie di permesso di soggiorno, per le quali la questura ritiene non possibile la richiesta e/o la sua presentazione formale).

Provvedimenti che paiono fondarsi sull'applicazione dell'art. 2, co. 1 legge 241/90, a mente del quale *«Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»*.

La manifesta irricevibilità, tuttavia, presuppone l'assoluta mancanza dei presupposti per l'avvio della stessa istruttoria (domanda non prevista dalla legge – mancanza assoluta di elementi identificativi del fatto, assenza di titolarità soggettiva, ecc.) e in quei casi, la PA – che comunque ha l'obbligo di concludere il procedimento a fronte di un'istanza del privato – può omettere l'istruttoria e adottare un provvedimento in forma semplificata. Secondo la dottrina, la forma semplificata non significa che possa essere omessa la motivazione, la quale *«deve comunque essere completa, esaustiva, chiara e idonea a spiegare il 'perché' della scelta assunta. La stessa giurisprudenza, alla luce di quanto previsto dalla norma, ha ribadito che il «sintetico riferimento» deve riguardare sia il punto di fatto che di diritto. Tramite la motivazione devono essere esternati i presupposti – fattuali – della decisione che caratterizzano la fattispecie e la differenziano dalle*

⁸ https://www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2022/02/circolare11732020art19tui_19072021.pdf.

*altre. Solo così si può evitare il pericolo che le amministrazioni meno virtuose utilizzino inutilmente motivazioni insufficienti o superficiali riparandosi dietro ragioni di semplificazione*⁹.

Imprescindibile è, dunque, la motivazione del provvedimento di irricevibilità, che non può limitarsi a formule standardizzate, né può essere omesso un provvedimento formale.

Nello specifico del diritto dell'immigrazione e dell'asilo merita di essere segnalata la pronuncia del Tribunale di Roma (in tema di domanda reiterata di protezione internazionale), secondo cui *«l'amministrazione non può con un atteggiamento ostruzionistico o meramente inerte impedire al privato di ottenere un provvedimento motivato in risposta ad una propria istanza, precludendogli così – in caso di diniego – l'accesso ai rimedi previsti dall'ordinamento. Di qui la fondatezza della pretesa della ricorrente di ottenere la ricezione della domanda e la sua trasmissione alla competente commissione territoriale.»* (Trib. Roma 25.11.2019 RG. 24404/2019).

Non solo anche i provvedimenti di irricevibilità devono essere motivati, ma nello specifico del diritto dell'immigrazione devono essere residualissimi, perché la loro applicazione incide sulla condizione giuridica della persona straniera esponendola immediatamente al rischio di rimpatrio, in quanto si trova immediatamente priva di titolo legittimante il soggiorno e dunque applicabile quanto disposto dall'art. 13 TU immigrazione d.lgs. 286/98.

Da segnalare, in proposito, la giurisprudenza che si sta formando sull'irricevibilità, secondo cui l'applicazione dell'art. 2 legge 241/90 deve essere di stretta interpretazione in materia di diritti soggettivi devoluti alla competenza del giudice ordinario, perché un'estensione della sua applicazione *«rischierebbe di sottrarre la domanda al proprio giudice naturale»*.

Così, infatti, Trib. Bologna 29.12.2021 RG. 5058/2021: *«la ravvisata carenza di documentazione, per quanto rilevante o addirittura decisiva ai fini della decisione, non può mai dare luogo a una pronuncia semplificata di irricevibilità (o inammissibilità), atteso che tale forma può essere adottata soltanto se già sul piano delle allegazioni dello stesso ricorrente emerge la radicale carenza degli stessi presupposti giuridici del procedimento, ossia emerge ictu oculi la carenza della stessa titolarità del diritto soggettivo in capo al ricorrente (ad esempio: istanza proposta da un cittadino italiano), ma non quando una istanza sia proposta da un soggetto astrattamente legittimato ad agire, posto che in tal caso*

⁹ La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali, di M.S. BONOMI – Università Roma Tre, pag. 44-45 <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/05/moti-bono.pdf>.

ogni valutazione in ordine alla sufficienza della documentazione prodotta ai fini dell'accertamento in concreto del diritto soggettivo, attiene evidentemente al merito».

Altre decisioni che riguardano provvedimenti di irricevibilità: Trib. Bologna 14.12.2021 RG.13474/2021 (irricevibilità domanda di protezione speciale per ex MSNA) e Trib. Bologna 29.12.2021 RG. 15058/2021 (irricevibilità per mancanza passaporto).

Dunque, se una persona straniera si presenta in questura per formalizzare la domanda di permesso per protezione speciale (la regola vale per qualunque domanda di permesso di soggiorno) la questura deve avviare formalmente il procedimento nel rispetto della legge 241/90 e:

- rilasciare la ricevuta (cedolino)
- chiedere eventuali documenti integrativi, laddove ritenuti insufficienti quelli prodotti (art. 6 legge 241/90)
- o emettere preavvisi di rigetto indicando esattamente il motivo per cui si intende rifiutare la domanda (art. 10-*bis* legge 241/90), così consentendo la piena partecipazione procedimentale all'interessato/a.

Regole procedurali che valgono a maggior ragione per il permesso per protezione speciale, che sottende una condizione di divieti assoluti e inderogabili, o derogabili solo per tassative ipotesi, rispetto ai quali deve essere garantito il diritto alla partecipazione del destinatario, oltre all'accertamento del diritto nel rispetto delle competenze indicate dal legislatore.

Va considerato, peraltro, che nel procedimento del permesso per protezione speciale richiesto direttamente al Questore è obbligatorio e vincolante il parere della CT e pertanto, nel caso, dovrà essere questo organo a rilevare eventuali carenze documentali, eventualmente in contraddittorio con l'interessato.

Il Questore non può prescindere da quel parere, anche relativamente alla ritenuta carenza documentale. I presupposti, infatti, per la protezione speciale sono di stretta competenza della Commissione territoriale, che valuta la sussistenza del diritto anche al di là degli elementi strettamente documentali:

Si pensi, ad esempio, alla rilevanza dell'attività lavorativa svolta "in nero" ma senza accertamento giudiziale: la CT può valutare la fondatezza dell'attività lavorativa svolta se la persona offre elementi precisi della stessa, eventualmente inviando all'Ispettorato del lavoro la denuncia se ravvisa elementi di reato (art. 22, co. 12 TU 286/98).

In presenza di pregiudizi penali, il bilanciamento tra essi e il diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 19, co. 1.1 ultima parte, spetta alla CT, a cui la questura deve inviare accertamenti aggiornati (sul punto: cfr. anche circolare CNA 19.7.2021).

Si pensi anche alle ipotesi di cui ai commi 1 e 1.1 prima parte dell'art. 19: non necessariamente si è in grado di dimostrare documentalmente l'esistenza di quei rischi, che tuttavia presuppongono divieti inderogabili e assoluti.

Questo significa che la questura, all'atto della richiesta di formalizzazione della domanda di permesso per protezione speciale, non può dichiarare irricevibile la domanda neppure se ritenuta priva di elementi probatori, perché già quella iniziale valutazione non è di sua competenza, ma deve attivare il sub procedimento per il parere della CT, rispettando solo in tal modo sia la legge sul procedimento amministrativo, sia lo specifico procedimento della protezione speciale e la ripartizione di competenze.

Nella circolare 19 luglio 2021 della CNA si precisa la distinzione tra provvedimento di inammissibilità e quello di infondatezza:

«Quanto ai limiti di ammissibilità delle istanze, si deve osservare che il concetto di “ammissibilità” è ontologicamente e giuridicamente diverso da quello di “fondatezza”, in quanto affinché una domanda sia “ammissibile”, essa deve risultare corredata degli elementi che, SECONDO IL RICHIEDENTE, sostengono il proprio diritto; pertanto, qualora tali elementi siano indicati e presenti, l'istanza dovrà essere ritenuta ammissibile e sottoposta alla valutazione dal competente Collegio territoriale.» Tuttavia, in modo forse ambiguo, nella medesima circolare si afferma che *«non può essere richiesto alle Questure di procedere all'inoltro ai Collegi territoriali di istanze per protezione speciale che risultino prive palesemente e insanabilmente, sia pur ex officio, di requisiti, ancorché minimi, di valutabilità in base alle specifiche condizioni necessarie per la concessione della protezione speciale.»* (pag.6).

Va, inoltre, segnalato che con circolare del 18 gennaio 2022 il Ministero dell'interno precisa che *«la mera carenza documentale nell'istruttoria della istanza presentata ai sensi dell'articolo. 19 comma 1.2 non può essere considerata quale unica causa di irricevibilità della stessa»*.

3. I tempi del procedimento

Nella Circolare 19.7.2021 della CNA si afferma che la questura deve inviare tempestivamente alla Commissione territoriale per il parere e che detto organo lo esprima entro 30 gg. dalla ricezione della documentazione (circolare pag. 4). Tempi che nella prassi risultano per gran parte disattesi, con le conseguenze pregiudizievoli di cui si parlerà nel proseguo.

Ancor prima, tuttavia, è la stessa richiesta di appuntamento per la presentazione della domanda di permesso per protezione speciale, diretta al Questore, che presenta serie criticità, oltre ai tempi lunghi di definizione dell'intero procedimento.

3.1. La presentazione della domanda: le modalità

Vi è una difformità di prassi nelle varie questure, in quanto vi sono quelle davanti alle quali si può presentare domanda direttamente allo Sportello Immigrazione, altre per le quali non è consentito, rendendo necessario l'inoltro di PEC e dunque l'intervento di un legale o di un'associazione, ma ovviamente non è una modalità utilizzabile indistintamente.

In altri casi, la domanda avviene telematicamente con il sistema, ad esempio, del PrenotaFacile (che di per sé non è affatto facile). A Bologna, ad esempio, la domanda può essere presentata previo appuntamento da acquisire personalmente nella giornata del lunedì (dalle 15 alle 17), solo in presenza di passaporto, e viene rilasciato un foglio appuntamento a distanza di mesi. Foglio/appuntamento privo di dati anagrafici del/della richiedente.

In tutti i casi, al di là della modalità di ogni questura, i tempi per la formalizzazione della domanda non sono coerenti né con le regole di cui alla legge 241/90, né con il diritto alla protezione, in quanto la persona è nelle more espellibile.

La richiesta di appuntamento, infatti, non equivale alla prova di avere attivato il procedimento, è documento totalmente diverso dal cedolino.

Si evidenzia che l'art. 18-bis legge 241/90 stabilisce, come regola generale, che *“Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza. Se la ricevuta contiene le informazioni di cui all'articolo 8, essa costituisce comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 7. La data di protocollazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione. Le istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente.”* (comma 1).

In termini analoghi anche l'art. 9, co. 7 d.p.r. 394/99 (Regolamento di attuazione del TU immigrazione), a mente del quale *“L'addetto alla ricezione, esaminati i documenti esibiti, ed accertata l'identità dei richiedenti, rilascia un esemplare della scheda di cui al comma 1, munita di fotografia dell'interessato e del timbro datario dell'ufficio e della sigla dell'addetto alla ricezione, quale ricevuta, indicando il giorno in cui potrà essere ritirato il permesso di soggiorno, con l'avvertenza che all'atto del ritiro dovrà essere esibita la documentazione attestante l'assolvimento degli obblighi in materia sanitaria di cui all'articolo 34, comma 3, del testo unico”*.

Chiarissimi sono i precetti normativi: ogni persona che intenda presentare un'istanza alla PA ha il diritto di averne ricevuta, la cui finalità è sia di comprovare la stessa, sia di avere la definizione del procedimento nei termini di legge, ex art. 2 legge 241/90 e con le garanzie di cui agli artt. 3 e 10-*bis* della medesima legge. Regola totalmente violata alla luce della prassi dianzi descritta.

3.2. La definizione del procedimento

Una volta che si riesca a formalizzare la richiesta di appuntamento, la conclusione del procedimento ha tempi lunghi, con gravi conseguenze, in quanto:

nelle more del primo rilascio non è pacifico che sia consentito lo svolgimento di attività lavorativa regolare;

impossibile l'esercizio dei diritti civili connessi alla titolarità di un permesso o di un cedolino (iscrizione SSN – apertura conti correnti – stipula contratti locazione, ecc.)

Diritti la cui negazione è di per sé grave se l'attesa di definizione del procedimento si protrae a lungo nel tempo, ma nel caso della protezione speciale si produce un'ulteriore criticità in quanto il loro esercizio rappresenta spesso il presupposto per il riconoscimento della protezione speciale, soprattutto per coloro che non hanno avuto un pregresso permesso di soggiorno.

Al riguardo, va considerato che il diritto a lavorare nelle more del procedimento di primo rilascio del permesso per protezione speciale è questione complessa, dato il silenzio della legge, ma si ritiene ragionevole applicarsi in analogia la previsione di cui all'art. 5, co. 9-*bis* TU 286/98, già applicato analogicamente dai Ministeri per il primo rilascio del permesso di soggiorno per famiglia senza distinguere se all'esito della procedura di ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 TUI o per la cd. coesione familiare ex art. 5, co. 5 TUI¹⁰. Infatti, la cir-

¹⁰ art. 5, comma 9-*bis* TU d.lgs. 286/98: "In attesa del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, anche ove non venga rispettato il termine di sessanta giorni di cui al precedente comma, il lavoratore straniero può legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente l'attività lavorativa fino ad eventuale comunicazione dell'Autorità di pubblica sicurezza, da notificare anche al datore di lavoro, con l'indicazione dell'esistenza dei motivi ostativi al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno. L'attività di lavoro di cui sopra può svolgersi alle seguenti condizioni:

a) che la richiesta del rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro sia stata effettuata dal lavoratore straniero all'atto della stipula del contratto di soggiorno, secondo le modalità previste nel regolamento d'attuazione, ovvero, nel caso di rinnovo, la richiesta sia stata presentata prima della scadenza del permesso, ai sensi del precedente comma 4, e dell'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1999, n. 394, o entro sessanta giorni dalla scadenza dello stesso;

colare congiunta 7.5.2018 del Ministero del lavoro l'interno e dell'Ispettorato del lavoro¹¹ riconosce la “*ammissibilità dello svolgimento di attività lavorativa nelle more del rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari.*”, in quanto quel titolo di soggiorno consente di per sé lo svolgimento di attività lavorativa senza necessità di conversione, per cui si applica analogicamente l'art. 5, co. 9-*bis* TU. Secondo il Ministero, dunque, l'attività lavorativa può essere svolta con la semplice ricevuta della richiesta postale di rilascio del permesso di soggiorno.

La stessa *ratio* può/deve valere per la protezione già nelle more del primo rilascio, in quanto:

- l'attività lavorativa è consentita espressamente per il permesso protezione speciale (art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008), che, del resto, è convertibile (art. 6, co. 1-*bis* lett. TU 286/98 – sul punto: si veda nel proseguo)

- l'attività lavorativa è uno degli elementi in relazione ai quali il diritto alla protezione speciale può essere riconosciuto

- è interesse dello Stato favorire e garantire che l'attività lavorativa si svolga regolarmente e non in nero e che la persona non gravi sul sistema assistenziale pubblico

La questione è di particolare importanza alla luce anche dei lunghi tempi di definizione del procedimento, in quanto ne attenuerebbe quantomeno gli effetti pregiudizievoli.

Va considerato che, a mente dell'art. 5, co. 9 TU 286/98 il Questore rilascia il permesso di soggiorno entro 60 gg. dalla richiesta.

3.3. La giurisprudenza in materia di tempi del procedimento

Con riguardo alla presentazione delle domande reiterate di protezione internazionale, il Tribunale di Bologna ha ritenuto che le modalità organizzative della questura non possono essere di impedimento alla presentazione delle domande, le quali devono essere consentite nel termine di legge. Tribunale secondo cui anche “*la presentazione della domanda di protezione ha natura di diritto soggettivo*” (Trib. Bologna 20.11.2019 RG. 15545/2019).

Sempre il Tribunale ha riconosciuto il diritto alla presentazione della domanda di permesso (in una delle situazioni di inespellibilità ex art. 19 TU), affermando che “*Se è certo che l'Amministrazione gode di insindacabile discrezionalità per quanto attiene ai criteri di organizzazione interna del lavoro dei preposti*

b) che sia stata rilasciata dal competente ufficio la ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso.”

¹¹ <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Pagine/Permesso-di-soggiorno-per-motivi-familiari.aspx>.

uffici, tale discrezionalità non può implicare lo straordinario superamento, da parte della stessa, del termine – per quanto ordinario – conclusivo del procedimento. Trattandosi di termine ordinario sarà certamente tollerato un accettabile superamento tale da non essere incongruo e valutabile in concreto a seconda delle circostanze rappresentate anche dall'amministrazione su cui quell'obbligo grava. L'insindacabilità dell'organizzazione interna dell'ufficio non può legittimare una violazione del termine procedimentale da parte della Questura così rilevante da determinare un annientamento del diritto.” (Trib. Bologna 17.2.2022 RG. 945/2022).

Sui tempi del procedimento, è interessante anche la giurisprudenza amministrativa che, sia pur in riferimento alla regolarizzazione, afferma principi importanti in generale, ovvero sia che il rispetto dei tempi procedurali “*costituisce diretta applicazione del precetto costituzionale di cui all'art. 97, comma 2 della Costituzione, secondo cui “i pubblici uffici sono organizzati (...) in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”. Il buon andamento della “macchina” organizzativa pubblica presuppone la possibilità per il cittadino che ad essa si rivolge di poter contare su tempi certi– e possibilmente ragionevoli – nella conclusione di un procedimento che debba obbligatoriamente conseguire ad una istanza.*” (TAR Milano n. 2145/2021 – in termini TAR Milano n. 1785/2021 e n. 2554/2021).

4. Il passaporto e il permesso protezione speciale

La mancanza di passaporto è posta, spessissimo, a fondamento dei provvedimenti di irricevibilità. Le situazioni singole dovrebbero però essere differenziate:

Se la persona straniera era già titolare di precedente permesso ordinario, poi scaduto o non rinnovato, verosimilmente è in possesso di passaporto, nel caso da rinnovare.

Se, invece, si tratta di ex richiedente asilo, può non avere il passaporto e dunque dovendo richiedere alla propria Rappresentanza diplomatica in Italia può subire tempi lunghi o l'impossibilità di averlo (ad esempio: il Benin o il Mali non lo rilasciano se il cittadino è privo della carte nina, acquisibile solo direttamente nel Paese; – oppure la Liberia: non ha rappresentanza diplomatica in Italia, così come non ce l'hanno l'Afghanistan, la Siria, lo Yemen, ecc.).

Ci sono, infine, casi nei quali il/la richiedente la protezione speciale può temere ripercussioni in caso di contatti con le Istituzioni del proprio Paese.

In tutti questi casi deve comunque essere iniziato il procedimento per il rilascio del permesso per protezione speciale, nelle more dell'acquisizione del passaporto, e nel caso di motivata impossibilità di sua acquisizione va rilasciato

il titolo di viaggio se le ragioni di protezione speciale sono collegate a rischi persecutori o di danno grave.

Invero, l'identificazione non è elemento costitutivo imprescindibile per l'accertamento del diritto alla protezione speciale, alla pari del richiedente asilo e di tutte le fattispecie di inespellibilità, sottendendo tutte una condizione di particolare tutela indicata dal legislatore in deroga alle regole ordinarie.

Principio che già la giurisprudenza ha espresso: Trib. Bologna 30 ottobre 2020 (in materia di permesso per cure mediche, ex art. 19, co. 2-bis TU 286/98): *“all'inespellibile deve essere consentito di richiedere (e, se del caso, di ottenere) il relativo e corrispondente permesso di soggiorno; e ciò anche se non abbia l'immediata disponibilità del passaporto (o di altro documento equipollente). Diversamente argomentando, e quindi negando la possibilità di richiedere (e, se del caso, di ottenere) il permesso di soggiorno se non in possesso del passaporto, l'inespellibile sarebbe condannato all'irregolarità con tutte le conseguenze del caso. L'esigenza di protezione prevale sull'esigenza di disporre delle generalità risultanti dal passaporto (o altro documento equipollente).”*¹²

Inoltre, se la persona è già stata richiedente asilo, è già stato identificato nel procedimento di protezione internazionale e dunque provvisoriamente è sufficiente quella identificazione, tenendo conto che *“Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”* (art. 4, co. 1 d.lgs. 142/2015).

In molti casi, l'impossibilità o la tempistica per il rilascio del passaporto non dipende da fatto o volontà della persona straniera.

Va considerato che una circolare del Ministero per gli Affari esteri del 1961 (mai ritirata o sostituita) afferma che *“Agli stranieri che invece non abbiano la qualifica di rifugiati politici e che, per ragioni varie, non possono ottenere il passaporto delle autorità del loro paese, verrà rilasciato un nuovo documento, a forma di libretto di colore verde chiaro, denominato “Titolo di viaggio per stranieri” che sarà distribuito a ciascuna Questura in un congruo numero di esemplari.”*, precisando che *“La concessione di detto documento potrà avere luogo, salvo i casi*

¹² Altra giurisprudenza sul passaporto: Trib. Bologna 28 ottobre 2021 RG. 11207/2021 (irricevibilità per titolare protezione sussidiaria, motivata per mancanza passaporto) – Trib. Palermo 8 febbraio 2017 RG. 18456/2016 (sussidiaria e mancanza passaporto) – TAR Lazio, Roma, sent. n. 9105/2015 (titolo viaggio e permesso umanitario) – TAR Campania, Napoli, sent. n. 1069/2021 (ex MSNA impossibilità di acquisire il passaporto Costa d'Avorio) – TAR Palermo n. 3382/2021 (ex permesso umanitario, poi sussidiaria – titolo viaggio) – TAR Brescia n. 318/2021 (diniego conversione da umanitaria a lavoro – possibile eccezione a obbligo passaporto).

di urgente ed improrogabile necessità, solo dopo che l'interessato abbia provato di essere nell'impossibilità di ottenere un passaporto dalle autorità del suo paese e di non avere pendenze verso la Giustizia od obblighi verso la famiglia.”.

Una successiva circolare del Ministero dell'interno del 2003, richiamando quella del 1961, conferma la possibilità di rilasciare il Titolo di viaggio se vi siano impedimenti al rilascio del passaporto in ragione della condizione soggettiva delle persone straniere già titolari di permesso umanitario.

5. La convertibilità del permesso per protezione speciale

Il D.L. 130/2020 ha, come già detto, introdotto una generale convertibilità di tutta una serie di permessi di soggiorno, tra i quali (art. 6, co. 1-*bis* TU): “*a*) permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, ad eccezione dei casi per i quali siano state applicate le cause di diniego ed esclusione della protezione internazionale, di cui agli articoli 10, comma 2, 12, comma 1, lettere b) e c), e 16 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251”.

Nel contempo, l'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 ha definito il contenuto del permesso: durata biennale, svolgimento attività lavorativa, rinnovabilità previo parere della Commissione, convertibilità in lavoro.

Il richiamo alla convertibilità in riferimento all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 rischia ora un'interpretazione restrittiva, cioè come caratteristica del solo permesso rilasciato all'interno della procedura di protezione internazionale. In questo senso si pone una circolare del Ministero dell'interno del 23.11.2021 (prot. 0156594) che, nel dare istruzioni alle questure per l'inserimento del codice nella banca dati per il permesso protezione speciale ex art. 19, co. 1.2, cioè quello con domanda diretta al Questore, indica tra le informazioni da inserire:

Nel campo “Annotazioni”, la dicitura lavoro

Per la durata 2 anni, rinnovabile “MA non convertibile in lavoro”

Dunque, non è una circolare vera e propria ma è un preciso segnale che il Ministero dell'interno non ritiene convertibile il permesso per protezione speciale rilasciato all'esito del percorso amministrativo davanti al Questore in quanto l'art. 6, co. 1-*bis* richiama esclusivamente il permesso di cui all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008.

Evidente l'irragionevolezza e la discriminazione di tale esclusione/differenziazione, in quanto a fronte di un medesimo diritto, di una medesima condizione soggettiva, il titolo che quella condizione accerta avrebbe un contenuto diverso a seconda dell'iter procedurale seguito. Sfugge quale sarebbe la *ratio* di una simile differenza, che non può che condurre ad un aumento del contenzioso quando

verranno a scadere le validità dei permessi per protezione speciale rilasciati a seguito di procedimento amministrativo davanti al Questore.

Invero, il richiamo nell'art. 6, co. 1-*bis* TU all'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 non può che intendersi nel senso che anche il permesso per protezione speciale di competenza diretta del questore rientra nella previsione dell'art. 32, co. 3 nella misura in cui anche per esso è la Commissione a dovere rilasciare un propedeutico parere, ex art. 19, co. 1.2 TU.

Ampliate, infatti, le funzioni della Commissione territoriale di cui all'art. 4 d.lgs. 25/2008 al di fuori del sistema asilo ed essendo in entrambi i contesti imprescindibile il suo parere per l'accertamento dei presupposti dell'intero art. 19, commi 1 e 1.1 TU, il permesso per protezione speciale nell'uno o nell'altro procedimento non può che assumere un unico contenuto.

In altri termini, il collegamento per giungere all'unitarietà del permesso per protezione speciale e del suo contenuto passa attraverso il parere della Commissione territoriale che, assumendo in sé la competenza in entrambi i procedimenti, consente al questore il rilascio di un permesso di identico contenuto, che prescinde dal procedimento utilizzato.

6. La domanda di protezione speciale e le procedure cd. Dublino

La circolare dell'Unità Dublino prot. 0093146 del 24.12.2021, inviata (insieme ad altre) con circolare del Ministero dell'interno 0000373 del 3.1.2022 esclude la ammissibilità della domanda di permesso per protezione speciale se pendente una procedura cd. Dublino (ex Regol. 604/2013), sia essa in fase amministrativa che giurisdizionale. Secondo l'Unità Dublino la domanda deve considerarsi irricevibile perché se uno Stato rilascia un permesso di soggiorno, viene meno la ripartizione della competenza a esaminare la domanda di protezione internazionale secondo i criteri ordinari del regolamento, venendo meno i correlati obblighi (art. 18 Regol.)¹³.

Se è indubbio che il rilascio di un permesso di soggiorno comporti la cessazione o il superamento dei criteri per la determinazione della competenza dello Stato, secondo il Regolamento 604/2013, non si comprende perché il risultato debba essere quello della irricevibilità della domanda di permesso per protezione speciale. Ovviamente si tratta del solo caso della domanda diretta al Questore, giacché nell'altro percorso – all'interno del procedimento per il riconoscimento

¹³ Art. 19 Regol. 604/2013: Cessazione delle competenze: 1. Se uno Stato membro rilascia al richiedente un titolo di soggiorno, gli obblighi previsti all'articolo 18, paragrafo 1, ricadono su detto Stato membro.

della protezione internazionale – sarebbe già decisa la competenza dello Stato italiano all'esame della domanda.

La protezione speciale, invero, è un istituto nazionale, previsto dall'ordinamento italiano e non di derivazione europea. Pertanto non vi è alcun ostacolo al suo riconoscimento, sussistendo uno dei variegati presupposti delineati nell'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 TU 286/98 e se ciò avviene certamente fa cessare la procedura Dublino ai sensi dell'art. 19 Regol. 604/2013.

Dunque, la coesistenza delle due domande porta a conclusioni opposte a quelle indicate nella circolare dell'Unità Dublino e può ritenersi che la presentazione della richiesta di permesso per protezione speciale implichi rinuncia alla domanda di protezione internazionale.

Infatti, si tratta di due domande differenti, con presupposti differenti e procedure altrettanto diverse, che possono coesistere fino alla loro definizione, in quanto:

- hanno in comune la natura giuridica dei diritti pretesi (natura fondamentale e per molti aspetti assoluta – espressione del generale divieto di refoulement ma anche attuazione del diritto di cui all'art. 10, co. 3 della Costituzione), ma

- le fattispecie sottese all'uno e all'altro procedimento sono diverse
- seguono differenti iter procedurali per il loro riconoscimento.

Pertanto, sono prospettabili le seguenti soluzioni:

- se pendente il procedimento amministrativo per il rilascio del permesso per protezione speciale, il procedimento Dublino viene sospeso per verificare che, rilasciato il permesso, si integri la cessazione dell'art. 19 Regol. Dublino;

- se pendente procedimento giudiziale afferente un provvedimento di rinvio Dublino, può essere chiesta la sospensione del giudizio in attesa della definizione del procedimento amministrativo ex art. 19 TU 286/98;

- il/la richiedente asilo rinuncia espressamente alla domanda di riconoscimento della protezione internazionale.

7. Prime conclusioni

Le varie criticità riscontrate nell'applicazione del nuovo istituto della protezione speciale rischiano, come già detto, di vanificare il diritto stesso, nonostante la sua collocazione nella parte del TU immigrazione dedicato ai divieti di espulsione e respingimento e dunque afferendo a diritti fondamentali della persona. Le problematiche sino ad oggi rinvenute hanno, però, fatto riemergere prepotentemente tutte le generali questioni che riguardano i procedimenti per il rilascio dei permessi di soggiorno, di ogni tipologia, e non ci si riferisce alla discrezionalità esercitata dall'Autorità di P.S. (legittima o meno che sia) quanto al non rispetto

delle regole procedurali dettate in generale dalla legge n. 241/90 – che vale anche per i procedimenti qui all’esame – e di quelle dettate nello specifico del diritto dell’immigrazione dal TU d.lgs. 26186/98 e dal suo regolamento di attuazione d.p.r. 394/99.

Ci auguriamo che sia l’occasione per far rientrare anche questo peculiare branca del diritto all’interno del sistema ordinario italiano.

Tutela dell'ambiente, cambiamenti climatici e diritti umani nella recente giurisprudenza internazionale e interna

SOMMARIO: 1. Protezione internazionale dell'ambiente e cambiamenti climatici. – 2. Regime sui diritti umani e protezione dell'ambiente. Il principio dell'equità intergenerazionale. – 3. Diritti umani e tutela dell'ambiente: questioni di carattere problematico. – 4. Diritti umani e cambiamenti climatici: il problema della determinazione della responsabilità "pro quota" dello Stato. – 5. Cambiamenti climatici e principio di *non-refoulement*

1. Protezione internazionale dell'ambiente e cambiamenti climatici

Nella Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 9 maggio 1992 i cambiamenti climatici di origine antropica sono così definiti: "qualsiasi cambiamento di clima attribuito direttamente o indirettamente ad attività umane, il quale altera la composizione dell'atmosfera mondiale e si aggiunge alla variabilità naturale del clima osservata in periodi di tempo comparabili". Vengono altresì individuati gli effetti negativi dei cambiamenti climatici, definiti come "i cambiamenti dell'ambiente fisico o della vita animale e vegetale dovuti a cambiamenti climatici, che hanno rilevanti effetti deleteri per la composizione, la capacità di recupero o la produttività di ecosistemi naturali e gestiti per il funzionamento dei sistemi socioeconomici oppure per la sanità e il benessere del genere umano"¹.

Nell'art. 2 della medesima Convenzione è indicato l'obiettivo principale che deve essere perseguito dagli Stati parte, consistente nel fine di stabilizzare, in conformità alle pertinenti disposizioni della Convenzione, le concentrazioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera a un livello tale che sia esclusa qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico. Tale livello deve essere raggiunto entro un periodo di tempo sufficiente per permettere agli ecosistemi di adattarsi naturalmente a cambiamenti di clima e per garantire che la

* Ordinario di diritto internazionale, Luiss Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ Cfr. art. 1, paragrafi 1-2.

produzione alimentare non sia minacciata e lo sviluppo economico possa continuare ad un ritmo sostenibile”.

Fra i principi generali richiamati dalla Convenzione e da tempo operanti nel diritto internazionale dell'ambiente rilevano il principio di equità intergenerazionale, il principio delle responsabilità comuni ma differenziate fra i vari Stati, il principio di prevenzione e correzione dei danni ambientali, il principio dello sviluppo sostenibile e il principio della tutela dei Paesi in via di sviluppo e, fra questi, dei Paesi particolarmente vulnerabili sotto il profilo degli effetti negativi dei cambiamenti climatici.

In conformità ai principi generali sopra riportati, la Convenzione del 1992 prevede una serie di obblighi sostanziali a carico degli Stati parte, alcuni di carattere programmatico, altri a realizzazione immediata, che implicano anche interventi di natura legislativa. Si tratta, ad esempio, di azioni di monitoraggio delle cause e degli effetti negativi dei cambiamenti climatici, di ricerca scientifica, di adozione di piani nazionali e regionali di riduzione progressiva delle emissioni nocive etc.².

Il regime normativo delineato nella Convenzione del 1992 è stato specificato nel Protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997, che, come è noto, ha realizzato, ma soltanto fra gli Stati parti del suddetto Protocollo e indicati nell'Allegato I, lo scopo di una riduzione specifica delle emissioni antropiche di gas a effetto serra indicate nello stesso Protocollo e con riferimento ai valori accertati nel 1990.

Infine, l'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015, pur affermando nel preambolo che i “cambiamenti climatici sono preoccupazione comune dell'umanità”, con implicito riferimento quindi alla qualificazione dell'ambiente quale patrimonio comune umanità, e pur richiamando, sempre nel preambolo, gli obblighi degli Stati in materia di diritti umani e in particolare in tema di diritto alla salute, costituisce un evidente passo indietro nella tutela internazionale dell'ambiente, sia con riferimento alla disciplina sostanziale stabilita, sia in relazione al sistema di controllo sul rispetto degli obblighi previsti. L'art. 2, par. 1, lett. *a*, dell'Accordo contempla infatti l'obbligo generico di mantenere “l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali” e proseguire “l'azione volta a limitare tale aumento a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, riconoscendo che ciò potrebbe ridurre in modo significativo i rischi e gli effetti dei cambiamenti climatici”. Occorre purtroppo rilevare, in estrema sintesi, che l'Accordo di Parigi, pur di garantire un'adesione particolarmente ampia al testo convenzionale, stabilisce un sistema poco efficace di riduzione, fondato su impegni unilaterali ad opera delle parti dell'Accordo, sulla cooperazione inter-

² Cfr. anche *infra*, par. 3.

nazionale e sostanzialmente privo di adeguati controlli accentrati e soprattutto sanzioni in caso di violazione degli obblighi pattizi.

2. Regime sui diritti umani e protezione dell'ambiente. Il principio dell'equità intergenerazionale

Il diritto umano a un ambiente sano, esercitabile in forma individuale e collettiva, è contemplato espressamente in taluni strumenti giuridici internazionali sui diritti umani, quali l'art. 24 della Carta africana dei diritti umani e dei popoli del 27 giugno 1981 e l'art. 11 del Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo nel campo dei diritti economici, sociali e culturali del 17 novembre 1988. Laddove non espressamente previsto, tale diritto è spesso ricavato per via interpretativa soprattutto dal diritto alla vita, dal diritto alla salute e dal diritto alla vita privata e familiare.

Il diritto umano all'ambiente è altresì funzionale al godimento di diversi altri diritti umani, in linea con la caratteristica generale del regime sui diritti umani relativa alla loro indivisibilità. Di recente, lo *Human Rights Council*, nella risoluzione dell'8 ottobre 2021, n. 48/13, ha solennemente riconosciuto "the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment as a human right", sottolineando la sua importanza anche per l'esercizio di altri diritti umani. Il Consiglio ha quindi incoraggiato gli Stati ad adottare, anche sulla base della cooperazione con organizzazioni internazionali e attori non statali, una serie di misure funzionali all'effettivo rispetto di tale diritto³.

Come si è detto, le violazioni gravi del diritto umano all'ambiente, qualora pregiudichino in modo significativo l'incolumità e la salute degli individui, possono anzitutto implicare la violazione del diritto alla vita, ciò sia negli aspetti sostanziali di lesione del diritto in questione, sia in quelli di natura procedurale, nel caso in cui, ad esempio, lo Stato non proceda a indagini effettive e complete circa le cause, gli effetti e i soggetti responsabili di disastri ambientali che possano compromettere la salute e l'integrità fisica e psichica dell'essere umano, oppure non informi adeguatamente di tali indagini e delle eventuali misure correttive tanto l'opinione pubblica in genere quanto, più specificamente, le popolazioni direttamente interessate dai disastri ambientali.

³ Cfr. paragrafi 1 e 4 della risoluzione. Sempre nella prassi recente dello *Human Rights Council*, può citarsi il rapporto su "The right to a clean, healthy and sustainable environment: non-toxic environment" pubblicato e approvato dallo *Human Rights Council* il 12 gennaio 2022 su impulso del relatore speciale delle Nazioni Unite sugli obblighi in materia di diritti umani relativi al godimento di un ambiente sicuro, pulito e sostenibile, David R. Boyd, d'intesa con il Relatore speciale Marcos Orellana sulle implicazioni per i diritti umani della gestione e dello smaltimento di sostanze e rifiuti pericolosi.

Fra gli altri diritti umani rilevanti in materia di protezione dell'ambiente, va annoverato il diritto alla salute. Tale diritto trova esplicito fondamento normativo in alcune regole internazionali, quali l'art. 12 del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966 e l'art. 16 della citata Carta africana dei diritti umani e dei popoli del 1981⁴.

Nella giurisprudenza interna rilevante in tema di applicazione del diritto alla salute alle questioni ambientali va richiamata l'ordinanza della Cassazione italiana del 10 novembre 2020, n. 25143, secondo cui, in materia di riconoscimento della protezione umanitaria, "deve essere assegnato rilievo centrale alla valutazione comparativa, ex art. 8 CEDU, tra il grado d'integrazione effettiva nel nostro Paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale, fra i quali deve ricomprendersi, anche in relazione alle condizioni climatiche, il fondamentale diritto alla salute"⁵.

Fra gli altri diritti umani ricavabili soprattutto dal diritto alla vita e dal diritto alla salute che vengono in rilievo nel quadro della tutela ambientale, occorre richiamare la dignità umana, ben richiamata, ad esempio, nell'ordinanza della Cassazione del 24 febbraio 2021, n. 5022, nella quale si sottolinea il rapporto stretto fra "esistenza dignitosa" e "degrado ambientale" ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, nonché il diritto di accesso al cibo e all'acqua potabile e il diritto a un'abitazione, che possono essere evidentemente compromessi dai gravi effetti dei cambiamenti climatici di origine antropica.

In materia di protezione dell'ambiente e diritti umani, una funzione particolarmente rilevante, anche sotto il profilo "quantitativo" (relativo cioè alla quantità di sentenze di corti internazionali che vi hanno fatto riferimento), va attribuita al diritto alla vita privata e familiare. In proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che, laddove un individuo sia pregiudicato in modo diretto e significativo da un danno ambientale, come nel caso dell'inquinamento acustico o altre forme di inquinamento, può sussistere una violazione dell'art. 8 della CEDU in tema di diritto alla vita privata e familiare⁶.

⁴ Il diritto alla salute è inoltre ricavato per via interpretativa dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, in base alla clausola generale di cui all'art. 26 della Convenzione americana: si veda al riguardo la sentenza dell'8 marzo 2018, *Poblete Vilches e altri c. Cile*, par. 100 ss.

⁵ Cfr. par. 7, lett. c dell'ordinanza. L'art. 8 della CEDU contempla il diritto alla vita privata e familiare.

⁶ Si veda di recente la sentenza del 14 ottobre 2021, *Kapa e altri c. Polonia*, ricorsi numeri 75031/13 e altri.

Infine, come si è rilevato nel paragrafo precedente, non mancano principi generali applicabili in materia di protezione dell'ambiente, quali il principio dello sviluppo sostenibile e il principio dell'equità intergenerazionale. Mentre il primo sembra avere una natura programmatica e quindi deve essere attuato in modo concreto a livello nazionale e internazionale, il principio dell'equità intergenerazionale ha progressivamente assunto, soprattutto grazie al formidabile contributo della giurisprudenza, un ruolo di grande importanza come parametro giuridico delle condotte statali aventi un impatto particolarmente significativo sull'ambiente. Il principio in questione, che trova oggi fondamento anche nella nostra Costituzione⁷, ha assunto carattere "operativo" in alcune recenti decisioni interne di corti supreme, come nel caso della sentenza resa dalla Corte costituzionale tedesca il 26 aprile 2021 nel caso *Neubauer e altri c. Germania*. In questa decisione, la Corte ha infatti applicato il principio dell'equità intergenerazionale al fine di accertare l'incompatibilità, rispetto all'art. 20, lett. a, della Costituzione tedesca, della legislazione federale del 2019 in tema di protezione climatica, nella parte relativa alla riduzione delle emissioni nocive prevista per il periodo successivo al 2030.

3. Diritti umani e tutela dell'ambiente: questioni di carattere problematico

Vi sono alcune questioni generali, e di carattere particolarmente problematico, relative all'applicazione del regime internazionale sui diritti umani alle tematiche ambientali, sulle quali è opportuno soffermarsi.

Occorre preliminarmente osservare che, in analogia a quanto rilevabile per altri diritti umani, la protezione effettiva del diritto umano all'ambiente implica il rispetto, da parte degli Stati, non soltanto di obblighi negativi di non interferenza nel legittimo godimento di tale diritto, ma soprattutto di obblighi positivi, di natura sostanziale e procedurale, consistenti in misure concrete, anche di natura legislativa, finalizzate sia a proteggere in via preventiva l'ambiente, sia a intervenire successivamente al fine di eliminare i danni ambientali nonché preservare l'habitat naturale anche per le generazioni future. Ciò implica, ad esempio, l'obbligo di effettuare adeguate indagini di valutazione di impatto ambientale, preventive e successive alla costruzione di opere "invasive" per l'ambiente, l'obbligo di ripristinare lo stato originario dei luoghi danneggiati sotto il profilo ambientale, ad esempio in caso di inquinamento per cause di varia natura, e l'obbligo di infor-

⁷ Si veda il nuovo testo dell'art. 9 Cost., terzo capoverso, secondo cui la Repubblica italiana "[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni".

mare le popolazioni interessate tanto dell'eventuale pregiudizio per l'ambiente circostante quanto delle misure correttive adottate o da adottare.

L'ambito di applicazione dei suddetti obblighi positivi dello Stato ricomprende i doveri di prevenzione e repressione di violazioni dei diritti umani commesse a livello interindividuale. In particolare, gli obblighi positivi in materia di protezione dell'ambiente operano anche laddove le violazioni, o il rischio di tali violazioni, siano attribuibili a privati in ragione dell'inosservanza, da parte dello Stato, del principio di *due diligence*, come affermato dal Comitato ONU dei diritti umani, istituito dal richiamato Patto sui diritti civili e politici del 1966, nel *General Comment* del 30 ottobre 2018, n. 36 sul diritto alla vita, con specifico riferimento all'obbligo degli Stati parte di preservare e proteggere l'ambiente contro l'inquinamento e il cambiamento climatico provocati "by public and private actors"⁸. Analoghe considerazioni sull'applicazione delle norme sui diritti umani poste a protezione dell'ambiente con riguardo a violazioni commesse nelle relazioni fra persone fisiche o giuridiche private sono state svolte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio nella sentenza del 24 gennaio 2019 nel caso *Cordella e altri c. Italia*⁹, in merito al noto caso del grave inquinamento atmosferico prodotto dall'azienda siderurgica ILVA di Taranto¹⁰, nonché dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, da ultimo nella sentenza del 6 febbraio 2020 resa nel caso delle *Comunità indigene membri dell'associazione Lhaka Honhat (nostra terra) c. Argentina*¹¹.

Un'ulteriore problematica generale e di grande complessità è costituita dall'applicazione extraterritoriale o indiretta del regime sui diritti umani, anche con riferimento alle tematiche ambientali. È noto che, in base a un consolidato orientamento della giurisprudenza internazionale, lo Stato territoriale non possa espellere o estradare stranieri che rischino di essere sottoposti, nel Paese di destinazione finale, a lesioni del diritto alla vita o del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti.

La valutazione del rischio effettuata, in particolare, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è molto articolata, riguardando, per un verso, l'esame "oggettivo"

⁸ Cfr. par. 62. Per una concreta applicazione del principio di *due diligence* nella prassi del medesimo Comitato, si veda la decisione non vincolante del 25 luglio 2019 nel caso *Portillo Cáceres c. Paraguay*, CCPR/C/126/D/2751/2016, paragrafi 7.1-7.9, in tema di violazione, da parte dello Stato convenuto, del diritto alla vita e del diritto alla vita privata e familiare in ragione delle reiterate condotte omissive assunte dallo Stato in relazione ai gravi danni ambientali prodotti nei confronti dei ricorrenti da industrie di natura privata.

⁹ Ricorsi numeri 54414/13 e 54264/15.

¹⁰ Cfr. par. 158 ss. della sentenza.

¹¹ Cfr. par. 207. Sulla questione, si veda anche il citato rapporto ONU del 22 gennaio 2022, par. 45.

sia della situazione complessiva riscontrabile nello Stato di destinazione circa il rischio delle suddette gravi violazioni dei diritti umani, sia di un rischio più “localizzato”, concernente cioè quelle specifiche parti di territorio ove l’individuo è destinato. Per altro verso, la Corte di Strasburgo conduce un esame “soggettivo”, relativo alla valutazione del rischio specifico riguardante l’individuo in questione, alla luce, ad esempio, delle sue convinzioni personali, politiche, religiose o dei suoi orientamenti sessuali. Va precisato che, in sede di valutazione del rischio, rilevano sia condotte lesive di organi statali, sia condotte di privati in linea con la sopra richiamata tendenza della prassi ad applicare le norme sui diritti umani a violazioni di carattere interindividuale.

Lo Stato territoriale non può inoltre giustificare il mancato svolgimento dell’analisi circa il rischio a carico dell’individuo in caso di espulsione o estradizione facendo riferimento a presunte decisioni autonome dell’individuo stesso di abbandonare il territorio statale – pratica del cd. rimpatrio volontario –, laddove si tratti in realtà di decisioni individuali “forzate”, motivate cioè dal rifiuto ingiustificato delle autorità statali di accogliere la richiesta di asilo o di soggiorno temporaneo¹².

Nella prassi e nella giurisprudenza internazionali rilevanti in materia di diritti umani emerge altresì la tendenza ad allargare ulteriormente i confini dell’applicazione extraterritoriale delle norme poste a tutela del diritto alla vita.

In proposito, può farsi ancora riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che esclude la possibilità per lo Stato di residenza dello straniero di espellere individui che rischiano di ricevere, nello Stato nazionale, cure inadeguate al loro grave stato di salute, oppure laddove il livello di queste cure risulti significativamente inferiore a quello praticato nello Stato di residenza¹³. In questo senso, nella sentenza adottata il 13 dicembre 2016 e relativa al caso *Paposhvili c. Belgio*¹⁴, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha affermato il principio della violazione dell’art. 3 della CEDU nel caso di espulsione o allontanamento dal territorio statale di un individuo gravemente ammalato, il quale non possa ricevere, nel Paese di destinazione, un trattamento sanitario tale da garantire la sua sopravvivenza o da escludere un peggioramento significativo delle sue condizioni di salute. Per la Corte, si tratta di verificare, caso per caso,

¹² In questo senso, si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 14 novembre 2019, *N.A. c. Finlandia*, ricorso n. 25244/18, par. 57.

¹³ Nei casi rilevanti al riguardo, la Corte europea ha esaminato le fattispecie in questione sia in relazione alla violazione del diritto alla vita (art. 2), sia con riferimento alla violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3).

¹⁴ Ricorso n. 41738/10.

se vi sia un effettivo rischio di morte o di grave deterioramento della salute di un individuo in ragione di “a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering” o a seguito di “a significant reduction in life expectancy”¹⁵. È evidente come l’aggravamento delle condizioni di salute di un individuo possa derivare anche dagli effetti negativi dei cambiamenti climatici, come sarà meglio indicato più avanti¹⁶.

4. Diritti umani e cambiamenti climatici: il problema della determinazione della responsabilità “pro quota” dello Stato

Fra le questioni più specifiche e problematiche in tema di responsabilità internazionale per i cambiamenti climatici di natura antropica, vi è la questione dell’individuazione della “quota” specifica di responsabilità dello Stato preso in esame.

In relazione al problema qui esaminato, va richiamata la coraggiosa giurisprudenza interna, che, sulla base di parametri giuridici interni e internazionali, ha introdotto il principio della responsabilità “pro quota” dello Stato nazionale per le emissioni nocive all’ambiente. Il *leading case* al riguardo è rappresentato dalla sentenza del 20 dicembre 2019 adottata dalla Corte suprema olandese nel caso *Fondazione Urgenda c. Paesi Bassi*, nella quale la Corte ha accertato l’obbligo positivo e “individuale” dello Stato olandese di ridurre entro il 2020 e almeno del 25%, rispetto ai livelli riscontrabili nel 1990, le emissioni inquinanti prodotte dai Paesi Bassi. La Corte ha fondato le proprie argomentazioni sia sugli articoli 2 e 8 della CEDU – rispettivamente in materia di diritto alla vita e diritto alla vita privata e familiare – e sulla giurisprudenza rilevante della Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁷, ricavando l’obbligo positivo dello Stato di adottare decisioni e azioni adeguate a fronte del rischio reale e imminente di degrado ambientale per le persone sottoposte alla propria giurisdizione, sia su alcuni atti non obbligatori adottati dall’*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) e nel quadro delle conferenze annuali degli Stati parte della citata Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992¹⁸.

¹⁵ Cfr. par. 183 della sentenza. Nella più recente sentenza del 7 dicembre 2021, *Savran c. Danimarca* (ricorso n. 57467/15), la Grande Camera della Corte ha confermato l’interpretazione estensiva dell’art. 3 della CEDU, escludendo che nel caso di specie l’espulsione del ricorrente avesse causato “a serious, rapid and irreversible decline in his state of health resulting in intense suffering”.

¹⁶ Cfr. *infra*, par. 5.

¹⁷ Cfr. paragrafi 5.2.2-5.2.4 della sentenza della Corte suprema.

¹⁸ *Ivi*, par. 5.4.3.

La richiamata sentenza della Corte suprema olandese ha inoltre creato un virtuoso effetto di “trascinamento” nei confronti anzitutto di altre giurisdizioni nazionali, con l’obiettivo di indurre non soltanto i rispettivi governi, ma anche le imprese multinazionali, a ridurre le cause del cambiamento climatico provocate da attività umane.

Con sentenza del 3 febbraio 2021, il Tribunale amministrativo di Parigi ha così accertato la condotta omissiva del governo francese nell’adozione delle misure necessarie alla riduzione progressiva dei gas a effetto serra di origine antropica, in difformità agli obblighi assunti dalla Francia sia con l’accordo di Parigi del 2015 e la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992, sia in base alle corrispondenti regole adottate dall’Unione europea¹⁹. Prima di determinare le misure specifiche finalizzate a evitare l’aggravamento del pregiudizio ecologico constatato dal Tribunale, quest’ultimo ha peraltro chiesto al governo francese di effettuare un ulteriore “supplément d’instruction” in modo da acquisire tutti gli elementi utili alla soluzione del caso di specie.

Un approccio analogo è stato adottato nella sentenza resa il 21 giugno 2021 dal Tribunale di prima istanza di Bruxelles relativa al cd. dossier “Klimaatzaak”. Accertata l’approfondita consapevolezza, da parte delle autorità centrali e locali belghe, “du risque certain de changement climatique dangereux pour la population du pays”, il Tribunale ne ha constatato l’inerzia in termini di adozione delle misure necessarie a proteggere il diritto alla vita e il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, “comme les y obligent pourtant les articles 2 et 8 de la CEDH”. Il Tribunale ha quindi affermato che sia il governo federale, sia le tre regioni federate belghe “étaient individuellement responsables du manque de gouvernance climatique”. Tuttavia, non è stata accolta la richiesta di una specifica riduzione delle emissioni nocive per l’ambiente entro un determinato termine, rilevando che tanto la questione delle misure gradualmente finalizzate alla riduzione delle emissioni nocive quanto la ripartizione interna delle riduzioni fra Stato e regioni debbano essere oggetto di un accordo politico fra i soggetti interessati, che tenga altresì conto del contributo complessivo del Belgio alla riduzione delle emissioni inquinanti sul piano globale.

Infine, con sentenza del 26 maggio 2021, la Corte distrettuale dell’Aja, nel caso *Associazione Milieudefensie e altri c. Royal Dutch Shell Plc*, ha imposto all’impresa multinazionale convenuta in giudizio l’obbligo di ridurre del 45%, entro il 2030 e rispetto ai valori riscontrabili nel 2019, le emissioni di diossido di carbonio da essa prodotte su scala globale, comprese quelle relative alla combustione di gas e petrolio attribuibili ai propri clienti. Pur applicando la

¹⁹ Cfr. par. 18 ss. della citata sentenza, ricorsi numeri 1904967 e altri.

legge olandese, quale normativa ritenuta applicabile in base agli articoli 4 e 7 del Regolamento n. 864/2007 del Parlamento e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), la Corte ha ampiamente fatto riferimento ai trattati internazionali sui diritti umani e in particolare alle norme in materia di diritto alla vita, diritto alla salute e diritto alla vita privata e familiare al fine di fondare, nei limiti sopra riferiti, “a duty of care” a carico dell'impresa multinazionale²⁰.

Anche a livello internazionale non si sono fatti attendere sviluppi rilevanti in tema di accertamento della responsabilità degli Stati per violazione dei diritti umani collegati a profili riguardanti i cambiamenti climatici. Il Comitato dei diritti del fanciullo, nella decisione non obbligatoria del 22 settembre 2021 nel caso *Sacchi e altri c. Argentina*, pur dichiarando inammissibile la comunicazione individuale per mancato esaurimento dei ricorsi interni disponibili, ha infatti accolto il principio della responsabilità individuale dello Stato contraente per le gravi conseguenze del cambiamento climatico dovute a emissioni nocive per l'ambiente. Il Comitato ha osservato che, in caso di danno transfrontaliero, la giurisdizione dello Stato di origine del danno sussiste in caso di nesso causale “between the acts or omissions of the State in question and the negative impact on the rights of children located outside its territory” e laddove lo Stato di origine “exercises effective control over the sources of the emissions in question”²¹. Di conseguenza, il Comitato ha rilevato che “through its ability to regulate activities that are the source of these emissions and to enforce such regulations, the State party has effective control over the emissions” e che sussistesse inoltre “a sufficient causal link” fra il danno causato agli autori della comunicazione individuale e la condotta dello Stato parte, valorizzando inoltre il fatto che, “as children”, gli individui in questione subiscono in modo particolare gli effetti negativi del cambiamento climatico “both in terms of the manner in which they experience such effects as well as the potential of climate change to affect them throughout their lifetime, in particular if immediate action is not taken”²². Al riguardo, va notato che il Comitato non soltanto ha accertato la responsabilità pro quota dello Stato in questione circa gli effetti negativi dei cambiamenti climatici, siano essi dovuti a condotte di organi statali o di privati operanti sul proprio territorio, ma ha anche sottolineato la particolare vulnerabilità di alcuni individui, segnalando quindi la circostanza che gli effetti negativi dei cambiamenti climatici si ripercuotono in modo diversificato a livello individuale.

²⁰ Cfr. paragrafi 4.4.1-4.4.10.

²¹ Cfr. CRC/C/88/D/104/2019, par. 10.7.

²² Cfr. par. 10.13.

5. Cambiamenti climatici e principio di *non-refoulement*

Un'ulteriore e recente ipotesi di estensione nella prassi del principio dell'applicazione extraterritoriale delle norme internazionali in materia di protezione del diritto alla vita è costituita dal divieto di espulsione dello straniero a fronte delle gravi conseguenze del cambiamento climatico – innalzamento del livello del mare, inquinamento delle falde acquifere, riduzione delle terre abitabili e coltivabili etc. – sulle condizioni di vita dell'individuo in questione nel Paese di provenienza.

Già nel citato *General Comment* del 30 ottobre 2018, n. 36, il Comitato ONU dei diritti umani ha affermato, sul piano generale, che il degrado ambientale, il cambiamento climatico e lo sviluppo non sostenibile costituiscono “some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life”²³, confermando la richiamata e significativa incidenza dei cambiamenti climatici sul godimento del diritto alla vita.

In relazione a una successiva comunicazione individuale, il medesimo Comitato ha applicato concretamente il principio secondo cui lo Stato territoriale non possa espellere o respingere stranieri che rischino nel proprio Paese di subire le gravi conseguenze del cambiamento climatico, perché, in queste circostanze, le condizioni di vita diverrebbero incompatibili “with the right to life with dignity”²⁴. Nella fattispecie sottoposta al suo esame, il Comitato non ha però ravvisato le circostanze di gravità e attualità del rischio per le condizioni di vita dell'individuo in questione, posto che, secondo il Comitato, i principali effetti negativi del cambiamento climatico, compreso il rischio di totale inabitabilità del Paese di provenienza (Kiribati), si realizzerebbero nel giro di 10-15 anni e solo in caso di assenza di significative misure correttive da parte dello Stato interessato “with the assistance of the international community”²⁵. Tanto le affermazioni del Comitato sul difetto di immediatezza del rischio in questione, nonostante l'oggettiva e attuale gravità della situazione ambientale soprattutto in certi Paesi, quanto quelle sull'efficacia delle ipotetiche misure correttive da adottare – ad oggi del tutto insufficienti – sollevano tuttavia forti perplessità.

Nondimeno, il principio affermato dal Comitato ONU dei diritti umani è stato opportunamente applicato nella giurisprudenza nazionale in casi riguardanti richieste di asilo o di protezione temporanea. In questo senso, la Cassazione ita-

²³ Cfr. par. 62.

²⁴ Si veda la decisione non vincolante del 24 ottobre 2019, pubblicata il 7 gennaio 2020, nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*, CCPR/C/127/D/2728/2016, par. 9.11.

²⁵ *Ivi*, par. 9.12.

liana, facendo ampio riferimento alla decisione relativa al citato caso *Teitiota*, ha affermato che, in sede di valutazione della domanda di protezione temporanea per ragioni umanitarie, la valutazione del pericolo esistente nel Paese di provenienza del richiedente deve essere condotta anche “con specifico riferimento al peculiare rischio per il diritto alla vita e all’esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico o dallo sviluppo insostenibile dell’area”²⁶.

In linea con l’orientamento giurisprudenziale appena evocato, relativo al collegamento fra danni alla salute per aggravamento della situazione ambientale e divieto di espulsione dello straniero, occorre richiamare la sentenza della Corte di appello di Bordeaux del 18 dicembre 2020 che ha accolto la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno sul territorio francese per ragioni di salute di un cittadino del Bangladesh affetto da una grave patologia respiratoria cronica²⁷, che implicava il ricorso a un trattamento giornaliero di ventilazione artificiale. Secondo le motivazioni della Corte, posto che il livello di inquinamento atmosferico in Bangladesh “est l’un des plus élevés au monde” e che il tasso di mortalità degli individui affetti da patologie respiratorie è molto superiore a quello riscontrabile in Francia, anche in relazione alle carenze di mezzi e materiale sanitario nel Paese di origine, il ricorrente “se trouverait ainsi exposé à un risque d’aggravation de son état de santé et à une mort prématurée”. Anche in questa sentenza si pone in evidenza come gli effetti negativi dei cambiamenti climatici si riverberino in modo asimmetrico sulla popolazione nazionale, provocando un pregiudizio maggiore nei confronti di alcuni individui particolarmente vulnerabili, nel caso di specie in quanto affetti da gravi patologie.

²⁶ Si veda ancora l’ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022.

²⁷ Ricorsi numeri 20BX02193 e 20BX02195.

Protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), d.lgs. n. 251/2007, conflitto a bassa intensità e suo inquadramento nella protezione internazionale ovvero in quella complementare: profili giurisprudenziali

SOMMARIO: – 1. La giurisprudenza italiana. Aspetti generali. – 2. Il conflitto a bassa intensità. – 2.1. Conflitto a bassa intensità come situazione di “ordinaria” violenza indiscriminata. – 2.1.1. I fattori di rischio specifico: casistica giurisprudenziale. – 2.2. Conflitto a bassa intensità e protezione umanitaria. – 2.3. Inquadramento del conflitto a bassa intensità. – 3. “Rifugiati di guerra” e “rifugiati ambientali”: Cass. 5022/2021.

1. La giurisprudenza italiana. Aspetti generali

- I giudici italiani sono dichiaratamente allineati – e non potrebbe essere altrimenti – alla giurisprudenza della CGUE e della CEDU.

- I principi enunciati dalle sentenze della CGUE *Elgafaji*, quanto al requisito della “individualizzazione” della minaccia alla vita o alla persona¹, hanno trovato immediata applicazione nella nostra giurisprudenza sia di merito che di legittimità².

¹ Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 17 febbraio 2009, C-465/07, *Elgafaji*, la quale ha statuito che: « – l’esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che quest’ultimo fornisca la prova di essere specifico oggetto di minaccia a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale; – l’esistenza di una siffatta minaccia può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti cui sia stata presentata una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato membro ai quali venga deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia.»

² Per quest’ultima cfr., *ex multis*, Cass. 20 marzo 2014, n. 6503; 30 luglio 2015, n. 16202; 23 ottobre 2017, n. 25083; 31 maggio 2018, n. 14006; 31 maggio 2018, n. 13858; 2 aprile 2019, n. 9090; 8 luglio 2019, n. 18306.

Più di recente, inoltre, con due ordinanze gemelle – le nn. 5675 e 5676 del 2 marzo 2021 – la Corte di cassazione ha fatto altresì applicazione del concetto di conflitto armato interno come definito dalla sentenza *Diakité* della CGUE³, nonché dei criteri di graduazione dell'intensità del conflitto indicati dalla sentenza *Sufi ed Elmi* della CEDU⁴ 5.

2. Il conflitto a bassa intensità

Le due ordinanze gemelle della Corte di cassazione appena richiamate escludono, tra l'altro, che rientrino nella fattispecie di cui alla lett. c) dell'art. 14 d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 i cc.dd. conflitti a bassa intensità, che esse definiscono come quei conflitti caratterizzati dall'«uso da parte dello Stato di forze militari applicate in modo selettivo (e perciò stesso non generalizzato e non indiscriminato) al fine di imporre il rispetto delle sue politiche e obiettivi, senza che la cosa si traduca in un vero e proprio conflitto armato».

Nella restante giurisprudenza di legittimità, invece, come anche nella giurisprudenza di merito, si fa riferimento a una nozione meno tecnica e più

³ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 30 gennaio 2014, C-285/12, *Diakité*, la quale ha statuito che: «si deve ammettere l'esistenza di un conflitto armato interno, ai fini dell'applicazione di tale disposizione [art. 15, lett. c), direttiva qualifiche], quando le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o quando due o più gruppi armati si scontrano tra loro, senza che sia necessario che tale conflitto possa essere qualificato come conflitto armato che non presenta un carattere internazionale ai sensi del diritto internazionale umanitario e senza che l'intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto siano oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione.»

⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2011, *Sufi ed Elmi c/Regno Unito*.

⁵ Questo il principio di diritto enunciato dalle ordinanze della Corte di cassazione: «In materia di protezione internazionale, il conflitto armato interno, tale da comportare minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile, ai sensi dell'articolo 14, lettera c), del decreto legislativo numero 251 del 2007, ricorre in situazione in cui le forze armate governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati antagonisti, o nella quale due o più gruppi armati si contendono tra loro il controllo militare di un dato territorio, purché detto conflitto ascenda ad un grado di violenza indiscriminata talmente intenso ed imperversante da far sussistere fondati motivi per ritenere che un civile rinvio nella regione di provenienza – tenuto conto dell'impiego di metodi e tattiche di combattimento che incrementano il rischio per i civili, o direttamente mirano ai civili, della diffusione, tra le parti in conflitto, di tali metodi o tattiche, della generalizzazione o, invece, localizzazione del combattimento, del numero di civili uccisi, feriti, sfollati a causa del combattimento – correrebbe individualmente, per la sua sola presenza su quel territorio, la minaccia contemplata dalla norma».

empirica, per così dire, di conflitto a bassa intensità, per indicare tutte quelle situazioni in cui l'intensità degli scontri armati è scarsa. Tipico è l'esempio della regione senegalese della *Casamance*, riguardo alla quale appunto si esclude normalmente la presenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 14, lett. c), cit. (cfr., quanto alla giurisprudenza di legittimità, Cass. 4 novembre 2019, n. 28263; 15 gennaio 2020, n. 672; 18 febbraio 2020, n. 4048; 26 maggio 2020, n. 9816; 28 maggio 2020, n. 10181; 26 febbraio 2021, n. 5323; 6 maggio 2021, n. 12006; quanto alla giurisprudenza di merito cfr., a titolo puramente esemplificativo, Trib. Bari 26 aprile 2017, R.G. 11930/2015; Trib. Perugia 17 luglio 2018, n. 469; analoga decisione è stata assunta, inoltre, da Trib. Milano 7 aprile 2021[data di deliberazione], R.G. 43164/2018, con riguardo al territorio della Guinea estraneo alla capitale Conakry; nonché da Trib. Genova 23 luglio 2019, n. 2523, con riguardo al Ghana, e 19 giugno 2020 [data della deliberazione] con riguardo al Mali).⁶

Che cosa esattamente manchi, però, nei conflitti a bassa intensità, per consentire l'applicazione di tale norma, è in realtà non sempre chiaro, e comunque non univocamente chiarito, nella giurisprudenza. Ad esempio, Cass. 5675 e 5676 del 2021, cit., negano addirittura, come si è visto, che sussista un vero e proprio conflitto armato, oltre che l'uso indiscriminato della forza militare; altri precedenti negano che il conflitto, pur presente, produca violenza indiscriminata (Cass. 9816/2020, cit.), o che si tratti di violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato (Cass. 28263/2019, cit.).

È comune, tuttavia, nella giurisprudenza sia di legittimità che di merito, come si è accennato, l'enunciazione del principio che in presenza di un conflitto a bassa intensità difettano i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007.

2.1. Conflitto a bassa intensità come situazione di “ordinaria” violenza indiscriminata

Si può cercare di cogliere le ragioni di tale assunto riandando ai principi enunciati dalla giurisprudenza della CGUE, in particolare nella sentenza *Elgafaji*.

La questione posta alla Corte di Giustizia atteneva, come si ricorderà, al rilievo del requisito della individualizzazione del rischio di danno grave nella fatti-

⁶ Fanno invece applicazione dell'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007 alla regione della Casamance, pur riconoscendo che la stessa è teatro di un conflitto a bassa intensità, App. Roma 21 settembre 2019, n. 4555 e Trib. Palermo 19 maggio 2017, R.G. 11149/2016. Trib. Firenze 9 luglio 2019, n. 4945 accerta invece la presenza, nel periodo di riferimento, di un conflitto armato non a bassa intensità.

specie di cui all'art. 15, lett. c), della direttiva qualifiche,⁷ corrispondente all'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007.

La Corte ha risposto che non è necessario provare che il richiedente asilo sia specifico oggetto di minaccia a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale, e ciò perché possono darsi casi eccezionali ed estremi, in cui il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato è talmente elevato che un civile mette a rischio la propria vita o la propria persona con la sua sola presenza nel territorio interessato da quella violenza.

La Corte, però, non ha affatto escluso irrimediabilmente l'applicazione dell'art. 15, lett. c), della direttiva qualifiche allorché non sussistano tali condizioni; ha invece osservato che, ove non ricorrano i casi estremi ed eccezionali in cui la violenza indiscriminata attinge il livello che si è indicato – e dunque nei casi che potremmo definire di “ordinaria” violenza indiscriminata – il requisito della individualizzazione del rischio riacquista rilievo. In tali casi ordinari, cioè, è pur sempre possibile, per il richiedente asilo, ottenere protezione ai sensi della norma in esame grazie alla dimostrazione della presenza di fattori di rischio specifico, che differenzino, aggravandola, la sua posizione rispetto a quella generale del paese o regione di provenienza.

Ora, l'affermazione, comune come si è visto alla giurisprudenza italiana di merito e di legittimità, secondo cui in presenza di un conflitto a bassa intensità non è applicabile l'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007, sta appunto a significare che il paese (o regione) di eventuale rimpatrio del richiedente asilo non è interessato da una situazione di violenza indiscriminata di livello pari a quello – eccezionale ed estremo – che di per sé solo autorizzerebbe il riconoscimento della protezione in favore di qualsiasi civile, in quanto, rimpatriato in quel contesto, sarebbe esposto a rischio per la propria vita o la propria persona. Il conflitto a bassa intensità, in altri termini, sembra di fatto corrispondere, nella nostra giurisprudenza, al conflitto (armato) che produce un livello di violenza indiscriminata più basso, tale da non esporre, di per sé solo, un qualsiasi civile presente sul territorio a rischio per la vita o la persona.

Ciò significa, allora, che in presenza di un conflitto a bassa intensità ben potrebbe riconoscersi la protezione ex art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007 in presenza di fattori di rischio specifico per il richiedente, facendo applicazione della “scala progressiva” indicata dalla giurisprudenza della CGUE, secondo cui «tanto più il richiedente è eventualmente in grado di dimostrare di essere colpito in modo specifico a motivo di elementi peculiari alla sua situazione personale, tanto meno elevato sarà il grado di violenza indiscriminata richiesto affinché egli possa beneficiare della protezione sussidiaria».⁸

⁷ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011.

⁸ Sentenza *Elgafaji*, punto 39; sentenza *Diakité*, punto 31.

2.1.1. I fattori di rischio specifico: casistica giurisprudenziale

Scarsa è, tuttavia, la casistica su tali “elementi peculiari” alla situazione personale del richiedente asilo nella giurisprudenza sia sovranazionale, sia nazionale, sia anche, a quanto è dato conoscere, degli altri paesi europei.

Quanto alla giurisprudenza italiana di merito (nulla sembra essere presente in quella di legittimità) si richiama Trib. Roma 22 gennaio 2010 [data della deliberazione], R.G. 7774/2009, che riconosce a un cittadino pakistano la protezione sussidiaria in quanto la sua regione di provenienza, confinante con l’Afganistan, era teatro di un conflitto armato a bassa intensità e i trascorsi della famiglia del ricorrente (i familiari erano stati uccisi a cagione dell’appartenenza di un fratello alle “forze di informazione del Governo pakistano”) esponevano quest’ultimo in concreto a possibili ritorsioni e rappresaglie.

Quanto alla giurisprudenza degli altri paesi europei, vari precedenti noti⁹ indicano ciò che *non* rileva quale fattore di individualizzazione del rischio. Così, ad es.:

- per l’Alta Corte amministrativa della Baviera non costituiscono circostanze individuali, che aumentano il rischio, l’appartenenza di un cittadino afgano alla minoranza hazara, pur tradizionalmente discriminata in quel paese, essendo le sue condizioni migliorate in epoca più recente; né l’appartenenza al gruppo religioso degli sciiti, in quanto sciita è il 15 % della popolazione afgana¹⁰;

- per il Tribunale Superiore del Regno Unito l’appartenenza di civili irakeni alle minoranze sunnita, sciita o curda, o la trascorsa appartenenza al partito baathista, non costituiscono di per sé fattori di rischio particolare; il richiedente tuttavia può eventualmente dimostrare la sussistenza di un rischio effettivo ai sensi della lett. c) dell’art. 15 della direttiva «date le circostanze individuali, e in particolare il fatto che debba ritornare in un’area in cui i confratelli sunniti o sciiti sono minoranza»; e inoltre – il che è di particolare interesse – «è ovvio che possono anche essere in grado di dimostrare l’esistenza di un rischio effettivo di persecuzione ai sensi della convenzione sui rifugiati o di un trattamento in contrasto con l’art. 3 della CEDU»¹¹.

La Corte nazionale per il diritto d’asilo francese ha dato invece rilievo, quale elemento di specificazione del rischio per un cittadino afgano, alla sua giovane

⁹ I richiami, che seguono nel testo, alla giurisprudenza di altri paesi europei sono tratti dal quaderno di EASO, *Articolo 15, lettera c), della direttiva “qualifiche” (2011/95/UE. Un’analisi giuridica*, gennaio 2015, spec. pag. 37-38.

¹⁰ Alta corte amministrativa della Baviera (Germania), sentenza 3 febbraio 2011, 13a B 10.30394.

¹¹ Tribunale superiore, Camera per l’asilo e l’immigrazione (Regno Unito), sentenza 13 novembre 2012, HM ed altri [articolo 15, lett. c)] Iraq CG Secretary of State for the Home Department.

età, unitamente alla morte dei genitori, alla mancanza di legami familiari e alla esposizione alla violenza e all'arruolamento forzato¹². Ha altresì dato rilievo alla professione del richiedente (nella specie cittadino della Repubblica democratica del Congo tenuto a viaggiare da e verso l'Angola), sempre che questa sia fondamentale per la sua identità, al punto che non sarebbe ragionevole aspettarsi che la cambi per evitare di subire possibili danni.¹³

Alla condizione professionale del richiedente (nella specie medici o giornalisti) ha dato rilievo anche il Tribunale amministrativo federale tedesco. Ha anche dato rilievo ad altre circostanze, quali la religione o l'etnia, purché non comportino il riconoscimento dello status di rifugiato.¹⁴

Non è escluso che la scarsità della casistica si spieghi anche, almeno in parte, con l'affinità della fattispecie di cui alla lett. c) a quella di cui alla lett. b) della disposizione che definisce il danno grave a base della protezione sussidiaria (art. 15 direttiva qualifiche; art. 14 d.lgs. 251/2007). Ove la situazione di pericolo da conflitto armato si accompagni ad elementi di individualizzazione, si attenuano i tratti distintivi tra l'una e l'altra fattispecie e finisce con l'assumere carattere prevalente o assorbente l'elemento del rischio di un trattamento, che è comunque "inumano o degradante" (l'offesa alla vita lo è necessariamente, la più generica offesa alla persona può esserlo nei congrui casi), rispetto agli elementi della violenza indiscriminata e del conflitto armato, caratteristici della fattispecie di cui alla lett. c); il che può indurre appunto ad applicare, piuttosto che quest'ultima, la fattispecie di cui alla precedente lett. b), che tra l'altro dispensa dalle problematiche, spesso complesse, legate agli elementi della violenza indiscriminata e del conflitto armato. Per non dire, poi, dell'affinità con l'istituto dello status di rifugiato (non a caso evidenziata dai richiamati precedenti del Tribunale Superiore del Regno Unito e del Tribunale amministrativo federale tedesco), tutte le volte in cui l'elemento di individualizzazione del rischio risieda nell'appartenenza ad un particolare "gruppo" sociale, religioso, politico o etnico, che rileva anche ai sensi degli artt. 2, lett. e), e 8 d.lgs. 251/2007 (artt. 2, lett. d), e 10 direttiva qualifiche).

¹² Corte nazionale per il diritto d'asilo (Francia), sentenze 21 marzo 2013, n. 12025577; 2 luglio 2012, n. 12006088; 18 ottobre 2011, n. 10003854; 3 giugno 2011, n. 09001675; 20 dicembre 2010, n. 10016190; 1° settembre 2010, n. 09016933.

¹³ Corte nazionale per il diritto d'asilo (Francia), sentenza 5 settembre 2013, n. 13001980.

¹⁴ Tribunale amministrativo federale (Germania), sentenza 20 febbraio 2013, BVerwG 10 C 23.12, punto 33.

2.2. Conflitto a bassa intensità e protezione umanitaria

Quanto poi alla giurisprudenza nazionale italiana, vi è molto probabilmente una ulteriore spiegazione dello scarso approfondimento della tematica degli elementi di individualizzazione del rischio nei casi che abbiamo definito di “ordinaria” violenza indiscriminata. Essa sembra risiedere nell’istituto, peculiare dell’ordinamento italiano, della protezione umanitaria ai sensi dell’(abrogato, *in parte qua*), art. 5, comma 6, t.u.imm.

È, invero, prassi corrente presso i giudici di merito porsi, una volta escluso che sussista nel paese di eventuale rimpatrio del richiedente un eccezionale livello di violenza sufficiente a giustificare di per sé l’applicazione dell’art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007, abbandonare senz’altro il terreno della protezione sussidiaria per immettersi in quello della protezione umanitaria, ricercandone i presupposti nella fattispecie concreta.

Tale ricerca dà non di rado esito positivo, ma in genere non viene ben chiarito (lo si dà quasi per scontato, o intuitivo) il nesso individuato in concreto tra la situazione di conflitto armato a bassa intensità e la compressione, con specifico riferimento al richiedente, dei diritti fondamentali al di sotto della soglia della dignità umana, che costituisce, secondo la elaborazione giurisprudenziale di legittimità (Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, Cass. S.U. 13 novembre 2019, n. 29459), presupposto essenziale del riconoscimento della protezione umanitaria.

La Prima Sezione civile della Cassazione si è posta esplicitamente la questione se, in situazioni di conflitto a bassa intensità, possa, perciò solo, essere riconosciuta la protezione umanitaria. Dopo avere, con ordinanza interlocutoria 29 maggio 2020, n. 10308, rimesso la questione alla pubblica udienza proprio per il suo carattere nomofilattico, l’ha poi decisa in senso negativo con la sentenza 19 novembre 2020, n. 26366¹⁵. La ragione di tale decisione negativa risiede nella necessità della presenza, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, del requisito della individualizzazione del rischio, non potendosi far coincidere la condizione del richiedente con quella generale del paese di origine, come statuito dalle Sezioni unite – con effetto vincolante per le sezioni semplici – nella richiamata sentenza n. 29459 del 2019.

2.3. Inquadramento del conflitto a bassa intensità

Tirando le fila di quanto si è venuto sin qui esponendo, la collocazione naturale della questione se possa essere riconosciuta protezione internazionale in

¹⁵ Per l’esattezza l’ordinanza e la sentenza in rassegna parlano di “conflitto a bassa intensità sociale”. Nonostante la presenza di quest’ultimo attributo, esso sembra però coincidere con la nozione corrente in giurisprudenza di conflitto a bassa intensità.

ragione della presenza di un conflitto armato a bassa intensità nel paese (o regione) di eventuale rimpatrio del richiedente asilo, dovrebbe essere la protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007.

Questa andrà riconosciuta laddove si accerti che sussistono in concreto fattori di rischio specifico di livello tale da controbilanciare il deficit del livello di violenza indiscriminata indotta dal conflitto, secondo il criterio della c.d. scala progressiva indicato dalla giurisprudenza della CGUE.

In difetto, la mera presenza di un conflitto a bassa intensità non sembra giustificare neppure il riconoscimento della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, t.u.imm., nel testo anteriore alla modifica introdotta dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv., con modif., in l. 1° dicembre 2018, n. 132 (per le fattispecie concrete anteriori all'entrata in vigore del predetto d.l., in cui la disposizione originaria trova ancora applicazione secondo quanto chiarito da Cass. S.U. 29459/2019, cit.); né sembra consentire l'applicazione del principio del *non refoulement* ai sensi dell'art. 19, comma 1.1, t.u.imm., il quale pure presuppone il carattere personale del rischio di trattamento inumano o degradante.

Resta aperta, ovviamente, la possibilità del riconoscimento di tali forme di protezione complementare per ragioni indipendenti dal conflitto o non specificamente legate ad esso, ancorché il medesimo possa fungere da elemento di contesto, influente in qualche maniera sui presupposti specifici di tali istituti: ossia sul rischio di riduzione, in caso di rimpatrio, del godimento dei diritti fondamentali al di sotto della soglia minima della dignità umana, quanto alla protezione umanitaria ex art. 5, comma 6, t.u.imm., o sul rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, quanto al divieto di *refoulement*.

3. “Rifugiati di guerra” e “rifugiati ambientali”: Cass. 5022/2021

C'è un altro tema sul quale è stata sollecitata una riflessione in questa sede, collegato, per così dire, “in parallelo” con la protezione per conflitto armato e posto all'attenzione dalla recente ordinanza 24 febbraio 2021, n. 5022 della Seconda Sezione civile della Corte di cassazione. Si è detto collegamento “in parallelo” perché l'ordinanza in realtà non riguarda la protezione per situazioni di conflitto armato, ma si limita a paragonare al conflitto armato il degrado ambientale quale fonte di pericolo per la vita degli uomini: «Il pericolo per la vita individuale che rileva ai fini del riconoscimento della protezione ... non deve necessariamente derivare – si legge nell'ordinanza – da un conflitto armato, ma può dipendere da condizioni socio-ambientali comunque riferibili all'azione dell'uomo», sia pure a determinate condizioni. Il nesso tra le due situazioni finisce qui, perché la Corte

– come vedremo – argomenta poi in diritto prescindendo del tutto dalla presenza di un conflitto armato e dall’art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007.

Limitando l’esame a quanto rileva ai fini dell’individuazione di astratte enunciazioni giuridiche, può dirsi che anzitutto la Corte richiama diffusamente la decisione del Comitato Onu per i diritti umani, pubblicata il 24 ottobre 2019, sul noto caso *Teitiota*, dal nome del ricorrente. Questi era un abitante dell’isola di Tarawa, nella Repubblica di Kiribati, in Oceania, e si doleva della violazione del divieto di *refoulement* da parte della Nuova Zelanda, che intendeva rimpatriarlo nella sua isola nonostante questa fosse minacciata – a causa dell’innalzamento del livello del mare per i mutamenti climatici dovuti all’incuria dell’uomo – dalla progressiva riduzione del territorio abitabile, con conseguente sovraffollamento, penuria di risorse e pesante conflittualità sociale. Il Comitato aveva disatteso la doglianza: pur riconoscendo che sugli Stati grava, in base all’art. 6 (diritto alla vita) del Patto internazionale dei diritti civili e politici¹⁶, anche l’obbligo di adottare misure positive di contrasto dei fattori che minacciano la vita delle persone, inclusi il degrado ambientale, i cambiamenti climatici e lo sviluppo insostenibile (cfr. punto 9.4 della decisione del Comitato), aveva tuttavia rilevato il difetto di prova del carattere personale della minaccia nei confronti del richiedente ed escluso, al contempo, che la minaccia di ordine generale alla vita della popolazione dell’isola avesse raggiunto livelli estremi. Infatti – ribadiva il Comitato – «... il rischio deve essere personale, ... non può derivare semplicemente dalle condizioni generali dello Stato di rimpatrio, tranne nei casi più estremi, e ... vi è una soglia elevata per fornire motivi sostanziali per stabilire se un rischio effettivo di danno irreparabile esista» (punto 9.3 della sua decisione).

La Corte accoglie quindi il ricorso enunciando il seguente principio di diritto: «Ai fini del riconoscimento, o del diniego, della protezione umanitaria prevista dall’art. 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. n. 286 del 1998, il concetto di “nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale” individuato dalla giurisprudenza di questa Corte (...) costituisce il limite minimo essenziale a di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all’esistenza dignitosa. Detto limite va apprezzato dal giudice di merito non soltanto con specifico riferimento all’esistenza di una situazione di conflitto armato, ma con riguardo a qualsiasi contesto che sia, in concreto, idoneo ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all’autodeterminazione dell’individuo al rischio di azzeramento o di riduzione al di sotto della predetta soglia minima, ivi espressamente inclusi – qualora se ne ravvisi in concreto l’esistenza in una determinata area geografica – i casi del disastro ambientale, definito dall’art.

¹⁶ Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966.

452-*quater* c.p., del cambiamento climatico e dell'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali.»

Può anzitutto osservarsi che la disposizione normativa applicata dalla Corte non è l'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007, bensì l'art. 19, commi 1 e 1.1, t.u.imm. Non si tratta dunque di protezione sussidiaria, bensì di permesso di soggiorno per divieto di *refoulement*.

La Corte parla di “protezione umanitaria”, forse perché la fattispecie è anteriore all'entrata in vigore del d.l. 113/2018, cit., che ha abrogato l'art. 11, comma 1, lett. c *ter*), d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, recante la previsione del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari nelle ipotesi di divieto di *refoulement* (oltre che nelle ipotesi di “seri motivi di carattere umanitario” ex art. 5, comma 6, t.u.imm., pure abrogato *in parte qua* dal medesimo d.l.). Attualmente il divieto di *refoulement*, ai sensi dell'art. 19, cit., dà luogo al rilascio di un permesso di soggiorno per “protezione speciale”, introdotto dal richiamato d.l. 113/2018, art. 1, comma 2, lett *a*) – che ha sostituito l'art. 32, comma 3, d.lgs. 25/2008 – e ribadito al comma 1.2 del medesimo art. 19, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 2), d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv., con modif., in l. 18 dicembre 2020, n. 173. Siamo comunque – sembra – fuori dell'ambito dell'istituto della “protezione umanitaria” come elaborato dalla giurisprudenza sulla base della richiamata previsione dei “seri motivi di carattere umanitario” di cui all'art. 5, comma 6, t.u.imm., ancorché la Corte richiami il “nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale”, menzionato da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, che di quella elaborazione è la capofila.

Trattandosi di permesso di soggiorno per divieto di *refoulement*, evidentemente la Corte, pur richiamando anche il comma 1 dell'art. 19, cit. (all'evidenza non applicabile, per difetto del requisito della persecuzione), ha inteso fare specificamente applicazione del comma 1.1 di tale articolo, il quale vieta il rimpatrio che esponga lo straniero al rischio di subire “trattamenti inumani o degradanti” (dovendosi altresì escludere l'ipotesi di sottoposizione a tortura, evidentemente non configurabile).

Può osservarsi che il rischio della vita, o comunque di una vita non dignitosa, nel senso indicato dalla decisione del Comitato ONU richiamata dalla Corte, ben potrebbe configurare gli estremi di un trattamento inumano o degradante. Occorre, però, verificare se in concreto tale rischio presenti i requisiti indicati dal Comitato, se cioè si tratti di rischio specificamente riferibile al richiedente oppure di rischio che interessa in generale il paese in cui egli andrebbe rimpatriato e, nel secondo caso, verificare altresì se ricorra o meno uno di quei “casi più estremi”, di cui parla la decisione del Comitato ONU, tenendo conto che la soglia delle ragioni da porre in tal caso a fondamento di un rischio effettivo di danno è una “soglia elevata”, come precisa il Comitato.

La sottolineatura del carattere personale e individuale del rischio di danno grave, salvo casi eccezionali ed estremi, è peraltro presente anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, come si è visto sopra a proposito dell'art. 15 della direttiva qualifiche; e non è estraneo neppure all'ordinamento nazionale italiano in senso stretto e alla sua giurisprudenza, se è vero che, con riguardo all'istituto (di mero diritto interno) della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, t.u.imm., la Corte di cassazione, a partire dalla già richiamata sentenza n. 4455/2018 della Prima Sezione, confermata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 29459/2019, ha appunto sottolineato la necessità della individualizzazione del rischio al di là del contesto generale del paese di rimpatrio, giacché «si prenderebbe altrimenti in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma quella del suo paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti».

Va aggiunta infine, per completezza, la menzione dell'istituto del permesso di soggiorno per calamità, previsto dall'art. 20 *bis* t.u.imm., introdotto dal d.l. 113/2018, cit., art. 1, comma 1, lett. h), il cui carattere temporaneo, peraltro, ne rende problematica la pertinenza al tema dei cambiamenti climatici.

SEZIONE TERZA

I PROCEDIMENTI DUBLINO

Profili problematici nell'applicazione del Regolamento Dublino alla luce del diritto a un rimedio effettivo e dei poteri del giudice

SOMMARIO: 1. Premessa. La natura dell'azione fatta valere nei procedimenti Dublino: accertamento della competenza o giudizio sulla legittimità dell'atto? – 2. Il contesto: la natura ibrida del Regolamento Dublino III – 3. Le perduranti frizioni tra la Corte di giustizia e la Corte EDU – 4. L'attivazione obbligatoria della clausola discrezionale ex art. 17 par.1 del reg. 604/2013 – 4.1 Le ipotesi: le violazioni a carattere individuale dell'art. 3 CEDU – 4.2. Il *refoulement* indiretto – 4.3. Le violazioni gravi della direttiva qualifiche e/o della direttiva procedure come violazioni del diritto d'asilo ex art. 18 della Carta – 4.4. Il rispetto della vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU – 5. Applicazione al contesto italiano della tesi relativa all'attivazione obbligatoria e da parte del giudice della clausola discrezionale alla luce della natura dell'azione fatta valere – 6. La questione degli obblighi informativi: un onere da assolvere anche nelle procedure di ripresa in carico? – 7. Quale regime di invalidità è applicabile a un provvedimento di trasferimento assunto in violazione degli obblighi informativi e/o del diritto all'intervista personale?

1. Premessa. La natura dell'azione fatta valere nei procedimenti Dublino: accertamento della competenza o giudizio sulla legittimità dell'atto?

Questo contributo intende fornire alcuni spunti ricostruttivi e di analisi critica relativamente ad alcune questioni emerse in applicazione del Reg. UE del Parlamento e del Consiglio, 26 giugno 2013, n. 604, c.d. Dublino III, questioni che sono state recentemente oggetto di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia da parte di taluni giudici di merito e della Corte di Cassazione italiani.

Si tratta, in particolare, di interrogativi che riguardano quale sia il rimedio applicabile dal giudice allorché il trasferimento, ai sensi del Reg. Dublino, rischi di violare diritti fondamentali della persona e, più nello specifico, se tale rimedio possa essere rappresentato dall'attivazione obbligatoria disposta dal giudi-

ce della c.d. clausola di sovranità/discrezionale¹ ai sensi dell'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013².

Oltre a ciò, i dubbi hanno riguardato la questione se gli obblighi informativi previsti dagli artt. 4 e 5 del Reg. 604/2013 debbano essere assolti anche nelle procedure di ripresa in carico e, in caso di risposta positiva, quale sia il regime di invalidità applicabile al provvedimento amministrativo di trasferimento assunto in violazione di tali diritti di partecipazione procedimentale³.

Tutte queste questioni verranno qui affrontate alla luce di un profilo che si ritiene comune e rilevante nell'ottica della giurisdizione italiana in relazione all'impugnazione del provvedimento di trasferimento Dublino, ossia quale sia la natura del ricorso *ex art. 3, comma 3 bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25: si tratta di un'azione di accertamento, mediante cui il giudice statuisce in merito a quale sia lo Stato effettivamente competente all'esame della domanda, o è un'azione che mira a vagliare la legittimità dell'atto di trasferimento e che dunque, in caso di accertata invalidità, si conclude con l'annullamento di tale provvedimento amministrativo?

La risposta a questa preliminare domanda è suscettibile di fornire soluzioni diverse agli interrogativi di cui sopra, tenendo presente, in entrambi i casi, la nozione di rimedio effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹ La cd. "clausola di sovranità" era prevista originariamente all'art. 3, par. 2 del Reg. 343/2003, mentre l'art. 15, par. 1 conteneva la cd. "clausola umanitaria". Il regolamento Dublino III ha riunito le due previsioni all'articolo 17, oggi rubricato "clausole discrezionali", disciplinando, al par. 1, la "vecchia" clausola di sovranità e al par. 2 la pregressa clausola umanitaria. In questo scritto, il riferimento alla clausola di sovranità andrà inteso alla clausola di cui all'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013.

² Su questi profili, si concentrano l'ord. del Trib. Roma 12 aprile 2021 e quella sollevata dal Trib. Firenze 29 aprile 2021.

³ Su questi aspetti si veda l'ord. Cass. 29 marzo 2021, n. 8668 e quella del Trib. Trieste 2 aprile 2021. Tutte e quattro le ordinanze di rimessione alla Corte di giustizia sono consultabili in allegato all'articolo di G. MICHELINI, *Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale*, in *Questione Giustizia*, 11.5.2021. Infine, con ord. del 14 aprile 2021, n. R.G. 43911/20, il Trib. di Milano ha posto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali: la prima relativa al regime di invalidità applicabile all'ipotesi di omissione di obblighi informativi nella fase procedimentale e se sussistano differenze di disciplina nelle procedure di presa e ripresa in carico; con la seconda questione, invece, il giudice meneghino ha interrogato la Corte di giustizia circa la riconducibilità o meno del cd. *refoulement* indiretto nel concetto di carenze sistemiche di cui all'art. 3, par. 2, Reg. 604/2013.

2. Il contesto: la natura ibrida del Regolamento Dublino III

Come noto, il c.d. sistema Dublino, sviluppatosi inizialmente da un accordo internazionale tra Stati europei e poi consolidatosi in un atto di diritto derivato dell'UE, il Reg. Dublino appunto, cui però sono vincolati anche Svizzera, Norvegia, Lichtenstein, nasce con l'intento di definire dei criteri uniformi per determinare lo Stato membro competente alla disamina della domanda di protezione internazionale, così da evitare i movimenti secondari dei richiedenti da uno Stato all'altro e garantire la celerità dei relativi procedimenti sulla domanda⁴.

L'intero sistema si fonda su relazioni bilaterali tra amministrazioni dei Paesi membri che, in applicazione appunto dei criteri stabiliti dal Reg., sono chiamate eventualmente a prendere in carico o a riprendere in carico il richiedente asilo⁵ e a procedere all'esame della domanda di protezione internazionale.

Il meccanismo si basa sul presupposto, richiamato dal considerando 3 dell'attuale Reg. 604/2013, per cui tutti gli Stati membri, in quanto rispettosi dal principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini dei Paesi terzi. Essi, pertanto, possono procedere al trasferimento dei richiedenti verso un Paese vincolato al sistema Dublino, riconoscendo così effetti giuridici ad atti prodotti in un altro Stato UE.

Si tratta, dunque, di un'applicazione puntuale del principio del mutuo riconoscimento, una tecnica regolatoria, tipica nel contesto dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, che ben esemplifica il carattere c.d. sovranazionale dell'Unione: l'evidente ritrosia degli Stati a cedere integralmente competenze in materia di diritto penale, sostanziale e procedurale, di controllo delle frontiere, di cooperazione giudiziaria in materia civile ha escluso la predisposizione di un apparato esecutivo centralizzato, secondo la formula dell'amministrazione diretta⁶, e ha quindi imposto il mantenimento di relazioni bilaterali e multilaterali

⁴ Per un commento puntuale alle disposizioni del Regolamento e per il contesto storico che ne ha portato all'adozione, v. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, in K. HAILBRONNER, D. THIM (eds), *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II ed, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016, pp. 1478 ss.; S. PEERS, *The Dublin III Regulation*, in S. PEERS, V. MORENO-LAX, GARLICK, E. GUILD (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 345 ss.

⁵ O la persona in relazione alla quale lo Stato che riprende in carico ha già completato l'esame della domanda di protezione internazionale, con esito negativo, e che dunque è presente irregolarmente.

⁶ Un'eccezione è, tuttavia, rappresentata dall'istituzione della Procura europea a partire da Eurojust che ha il compito di indagare e perseguire frodi contro il bilancio UE e altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Tale sviluppo, previsto solo come eventuale dall'art. 86 TFUE e condizionato dall'unanimità in sede di Consiglio, salvo ricorso alle cooperazioni rafforzate, si è appunto concretizzato, facendo uso di tale ultimo strumento, con l'approvazione del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12.10.2017.

tra amministrazioni e giurisdizioni degli Stati, fondate appunto sul principio del mutuo riconoscimento e sulla fiducia reciproca.

Questi meccanismi intrattengono un rapporto per così dire ambivalente rispetto alla sovranità statale⁷.

Da una parte, infatti, il *mutual trust* presuppone, come detto, un'integrazione di carattere sostanziale relativamente debole, evita lo sviluppo di meccanismi di esecuzione diretta e privilegia la dimensione del coordinamento tra Stati. Ne consegue, dunque, sotto questo profilo, una conferma dell'autonomia procedurale dei singoli Stati membri e di una sostanziale impermeabilità dei loro sistemi nazionali⁸.

Dall'altra parte, però, il principio della fiducia reciproca implica che le autorità dello Stato richiesto non possano opporre ragioni legate, ad esempio, al rispetto dei diritti fondamentali, soprattutto per come declinati nei diversi contesti nazionali, a giustificazione del rifiuto di dare esecuzione all'atto prodotto nello Stato membro richiedente⁹.

Il presupposto comune degli atti cui è applicabile il principio in questione è, infatti, la presunzione secondo la quale gli Stati dell'UE, proprio perché appartenenti all'UE e vincolati ai valori di cui all'art. 2 del TUE, offrano un sistema di tutela dei diritti adeguato¹⁰.

⁷ Come nota C. RIZCALLAH, *The Challenges to Trust-Based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a driver of EU Integration*, in *Eur. Law Jour.*, vol. 25, n. 1, 2019, pp. 1 ss.

⁸ C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 4.

⁹ In realtà, questa affermazione necessiterebbe di essere più attentamente calibrata alla luce delle declinazioni che il principio del mutuo riconoscimento riceve nei diversi atti di diritto derivato. Se, ad esempio, in relazione al mandato d'arresto europeo, la relativa decisione quadro non contempla clausole generali che abilitino lo Stato richiesto a negare l'esecuzione in ipotesi diverse e ulteriori da quelle già prese in considerazione dal testo della decisione, quali potrebbero essere, ad esempio, standard di tutela più elevati per i diritti della persona ricavabili dal dato costituzionale del Paese richiesto (su questo cfr. Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, Causa C-399/11, *Melloni*, con riferimento alla lesione del diritto a un processo equo derivante da una condanna penale pronunciata in contumacia), diversamente accade in relazione al Regolamento Dublino. L'esistenza nel testo del Regolamento della clausola c.d. di sovranità dovrebbe consentire all'amministrazione statale, più dubitativamente al giudice, di evitare il trasferimento e procedere a valutare la domanda, laddove si ritenesse di garantire uno standard di tutela più elevato rispetto a quello dello stato di trasferimento. Su questo profilo, v. l'ord. Trib. Firenze e comunque *infra* nel testo.

¹⁰ Cfr. V. CARLINO, G. MILANI, *To trust or not to trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d'arresto europeo e sistema comune d'asilo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2019; A. DI STASI (cur.), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del titolo VI della Carta*, Napoli, 2019.

Il potenziale impatto del sistema Dublino rispetto alla dimensione individuale dei diritti della persona era profilo particolarmente negletto, almeno nella versione originaria del Reg. Dublino. Non è da questo punto di vista superfluo ricordare come il Reg. n. 343/2003 – il c.d. Dublino II – si ponesse essenzialmente come uno strumento di carattere organizzativo, che si limitava a dettare vincoli tra Stati membri in relazione all'esame delle domande di protezione internazionale, privilegiando soprattutto una dimensione intergovernativa, in linea peraltro con la natura originariamente internazionale, e non di diritto dell'UE, della Convenzione di Dublino¹¹.

Mancavano, da una parte, i diritti di partecipazione al procedimento amministrativo, limitandosi, il Reg. del 2003, ad una stringata previsione che stabiliva, a favore del richiedente, un'informazione scritta sui criteri applicabili¹². Dall'altra, quanto al diritto a un rimedio effettivo, si prevedeva solo una laconica clausola circa la possibilità di esperire un ricorso o una revisione avverso la decisione di trasferimento¹³ e ciò aveva determinato molte incertezze applicative nella giurisprudenza sia degli Stati membri sia della stessa Corte di giustizia riguardo al tipo di rimedio esperibile e all'ampiezza dello stesso.

Il Reg. Dublino III segna, in questo senso, una netta evoluzione non solo perché esso contiene disposizioni specifiche relative ai diritti di partecipazione procedimentale, ma anche perché prevede espressamente il diritto a un ricorso effettivo di carattere giurisdizionale avverso il trasferimento, con una formulazione non identica, ma che pure riecheggia quella dell'art. 46 della "direttiva procedure" e dell'art. 47 della Carta.

Insomma, la consapevolezza che i meccanismi Dublino possano impattare sui diritti fondamentali è nettamente percepibile nel nuovo Reg. Dublino, come testimoniato dai considerando 19 e soprattutto 39.

Le innovazioni, però, più rilevanti, sotto il profilo della tutela dei diritti, sono state il frutto della giurisprudenza della Corte EDU. Come è noto, è stata quest'ultima, nella celebre sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*¹⁴, a mettere in discussione l'impianto del sistema, laddove ha riconosciuto la responsabilità del Belgio, per violazione dell'art.

¹¹ Si veda sul punto Corte di giustizia, sent. 7 giugno 2006, Causa C-63/15, *Gbezelbash*, par. 51 in cui si rileva la differenza di approccio del Regolamento Dublino II rispetto al Dublino III.

¹² Cfr. art. 3, par. 4, Reg. 343/2003.

¹³ Cfr. art. 19, par. 2: «[...] La decisione può formare oggetto di ricorso o revisione. Il ricorso o la revisione della decisione non ha effetto sospensivo ai fini dell'esecuzione del trasferimento a meno che il giudice o l'organo giurisdizionale competente non decida in tal senso caso per caso se la legislazione nazionale lo consente».

¹⁴ Corte EDU (G.C.), sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

3 CEDU, in quanto quest'ultimo non aveva impedito il trasferimento di un richiedente asilo in Grecia, nonostante fossero dati notori le carenze sistemiche quanto al trattamento delle domande e alla ricezione dei richiedenti asilo in tale Paese.

Secondo la Corte EDU, la circostanza per cui uno Stato membro dell'UE sia chiamato a dare esecuzione a richieste di altri Stati membri, basate sul principio del *mutual trust*, non esime lo Stato richiesto da una verifica dell'effettivo rispetto dei diritti della Convenzione EDU nello Stato richiedente, traducendosi, la mancata verifica, in una violazione indiretta della Convenzione. Il meccanismo che, secondo la Corte EDU, consente di ritenere compatibile il principio della fiducia reciproca con gli obblighi che discendono in capo agli Stati dell'UE dall'art. 3 della Convenzione EDU è la c.d. clausola di sovranità, oggi clausola discrezionale. Essa consente appunto allo Stato membro che determina la competenza di pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale, anche appunto se non sarebbe competente sulla base dei criteri stabiliti nel Reg. Dublino, e ciò per ragioni politiche, umanitarie, o anche di mera opportunità.

Il ragionamento della Corte EDU parte dalla constatazione che l'UE non è parte della CEDU e dunque non può essere valutata un'eventuale violazione alla Convenzione perpetrata da atti o istituzioni dell'Unione. Pertanto, secondo la dottrina *Bosphorus*, elaborata dalla stessa Corte EDU, gli Stati dell'UE, parti della Convenzione, non possono essere chiamati a rispondere di eventuali violazioni della Convenzione ogniqualvolta essi si limitino a dare attuazione, in modo vincolato, ad atti dell'UE, sempreché quest'ultima garantisca una tutela sostanzialmente equivalente a quella data dalla CEDU. Tuttavia, la responsabilità degli Stati membri dell'UE di fronte alla Convenzione si riepande integralmente quando il diritto dell'UE garantisce un margine di discrezionalità nell'implementazione nazionale, consentendo in tal modo agli Stati di rispettare gli obblighi della Convenzione. Per la Corte EDU, dunque, l'azionabilità della clausola di sovranità è da ritenersi obbligatoria ogniqualvolta, attraverso tale strumento, si possa evitare che il trasferimento ai sensi di Dublino violi uno dei diritti della Convenzione.

La successiva giurisprudenza della Corte di giustizia si è fatta parzialmente carico delle censure mosse dalla Corte EDU, ammettendo, nel caso *N.S.*, la possibilità di non procedere al trasferimento verso il Paese competente ma limitatamente all'ipotesi in cui in quest'ultimo vi siano fondati motivi di ritenere che sussistano carenze sistemiche nelle procedure d'asilo o nelle condizioni di accoglienza che implicino il rischio, allorché si effettuasse il trasferimento del richiedente, di un trattamento inumano e degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁵.

¹⁵ Corte giust., sent. 21 dicembre 2011, Causa C-411/10, *N.S.* In dottrina, cfr. C. FAVILLI, *Reciproca*

È importante osservare che il caso *N.S.* riguardava un'ipotesi di presa in carico: il ricorrente, transitato in Grecia e soggetto anche ad arresto, non aveva presentato qui alcuna domanda di asilo. La Corte di giustizia, dunque, ammettendo che la Grecia non potesse essere considerato il paese responsabile per via delle riscontrate violazioni alla Convenzione, invitava le autorità dello Stato procedente alla determinazione della competenza – il Regno Unito – a valutare se sussistesse un altro stato competente per la domanda, secondo i criteri previsti dal Regolamento. Tuttavia, secondo la Corte, nel proseguire tale disamina, lo Stato membro non avrebbe dovuto aggravare la situazione di violazione dei diritti fondamentali del richiedente asilo attraverso una procedura dalla durata irragionevole. All'occorrenza, osserva la Corte, detto stato è *tenuto* a esaminare esso stesso la domanda, conformemente alle modalità previste all'art. 3, par. 2 del Reg. n. 343/2003. La Corte di giustizia, dunque, impone (*lo stato è tenuto*) l'attivazione della clausola di sovranità al fine di ovviare alla durata irragionevole della procedura di determinazione della domanda.

Come detto, il caso *N.S.* si configurava come un'ipotesi di presa in carico. In una situazione di ripresa in carico, la soluzione di continuare a procedere con l'esame dei criteri, al fine di individuare un altro Stato competente, ai sensi del Reg. Dublino, non è praticabile, essendo la competenza dello Stato verso cui si opera il trasferimento non controversa¹⁶. Il rimedio, in tali casi, non potrebbe che essere il radicamento della competenza presso lo Stato che ha avviato la procedura di determinazione.

Come noto, la giurisprudenza *N.S.* è stata poi codificata all'odierno art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013. La disposizione, infatti, prevede che, nei casi in cui si abbiano fondati motivi di ritenere che sussistano violazioni sistemiche nelle procedure d'asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti, tali da implicare il rischio di un trattamento inumano o degradante, lo stato che ha avviato la procedura prosegue l'esame dei criteri per verificare se uno stato membro possa essere designato come competente. Il terzo capoverso stabilisce, però, che «qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente».

La disposizione, dunque, offre un identico rimedio – il radicamento della competenza presso lo Stato che ha avviato la procedura di determinazione del-

fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, in *Riv. dir. internaz.*, n. 3, 2015, 728.

¹⁶ Su questo aspetto, decisivo per distinguere le procedure di presa in carico da quelle di ripresa in carico, si veda efficacemente Corte giust., sent. 2 aprile 2019, causa C-582/17 e C-583/17, *H.R.*

la domanda – in due distinte ipotesi: la prima, applicabile evidentemente nelle procedure di presa in carico, ricorre qualora non sia possibile eseguire il trasferimento verso un altro Stato membro – diverso da quello in astratto competente laddove non si dessero le violazioni sistemiche – designato in base ai criteri di cui al capo III del Reg. Dublino. La seconda eventualità – «qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo [...] verso lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata» – sembra applicabile, invece, nelle sole situazioni di ripresa in carico, essendoci unicamente in tale caso una domanda che «è stata presentata». Ne consegue, dunque, che nelle procedure di ripresa in carico, laddove il trasferimento non sia possibile a causa delle violazioni sistemiche di cui all'art. 3, par. 2, secondo capoverso, la soluzione operativa è l'immediato radicamento della competenza nello Stato che ha avviato la procedura di determinazione della domanda, senza necessità alcuna di un'ulteriore attività di accertamento relativa all'esistenza di un altro stato competente secondo i criteri Dublino, ipotesi invece applicabile solo nei casi di presa in carico.

Non risulta, invece, codificato dall'odierno art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013 il riferimento che la Corte di giustizia pure svolge in *N.S.* quanto all'attivazione obbligatoria della clausola di sovranità in relazione alle lungaggini nell'espletamento della procedura di determinazione dello Stato competente¹⁷.

3. Le perduranti frizioni tra la Corte di giustizia e la Corte EDU

Nonostante le sensibili innovazioni introdotte dal Reg. Dublino III e il riconoscimento del carattere solo relativo e non assoluto della presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'UE, su cui poggia appunto il principio della fiducia reciproca¹⁸, si deve comunque notare un certo disallineamento tra Corte di giustizia e Corte EDU sia sulla portata delle possibili deroghe a tale principio sia sulle conseguenze, in termini di rimedio effettivo, spettanti al giudice.

In effetti, è da tenere in considerazione che il faro che guida e ha guidato la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza è sempre stato l'effettività del diritto dell'UE rispetto al diritto degli Stati membri, ossia il primato. Questa concezione di carattere oggettivo dell'effettività, perché legata in sostanza al conflitto tra

¹⁷ Tale profilo è efficacemente sottolineato da M. MARCHEGANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2014, pp. 178-179.

¹⁸ Non è un *blind trust*, per dirla con le parole di K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust*, in *C. M. L. Rev.*, vol. 54, 2017, pp. 805 ss.

ordinamenti giuridici, nazionale e dell'UE, e alla prevalenza delle norme del secondo sul primo, può entrare in conflitto con una concezione di effettività diversa, di carattere soggettivo, ossia come diritto fondamentale del singolo ad un rimedio effettivo¹⁹.

È importante osservare, da questo punto di vista, che proprio la salvaguardia del principio della fiducia reciproca, considerato dalla Corte di giustizia come la pietra angolare del sistema regolativo degli atti assunti nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, e dunque tassello assai rilevante per l'effettività del diritto dell'UE nel suo complesso, ha condotto i giudici del Lussemburgo a ritenere incompatibile con il TUE il progetto di Trattato di accessione della UE alla CEDU.

Nelle parole della Corte: «il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo (v., in tal senso, sentenze N.S. e a., C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, punti da 78 a 80, nonché Melloni, EU:C:2013:107, punti 37 e 63). Allorché attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono quindi essere tenuti, in forza di quest'ultimo, a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione»²⁰.

Questa diversa impostazione, quanto alle accezioni del rimedio effettivo, è alla base di un distinguo tra le due Corti: in ragione della natura solo eccezionale che deve caratterizzare la deroga al principio della fiducia reciproca, la Corte di giustizia ha inizialmente riconosciuto la possibilità di una eccezione al meccanismo di Dublino solo in ipotesi di violazione a carattere sistemico nelle procedure d'asilo e di ricezione dei richiedenti asilo che siano tali da configurare un rischio di trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU o 4 della Carta.

¹⁹ Su questa tensione, v. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5, 2018; O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, vol. III, Napoli, 2014, pp. 2324 ss.

²⁰ Cfr. Corte giust., Parere 2/2013, parr. 191-192.

Il punto di frizione rispetto alla Corte EDU era rappresentato dal diverso rilievo attribuito all'individuo: mentre, infatti, da parte della Corte EDU l'attenzione è rivolta al profilo del rimedio effettivo della persona e dunque ciò che rileva è il rischio che, attraverso il trasferimento ai sensi del Reg. Dublino, il richiedente possa subire un deterioramento della sua situazione e un potenziale rischio di trattamento inumano e degradante, avuto riguardo alle sue personali condizioni, per la Corte di giustizia, invece, è necessario temperare la tutela dei diritti fondamentali con l'interesse generale all'effettività del diritto dell'Unione, intendendo quest'ultima in senso oggettivo. Nel caso di specie, ciò si traduce nel non condizionare eccessivamente l'operatività del principio del *mutual trust*.

La diversa prospettiva emerge con nettezza nel caso *Tarackel* deciso dalla Corte EDU²¹: qui, la Svizzera viene condannata per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al trasferimento di una famiglia di richiedenti asilo in Italia, nonostante la Corte rilevi che tale Paese non presenti un rischio di violazione sistemica, come invece riscontrato in Grecia nel caso *M.S.S.* Ciononostante, la Corte EDU sancisce che la Svizzera avrebbe dovuto considerare anche i rischi di un trattamento inumano e degradante, conseguenti al trasferimento, in relazione alla *situazione individuale* dei ricorrenti e, all'uopo, procedere con l'attivazione della clausola di sovranità.

La possibilità di ammettere deroghe al principio della fiducia reciproca di carattere soggettivo, idonee cioè a dare tutela alle esigenze di vulnerabilità del singolo individuo, e non solo alle situazioni di violazioni sistemiche, ha infine fatto breccia nella Corte di giustizia nel caso *C.K.*: una giovane donna siriana, richiedente asilo, che aveva sviluppato, dopo il parto, un'acuta sindrome depressiva con tendenze suicide, si opponeva per tale ragione al trasferimento dalla Slovenia alla Croazia, Paese competente per l'esame della domanda di protezione internazionale²².

Tuttavia, è sotto il profilo del rimedio applicabile che continuano a permanere sensibili divergenze tra le due Corti.

Come osservato, laddove il trasferimento, ai sensi di Dublino, rischi di determinare una violazione della Convenzione, il rimedio imposto dalla Corte EDU è l'attivazione obbligatoria della clausola discrezionale.

Non è questa, tuttavia, la soluzione prospettata dalla Corte di giustizia nel caso *C.K.*, che appare imperniata su un approccio di gradualità e di cooperazione tra amministrazioni statali. In primo luogo, infatti, il giudice, chiamato a valutare il trasferimento verso il paese competente, può adottare misure necessarie per assicurarsi che l'amministrazione richiedente attui le necessarie precauzioni e può verificare in udienza lo stato di salute della persona prima dell'esecuzione del trasferimento (cons. 84).

²¹ Corte EDU (GC), sent. 4 novembre 2014, *Tarackel c. Svizzera*

²² Corte giust., sent. 16 febbraio 2017, Causa C-578/16/PPU, *C.K.*

Solo laddove le precauzioni non siano ritenute sufficienti a evitare il rischio di trattamenti inumani e degradanti, le autorità dello Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione devono sospendere il trasferimento, finché le condizioni di salute lo rendano possibile (cons. 85). La Corte di giustizia ritiene che lo Stato membro non sia tenuto ad attivare la clausola discrezionale, ai sensi dell'attuale art. 17, par. 1 del Reg. Dublino, pur osservando che tale attivazione non sarebbe contraria al Reg. (cons. 88). Tuttavia, osserva la Corte, il radicamento della competenza nello Stato che procede alla determinazione della competenza maturerà comunque, come effetto del passaggio del termine dei sei mesi ai sensi dell'art. 29 del Reg. (cons. 89).

Tale conclusione della Corte solleva alcune perplessità. Infatti, se la sospensione del trasferimento, laddove le precauzioni non fossero ritenute sufficienti, deve essere decretata da parte del giudice, come pure sembra evincersi dal cons. 90, il termine dei sei mesi, *ex art. 29 del Reg.*, non dovrebbe decorrere, visto che non si potrebbe parlare in tali casi di “decisione definitiva”, come prescritto da tale ultima disposizione.

Anche nel successivo caso *Jawo*²³, la Corte, nella formazione della *Grande Chambre*, ha riconosciuto la possibilità di una deroga al principio del *mutual trust* ulteriore rispetto alle violazioni sistemiche e ciò nell'ipotesi in cui alla persona, allorché trasferita nel paese competente, venga sì riconosciuto lo status di protezione internazionale, ma senza che la stessa abbia accesso ad alcuna specifica forma di assistenza, così da esporla ad una situazione di estrema privazione materiale.

Anche qui, però, la Corte si limita ad osservare che il trasferimento non può essere eseguito, ma non dice quale debba essere la soluzione operativa del giudice: è l'annullamento del relativo decreto di trasferimento, con successiva attesa del passaggio del termine di sei mesi, *ex art. 29 del Reg.*, così da radicare la competenza nello stato che procede a determinare la competenza? Se così, è davvero questa una soluzione che risponde alla necessità di garantire un rimedio effettivo della parte e al principio della celerità nell'espletamento delle domande d'asilo?

4. L'attivazione obbligatoria da parte del giudice della clausola discrezionale *ex art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013*

La Corte di giustizia ha più volte affermato che l'attivazione della clausola cd. di sovranità rimane nella piena discrezionalità dello Stato. Peraltro, la decisione di non attivarla non è insindacabile, potendo, dunque, la mancata o non sufficiente motivazione sul punto essere censurata in sede di ricorso²⁴.

²³ Corte giust., sent. 19 marzo 2019, Causa C-163/17, *Jawo*.

²⁴ Corte giust., sent. 23 gennaio 2019, Causa C-661/17, *M.A., S.A., A.Z.*, su cui M. FERRI, *Il rapporto tra*

La Corte EDU, invece, ritiene che, laddove il trasferimento sia suscettibile di violare uno dei diritti previsti dalla Convenzione, l'attivazione della clausola rappresenti un obbligo per lo Stato membro, essendo l'unica via attraverso cui quest'ultimo può evitare di incorrere in responsabilità.

È da ricordare, a riguardo, che il considerando 32 del Reg. 604/2013 impone agli Stati parte il pieno rispetto degli obblighi internazionali, nonché della pertinente giurisprudenza della Corte EDU²⁵. Si tratta, a ben vedere, di una specificazione più pregnante di quanto previsto dall'art. 52, par. 3 della Carta. Tale disposizione – che afferma il principio secondo cui, laddove i diritti enunciati dalla Carta corrispondono a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi devono essere uguali a quanto previsto dalla seconda – non include alcun riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU²⁶, lasciando così libera la Corte di giustizia di effettuare un bilanciamento diverso rispetto a quello volta per volta effettuato dalla Corte EDU, in modo da garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'UE.

Valorizzando, dunque, il riferimento al suddetto considerando, si può prospettare la seguente tesi: sebbene la clausola discrezionale sia normalmente applicabile da parte dell'amministrazione per ragioni umanitarie, politiche, anche di opportunità, questo non esclude che vi siano circostanze in cui la sua attivazione debba ritenersi obbligatoria. Ciò si darebbe, in particolare, al fine di garantire il rispetto dei vincoli internazionali derivanti dalla CEDU. In tale evenienza, l'attività dell'amministrazione è da ritenersi a carattere vincolato, sicché, laddove questa rimanesse inerte, il giudice dovrebbe attivare la clausola al fine di non violare gli obblighi internazionali e, segnatamente, la giurisprudenza della Corte EDU, come appunto ricordato dal considerando 32.

A sostegno di questa impostazione, si deve sottolineare come l'attivazione della clausola discrezionale non sia contraria ai fini perseguiti dal Regolamento, ma, al contrario, appaia un rimedio efficace sia per il richiedente sia per l'UE nel

clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A., S.A., A.Z. sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito, in osservatoriosullefonti.it, 1, 2019.

²⁵ Considerando 32 del Reg. 604/2013: «Per quanto riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, *compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.* (corsivo nostro).

²⁶ Il riferimento, però, alla giurisprudenza della Corte EDU è contenuto nelle Spiegazioni alla Carta, le quali, ai sensi dell'art. 6, par. 1 TUE, devono essere tenute in debito conto nell'interpretazione e applicazione della Carta.

suo complesso, garantendo un celere espletamento delle domande d'asilo²⁷. Lo riconosce la stessa Corte di giustizia, che implicitamente in *C.K.* esorta gli Stati a farne applicazione. Lo ricorda lo stesso Reg. Dublino III al considerando 17.

L'applicazione della clausola risponde alle esigenze di garantire alla parte un rimedio effettivo: in molti casi in cui il trasferimento non può essere eseguito, perché costituirebbe una violazione dei diritti fondamentali (si consideri il caso *C.K.* e *Jawo* in precedenza visti), l'attivazione della clausola anticipa di fatto una soluzione – il radicamento della competenza nello Stato che determina la procedura – che si affermerebbe comunque, mediante il passaggio del termine dei sei mesi, ai sensi dell'art. 29 del Reg. 604/2013.

Ma in quali ipotesi è configurabile l'attivazione obbligatoria della clausola e, dunque, quando si può ritenere che si sia in presenza di un'attività a carattere vincolato da parte dell'amministrazione, di modo che si possa giustificare l'intervento sostitutivo da parte del giudice rispetto all'amministrazione?

Ritengo che, per rispondere alla domanda di cui sopra, si debba ricordare ancora una volta il considerando 39 del Regolamento secondo cui «il presente Regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli artt. 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa. Il presente Regolamento dovrebbe pertanto essere applicato di conseguenza».

Dunque, le ipotesi di attivazione obbligatoria della clausola discrezionale vanno individuate partendo da tale testo, letto alla luce dell'ulteriore considerando 32 a tenore del quale, come già sottolineato, gli Stati, in attuazione del Regolamento, sono vincolati agli obblighi internazionali e in particolare alla giurisprudenza della Corte EDU.

Ciò non esclude che la clausola discrezionale possa essere attivata in ipotesi ulteriori e di carattere interno, ad esempio al fine di dare tutela a nozioni più ampie del diritto d'asilo di carattere costituzionale nazionale²⁸. Come detto, il Regolamento non si oppone a che lo Stato attivi la clausola sulla base di una valutazione di opportunità. Tuttavia, in tali circostanze, diverrebbe più dubbia

²⁷ Questo aspetto è sottolineato, in generale, anche da C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 1532 ss.

²⁸ Attorno a questo profilo, ruota l'ord. di rimessione alla Corte di giustizia del Trib. di Firenze, il quale interroga la Corte al fine di sapere se l'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013 si debba interpretare nel senso che esso sia d'ostacolo o se, invece, consenta, pur non imponendo, al giudice, investito dell'impugnazione del decreto di trasferimento, di affermare la competenza dello Stato che dovrebbe eseguire il trasferimento, attraverso l'attivazione della clausola. Tale soluzione viene giustificata dal giudice rimettente anche come rimedio per garantire il rispetto dell'art. 10, comma 3 Cost. it., norma che darebbe una tutela più ampia di quella offerta dalla protezione internazionale del diritto dell'UE.

l'applicazione della clausola da parte del giudice, non poggiando in questi casi l'attivazione giudiziale su una base di diritto euro-unitario. Ciò, invece, accadrebbe laddove, appunto, si desse ingresso, attraverso il considerando 32, a quella giurisprudenza della Corte EDU che, come argomentato, imporrebbe agli Stati parte, per evitare violazioni della Convenzione, l'attivazione obbligatoria della clausola. È quest'ultimo profilo, mi pare, a permettere di escludere ogni margine di discrezionalità in capo all'amministrazione e a evitare di configurare l'attivazione da parte del giudice come potenzialmente confliggente con il principio della separazione dei poteri

Passiamo ora a considerare le situazioni materiali in cui l'attivazione della clausola si potrebbe ritenere giuridicamente dovuta.

4.1. Le ipotesi: le violazioni a carattere individuale dell'art. 3 CEDU

Una prima ipotesi si configura laddove il trasferimento determinasse, in ragione delle peculiari condizioni del soggetto, una violazione dell'art. 3 CEDU o art. 4 della Carta, anche in assenza delle violazioni sistemiche di cui all'art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013. È questa appunto la situazione affrontata da *Tarackel* e poi accolta dalla Corte di giustizia in *C.K.*, su cui non si ritiene opportuno soffermarsi ulteriormente.

4.2. Il *refoulement* indiretto

Con tale espressione ci si riferisce al rischio che il destinatario di una decisione di trasferimento, una volta riammesso nel territorio dello Stato competente, alla conclusione con esito negativo della procedura di asilo o per essersi questa già conclusa con esito negativo, sia ulteriormente rimandato nel Paese d'origine, dove può essere esposto al rischio di subire un trattamento inumano e degradante.

Le ipotesi cui alludiamo attengono, però, a situazioni in cui nello Stato competente non siano individuabili violazioni a carattere sistemico, ai sensi dell'art. 3 par. 2 del Reg., giacché, in questa eventualità, opererebbe in modo autonomo la soluzione tratteggiata da tale disposizione. Ci si riferisce, piuttosto, a prassi, amministrative e/o giudiziali di Stati, che applicano la direttiva "qualifiche" e/o "procedure" secondo standard di tutela meno elevati di quelli praticati nel contesto nazionale e tali da porre il rischio del rinvio nel Paese d'origine, in asserita violazione indiretta o *par ricochet* dell'art. 3 CEDU.

Come esempi, emersi nella giurisprudenza nazionale, si può pensare a trasferimenti verso Paesi UE che escludono, in relazione a certi Paesi terzi, che l'intensità dei relativi conflitti sia tale da qualificarsi ai sensi della lett. c) dell'art. 15 della direttiva qualifiche e procedono dunque a negare lo status di protezione,

avviando il conseguente rimpatrio²⁹. Oppure, ci si può riferire a prassi nazionali che applicano la nozione di *internal relocation alternative*, ai sensi dell'art. 8 della dir. 2011/95/UE, in aree geografiche per le quali la giurisprudenza dello stato che procede alla determinazione della competenza ne esclude invece l'applicazione³⁰.

Non ci soffermeremo qui a valutare, sul punto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, resa finora sulla questione³¹, per la cui disamina si rinvia ad altri contributi in questo scritto³². La prospettiva cui si guarda, in linea con le premesse in precedenza esposte, è, infatti, quella di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, al fine di valutare se e quale rilevanza quest'ultima giurisdizione dia alla nozione di *refoulement* indiretto nel contesto Dublino. Si tratta, infatti, di stabilire se secondo la Corte EDU sussista un obbligo, convenzionalmente imposto dall'art. 3 CEDU, di non dare seguito a trasferimenti verso un Paese dell'UE, laddove sussista il rischio probabile che il ricorrente venga effettivamente rimpatriato da questo Stato nel Paese d'origine e qui possa subire trattamenti inumani e degradanti.

Nel caso *M.S.S.*, effettivamente la Corte EDU ha mostrato di aderire a tale impostazione. Essa ha riconosciuto che le strutturali deficienze della Grecia – tanto nella valutazione delle domande di protezione internazionale quanto nella fase

²⁹ È questa la situazione cui si riferisce l'ord. di rinvio pregiudiziale del Trib. Milano 14 aprile 2021.

³⁰ È questa, ad esempio, la situazione da cui è scaturita l'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia da parte del Tribunale di Roma.

³¹ Ci si limita, però, ad osservare che la Corte di Cassazione ha censurato l'orientamento manifestato dal Tribunale di Roma (si veda, ad es., Trib. Roma, decreto 26 febbraio 2019, RG 15777/2018 e decreto 19 novembre 2019, RG 54163/2018). Detto organo giudicante, sul rilievo che il trasferimento verso un altro Paese membro dell'UE avrebbe determinato un rischio di *refoulement* indiretto, ha proceduto ad annullare i relativi decreti di trasferimento e ha sollecitato l'amministrazione ad attivare la clausola di sovranità. Nell'ord. Cass., sez. lav., del 23 novembre 2020, n. 26603, la Corte, oltre a rilevare che le clausole discrezionali vedono come destinatari gli Stati membri, e, nel caso italiano, tale potere spetta, ex art. 3, comma 3 del d.lgs. 25/2008, all'unità Dublino e non al giudice, ha anche osservato che «non poteva essere rivalutata la domanda di protezione internazionale già esaminata dallo Stato membro che aveva preso in carico per primo il richiedente. Una nuova rivalutazione dell'istanza contrasterebbe, infatti, con l'art. 78 TFEU, come interpretato dalla Corte di giustizia, improntato ad una fiducia reciproca tra gli Stati dell'Unione e, pertanto, al rispetto delle decisioni assunte dagli stessi; essa, inoltre, attraverso una torsione interpretativa dell'art. 17 assolutamente non consentita dal dato letterale e da quello logico-sistematico ed in contrasto con la finalità del Regolamento n. 604 del 2013, dichiarata dall'art. 3.1 [...] determinerebbe uno stress strutturale di tutto l'impianto del suddetto Regolamento Dublino III».

³² Si rimanda, in particolare, all'esauritivo contributo di U.L.C.G. SCOTTI, *Questioni aperte in relazione all'applicazione del Regolamento Dublino*, in questo stesso volume.

dell'accoglienza – erano tali da qualificarsi di per sé come violazione dell'art. 3 CEDU e, dunque, in presenza di queste condizioni, il Belgio non avrebbe dovuto operare alcun trasferimento. Ma, oltre a questo profilo, più conosciuto e da cui derivò l'attuale formulazione dell'art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013, la Corte condannò il Belgio anche per il rischio di *refoulement* indiretto: secondo la Corte, le violazioni sistemiche nel trattamento delle domande di protezione internazionale da parte della Grecia erano tali da far ritenere concreto il rischio, ignorato dal Belgio, ma di cui questo non poteva non essere consapevole, che i richiedenti sarebbero stati assoggettati alle procedure di rimpatrio verso il Paese d'origine, senza un reale esame di merito della domanda di protezione.

Il punto, tuttavia, è stato oggetto di nuova e più recente rimediazione da parte della Corte EDU nella sentenza *Ilias and Ahmed v. Hungary* del 21 novembre 2019 resa dalla Grand Chamber. La Corte ha condannato l'Ungheria per violazione indiretta dell'art. 3 CEDU, in considerazione della prassi delle autorità magiare di respingere i richiedenti asilo alla frontiera con la Serbia, senza valutazione del merito della domanda d'asilo, in quanto l'Ungheria considera la Serbia un paese terzo sicuro, nonostante, invece, più fonti denuncino le carenze sistemiche nell'esame delle domande d'asilo da parte di Belgrado.

La Corte EDU, tuttavia, chiarisce – con valutazioni che sono applicabili anche al contesto Dublino –, dissipando in modo esplicito i dubbi generati da pregresse pronunce, tra le quali appunto *M.S.S.*, che quando si controverte di una possibile violazione indiretta del divieto di respingimento, il sindacato del giudice deve limitarsi a valutare se, nel paese terzo sicuro verso cui opera il trasferimento, il richiedente asilo abbia accesso a un adeguato procedimento di esame nel merito della sua domanda d'asilo. Non fa, invece, parte della valutazione del rischio di *refoulement* indiretto una valutazione prognostica sul possibile esito della domanda di protezione internazionale³³.

³³ Corte EDU, *Ilias v. Hungary*, 21.11.2019, par. 130-131: «However, where a Contracting State seeks to remove the asylum seeker to a third country without examining the asylum request on the merits, the State's duty not to expose the individual to a real risk of treatment contrary to Article 3 is discharged in a manner different from that in cases of return to the country of origin. While in the latter situation the expelling authorities examine whether the asylum claim is well founded and, accordingly, deal with the alleged risks in the country of origin, in the former situation the main issue before them is whether or not the individual will have access to an adequate asylum procedure in the receiving third country. That is so because the removing country acts on the basis that it would be for the receiving third country to examine the asylum request on the merits, if such a request is made to the relevant authorities of that country. In addition to this main question, where the alleged risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 concerns, for example, conditions of detention or living conditions for asylum seekers in a receiving third country, that risk is also to

Per quanto riguarda la Corte di giustizia, nell'attesa che la stessa si pronunci sulle pregiudiziali effettuate proprio dai giudici di merito italiani³⁴, si possono forse ricavare possibili indicazioni dalla sentenza *H.R.*³⁵. In essa, la Corte ha affermato che, nell'ipotesi in cui un cittadino di un Paese terzo abbia presentato una domanda di protezione internazionale in un primo Stato membro, abbia poi lasciato tale Stato membro e abbia successivamente presentato una nuova domanda in un secondo Stato membro, egli non può, in un ricorso *ex art. 27* del Reg., far valere i vizi legati alla erronea applicazione dei criteri di competenza. Trattandosi infatti di procedure di ripresa in carico, la competenza del primo Stato a conoscere la domanda non è più controversa, a differenza di ciò che accade nel caso delle procedure di presa in carico.

Certamente l'argomentazione della Corte riguarda il caso in cui si discuta dell'applicazione dei criteri di competenza, e non già della possibile violazione, in un contesto di *refoulement* indiretto, degli artt. 4 e 19 Carta. Ciononostante, vale la pena riportare le motivazioni addotte dalla Corte per giustificare una limitazione così ampia dei motivi di impugnazione ai sensi dell'art. 27 del Reg. 604/2013.

Secondo la Corte, infatti, ammettere che il ricorso giurisdizionale possa avere ad oggetto il sindacato sulla correttezza nell'applicazione dei criteri di competenza, già stabilita dalle precedenti autorità, equivarrebbe a un riesame delle conclusioni cui sono giunte le autorità del Paese competente. Ma ciò si porrebbe

be assessed by the expelling State». E ancora, parr. 146-147 «In this regard, the Court is not oblivious of the fact that in some cases of removal of asylum seekers to third intermediary countries without examination of the merits of the asylum claim by the removing State, it has included text mentioning that the applicants' claim about risks in their countries of origin were arguable, which could be seen as the Court taking a stand, in the context of Article 3 of the Convention, on whether or not the risks invoked in respect of the country of origin were arguable (see, among several others, T.I. v. the United Kingdom (dec.), cited above and M.S.S. v. Belgium and Greece, cited above, § 344; but see also the opposite approach in Mohammadi, cited above, §§ 64-75, Sharifi, cited above, §§ 26-39; Tarakhel, cited above, §§ 93-122; and Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy (dec.), no. 27725/10, §§ 62-79, 2 April 2013). *In the present case the Grand Chamber, having had the benefit of the parties' submissions devoted specifically to this question, considers that it is not for the Court to act as a court of first instance and deal with aspects of the asylum claims' merits in a situation where the defendant State has opted – legitimately so – for not dealing with those and at the same time the impugned expulsion is based on the application of the "safe third country" concept. The question whether there was an arguable claim about Article 3 risks in the country of origin is relevant in cases where the expelling State dealt with these risks» (corsivo nostro).*

³⁴ La questione, infatti, del rilievo della nozione di *refoulement* indiretto nel contesto Dublino è posta nelle ordinanze di Roma, di Firenze e di Milano.

³⁵ Corte giust., sent. 2 aprile 2019, causa C-582/17 e C-583/17, *H.R.*

in conflitto con il principio, di cui all'art. 3, par. 1 del Reg. 604/2013, e definito fondamentale da parte della Corte di giustizia, per cui «una domanda d'asilo deve essere esaminata da un solo stato membro, che è quello individuato come stato competente in base ai criteri enunciati al capo II». Inoltre, la Corte rileva che l'ammettere, nei casi di ripresa in carico, che il ricorso possa avere ad oggetto una revisione dei criteri applicativi dello Stato competente significherebbe contrastare con altre due finalità del Reg. Dublino. Da un lato, infatti, si incentiverebbero i c.d. movimenti secondari che, invece, il Reg. Dublino intende proprio scoraggiare, e, dall'altro, ci si porrebbe in contrasto con l'obiettivo del rapido espletamento delle domande di protezione internazionale, menzionato al considerando 5 del Reg. 604/2013.

Come si vede, dunque, le argomentazioni spese dalla Corte di giustizia non sono lontane da quelle che hanno condotto la Corte di Cassazione a negare rilievo al *refoulement* indiretto nel contesto Dublino: ammettere la rilevanza di quest'ultimo, al di fuori delle ipotesi di violazioni sistemiche, significherebbe che le autorità di uno Stato membro possano nei fatti giungere ad una revisione delle conclusioni dell'amministrazione, o dei giudici, di un altro Stato membro. Ma ciò sembra porsi in radicale contraddizione con il principio del *mutual trust*, cardine del sistema Dublino.

4.3. Le violazioni gravi della direttiva qualifiche e/o della direttiva procedure come violazioni del diritto d'asilo ex art. 18 della Carta

Laddove si convenisse con la ricostruzione di cui sopra – l'obbligo convenzionale del divieto di *refoulement* indiretto non imporrebbe una valutazione del rischio nel paese d'origine, ma solo la verifica che ci sia stato un adeguato esame nel merito della domanda da parte dello stato terzo cd. sicuro, verso cui si rinvia il richiedente –, ci si potrebbe interrogare, allora, se asserite violazioni, da parte dell'amministrazione o dei giudici dello Stato verso cui opera il trasferimento Dublino, della direttiva “qualifiche” o “procedure”, “violazioni che siano magari gravi e ripetute, ma comunque tali da non integrare di per sé gli estremi delle violazioni sistemiche, ex art. 3, par. 2 del Reg.”, possano essere qualificate come una violazione dell'art. 18 della Carta, che prescrive il diritto d'asilo, e per tale via, anche alla luce del considerando 39 della Carta che esplicitamente richiama tale disposizione imponendone il pieno rispetto, ritenere giustificata una deroga ulteriore all'operatività del principio della fiducia reciproca. In sostanza, dunque, la deroga sarebbe giustificata non dalla lesione dell'art. 3 CEDU e quindi del *refoulement* indiretto, ma dalla violazione da parte dell'amministrazione o dei

giudici dello Stato competente del diritto d'asilo, *ex art. 18 Carta*³⁶.

A questo riguardo, si può osservare che in *Ibrahim*, la Corte di giustizia ha giudicato che la prassi bulgara di ritenere sistematicamente inammissibili le domande volte ad ottenere lo status di rifugiato politico, una volta che il richiedente avesse ottenuto lo status di protezione sussidiaria, fosse sì in contrasto con la direttiva “procedure” e con l’art. 18 della Carta, ma che ciò non facesse venir meno la capacità di un altro Stato membro di dichiarare comunque inammissibile la seconda domanda d’asilo presentata nel suo territorio. Inoltre, nella sentenza *N.S.* la Corte ha precisato che «non sarebbe compatibile con gli obiettivi e con il sistema del Reg. n. 343/2003 che la minima violazione della direttiva 2003/9, 2004/830 o 2005/85 sia sufficiente per impedire qualunque trasferimento di un richiedente asilo verso lo stato membro di regola competente»³⁷.

Dunque, sembrerebbe che l’eventuale difformità di orientamenti relativamente all’applicazione delle direttive in materia di protezione internazionale non dovrebbe costituire un fondamento per ritenere inesequibili le decisioni di trasferimento. Di conseguenza, si dovrebbe negare l’obbligo di attivare la clausola discrezionale da parte del giudice, anche se questa possibilità ben potrebbe rimanere nella disponibilità della amministrazione.

Vero è, tuttavia, che, nelle ipotesi che si stanno qui valutando (ad esempio, prassi nazionali che negano a taluni conflitti l’intensità di cui all’art. 15, lett. c) della “dir. qualifiche”, in difformità dalle indicazioni ricavabili dai competenti organismi internazionali, o che applichino la nozione di *internal relocation alternative*, ai sensi dell’art. 8 della dir. 2011/95/UE, in aree geografiche per le quali sempre tali organismi internazionali e/o la giurisprudenza dello Stato che procede alla determinazione della competenza tendano ad escluderlo), non si potrebbe a ragione parlare di violazioni minime della direttiva, ma di situazioni che, laddove acclamate, condurrebbero a negare in radice l’attribuzione del diritto alla protezione internazionale. E lo stesso caso *Ibrahim*, pur concludendo nel senso che l’amministrazione del secondo Stato – la Germania – fosse legittimata a riconoscere gli effetti alla decisione dell’amministrazione bulgara, ha nondimeno riconosciuto che quest’ultima violava l’art. 18 della Carta. E lo ha fatto in relazione ad una situazione che comunque garantiva una tutela sostanziale alla persona, cui, come detto, era stata riconosciuta la protezione sussidiaria, anche se non lo *status* di rifugiato.

³⁶ Prospettano questa possibile ricostruzione C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 1532 ss.

³⁷ Sempre nella stessa sentenza, al par. 82 la Corte rileva: «Non per questo, però, se ne può concludere che qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro competente si riverberi sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del regolamento n. 343/2003».

In situazioni quali quelle prima individuate, è auspicabile che il giudice, investito dell'impugnazione avverso il decreto di trasferimento, solleciti un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale si andrebbe, così, ad inserire in un rapporto trilaterale³⁸, rappresentato, al vertice, dalla stessa Corte di giustizia, nella sua posizione di giudice nomofilattico, e, alla base, dal giudice dello Stato che sta procedendo al trasferimento, quale parte formale e sostanziale del rapporto processuale, e dall'amministrazione/giudice dello Stato membro competente, formalmente non parte della procedura di rimessione. È evidente che la domanda pregiudiziale posta avrà ad oggetto la corretta interpretazione del diritto UE – *sub specie* delle pertinenti disposizioni della direttiva “qualifiche” o “procedure” e dei rimedi che il giudice che effettua il trasferimento debba porre in essere per ovviare, in ipotesi, a tali violazioni – ma, in realtà, surrettiziamente, il giudice del rinvio tenderà ad ottenere una sentenza della Corte che, interpretando il diritto dell'Unione, vada a vagliare, di riflesso, la compatibilità con esso delle prassi interpretative e applicative in uso nello Stato di trasferimento.

E, laddove la Corte di giustizia ritenesse effettivamente fondati i dubbi sulla correttezza dell'approccio seguito dall'amministrazione o dai giudici dello Stato nel dare esecuzione alla direttiva “procedure” o a quella “qualifiche”, si possono ipotizzare due scenari: o la Corte di giustizia consente al giudice di riconoscere una deroga al principio di fiducia reciproca o, pur non arrivando a tale risultato e dunque confermando implicitamente il funzionamento del meccanismo Dublino, potrebbe comunque accertare la violazione del diritto dell'UE da parte dell'altra amministrazione/giudice nazionale. Tale riconoscimento, sia pure *incidenter tantum*, riverbererebbe comunque i suoi effetti indiretti sugli organi dello Stato verso cui opera il trasferimento: l'amministrazione di quest'ultimo, ad esempio, sarebbe di fatto tenuta ad agire in conformità al diritto dell'UE per come acclarato dalla Corte di giustizia, essendo anch'essa vincolata all'efficacia extraprocessuale delle sentenze della Corte di giustizia³⁹. Anche per non incor-

³⁸ Abbiamo già prospettato questa situazione in D. STRAZZARI, *Cooperazione giudiziaria nell'UE e principio del mutuo riconoscimento: quali riflessi sullo strumento del rinvio pregiudiziale?*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, pp. 543 ss.

³⁹ Il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutti gli organi dello Stato, inclusa l'amministrazione, di dare piena efficacia alle norme dell'Unione. Si veda, in relazione all'amministrazione, Corte giust., 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Costanzo*, par. 31. Sulla distinzione tra “efficacia endoprocessuale” del rinvio pregiudiziale – da intendersi come vincolo assoluto in capo al giudice del rinvio di conformare la propria soluzione al *dictum* della Corte – e “efficacia extraprocessuale”, intesa come valenza *erga omnes*, in qualità di precedente vincolante e produttiva di effetti diretti, che la sentenza pregiudiziale spiega nei

rere in responsabilità da violazione del diritto dell'UE, l'amministrazione dello Stato competente dovrebbe quindi operare, eventualmente in autotutela, al fine di dare piena tutela alla persona.

4.4. Il rispetto della vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU

Ci si può chiedere, infine, se e in che termini l'art. 8 CEDU o l'art. della 7 Carta, e dunque il rispetto del diritto alla vita privata e familiare, possano fondare deroghe all'operatività dei meccanismi Dublino e giustificare l'attivazione obbligatoria della clausola discrezionale.

È da osservare, sul punto, che la giurisprudenza della Corte EDU, resa in relazione all'art. 8⁴⁰, non sembra offrire un sicuro sostegno a tale lettura. In relazione, infatti, alle ipotesi di allontanamento del cittadino straniero, la Corte opera una *summa divisio* a seconda dello status di soggiorno in precedenza attribuito allo straniero. Solo laddove quest'ultimo fosse in precedenza radicato da lungo tempo nel paese, per esservi qui nato o per avervi trascorso la maggior parte dell'infanzia e giovinezza, la Corte ritiene che l'eventuale allontanamento costituisca effettivamente una potenziale lesione dell'art. 8 e passa poi a valutare, in un'opera di bilanciamento, se l'allontanamento possa essere giustificato sulla base del perseguimento di uno di quegli interessi pubblici elencati dal secondo par. dell'art. 8. I fattori di cui tener conto in tale contesto sono: in quale misura sia effettivamente compromessa la vita familiare in caso di allontanamento della persona; la portata dei legami con lo Stato contraente, l'esistenza di ostacoli insormontabili che non permettono che la famiglia viva nel Paese di origine di uno o più dei suoi membri, la sussistenza di fattori relativi al controllo dell'immigrazione (per esempio, precedenti violazioni della legislazione in materia di immigrazione) o considerazioni di ordine pubblico che depongano a favore dell'esclusione. La Corte ha peraltro affermato che si deve tener conto dell'interesse superiore dei figli minori nell'esercizio di valutazione dell'espulsione di un genitore, e in particolare delle difficoltà legate al ritorno nel Paese di origine del genitore⁴¹.

confronti degli altri giudici non direttamente coinvolti nel meccanismo di rinvio, v. A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. Giur. (ad vocem)*, 1997, Roma, p. 12 ss.

⁴⁰ In argomento, vedi A. DEL GUERCIO, *Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in A. CALIGIURI A., G. CATALDI, N. NAPOLETANO (CUR.), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 387-413; e, più recentemente, M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *Dir., Imm. Citt.*, 2, 2021, pp. 16 ss.

⁴¹ Corte EDU, sent. 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi* [GC], par. 117-118

Diversamente, invece, la Corte prevede quando lo straniero sia stato ammesso nel territorio nazionale sulla base di un titolo a carattere precario, come appunto è il caso del richiedente asilo. Il fondamento per limitazioni all'eventuale allontanamento viene fatto discendere qui dall'esistenza di obblighi positivi derivanti appunto dalla necessità di rispettare l'art. 8 CEDU.

L'obbligazione che ne deriva si articola, però, in modo completamente diverso – e meno stringente – rispetto all'ipotesi dello straniero da tempo presente nel Paese. Nell'ipotesi del richiedente asilo, la Corte EDU si mostra nettamente più attenta agli interessi pubblici del controllo delle frontiere e tende ad escludere che si possa dare automatica tutela ai legami familiari che lo straniero abbia nel frattempo maturato, perché ciò porterebbe a dover riconoscere come *fait accompli* l'insediamento nel frattempo occorso da parte dello straniero e a riconoscergli per tale via una giustificazione al suo soggiorno. Inoltre, la Corte dà forte rilievo al fatto che i legami familiari si siano costituiti quando le persone coinvolte fossero consapevoli fin dall'inizio che lo status immigratorio fosse di tipo precario e dunque tale da rendere incerta la possibilità di permanere nello Stato ospite.

In questo senso e in relazione al contesto Dublino, si può richiamare la sentenza *A.S. v. Switzerland*⁴², relativa a un caso di trasferimento dalla Svizzera all'Italia di un richiedente asilo che invocava la violazione degli art. 3 e 8 della CEDU: questi, essendo vittima di stress post-traumatici, dovuti alla tortura in precedenza subita, e dipendente dalle cure delle sorelle, residenti da tempo in Svizzera, faceva appunto valere che il trasferimento in Italia avrebbe aggravato le sue conseguenze di salute.

La Corte, respingendo il ricorso e confermando indirettamente l'approccio seguito dalle corti federali svizzere, che avevano negato l'attivazione, nel caso di specie, della clausola di dipendenza, oggi prevista all'art. 16 del Reg. 604/2013, ha confermato la distinzione sopra accennata relativa ai diversi obblighi scaturiti dall'art. 8 CEDU in funzione del titolo con cui lo straniero è ammesso nel territorio dello Stato⁴³ e ha appunto enfatizzato che tra i criteri cui dare peculiare

⁴² *A.S. v. Switzerland*, 30 giugno 2015, n. 39350/13.

⁴³ *Ivi*, (§ 44) «The Court recalls that where a Contracting State tolerates the presence of an alien in its territory, thereby allowing him or her to await a decision on an application for a residence permit, an appeal against such a decision or a fresh application for a residence permit, such a Contracting State enables the alien to take part in the host country's society, to form relationships and to create a family there. However, this does not automatically entail that the authorities of the Contracting State concerned are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow him or her to settle in their country. In a similar vein, confronting the authorities of the host country with family life as a *fait accompli* does not entail that those authorities are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow the applicant to settle in the country. The Court has previously held that, in general, persons in that situation have no entitlement to expect that a right of residence will be conferred upon them (*Jeunesse v. the Netherlands* [GC], no. 12738/10, § 103, 3 October 2014). The same applies to cases of asylum seekers whose presence on the territory of a Contracting State is tolerated by the national authorities on their own motion or accepted in compliance with their international obligations».

rilievo *«is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. It is the Court's well-established case-law that, where this is the case, it is likely only to be in exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8 (ibid., § 108)⁴⁴. (corsivo nostro)*

Ciononostante, è da osservare che la ragione precipua dell'inserimento della clausola discrezionale nel Reg. Dublino è stata proprio la volontà di risolvere possibili lesioni all'unità familiare determinate dall'applicazione dei criteri Dublino, come chiaramente si evince dal considerando 17 del Reg. 604/2013.

In argomento, si deve ricordare che nella sentenza *K.*⁴⁵, in applicazione dell'art. 15, par. 2 del Reg. Dublino II⁴⁶ e del riferimento ivi contenuto al termine *parenti*, la Corte di giustizia aveva imposto l'obbligo per lo Stato che aveva avviato la procedura di determinazione di ritenersi competente in relazione ad una domanda di asilo avanzata da una richiedente, che vantava un rapporto di dipendenza con la nuora, già presente come richiedente asilo in quello stesso stato.

Il Reg. del 604/2013 prevede oggi una nuova fattispecie in materia di dipendenza – l'art. 16 – secondo cui l'obbligo di mantenere assieme il nucleo familiare scatta nelle sole ipotesi in cui il rapporto di dipendenza occorra tra il richiedente e il figlio, il fratello o il genitore, escludendo, dunque, altri rapporti familiari, incluso quello considerato in *K.*

In dottrina, si è dunque proposto che tutte quelle ipotesi di dipendenza familiare, che non ricadono oggi nell'ambito di applicazione dell'odierno art. 16 del Reg. 604/2013 e che, tuttavia, sulla base della giurisprudenza *K* potevano ricevere in precedenza copertura sulla base del vecchio art. 15, par. 2 del Reg. Dublino II, dovrebbero continuare a ricevere tutela. In tali casi, lo Stato non potrebbe effettuare legittimamente il trasferimento e dovrebbe attivare obbligatoriamente la clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Reg. 604/2013⁴⁷.

⁴⁴ *Ivi*, § 48

⁴⁵ Corte giust., sent. 6 novembre 2012, Causa C.245/11, *K.*

⁴⁶ Cfr. Art. 15, Reg. 343/2003: «Nel caso in cui la persona interessata sia dipendente dall'assistenza dell'altra a motivo di una gravidanza, maternità recente, malattia grave, serio handicap o età avanzata, gli Stati membri di [regola lasciano] insieme o [ricongiungono] il richiedente asilo a un altro *parente* che si trovi nel territorio di uno degli Stati membri, a condizione che i legami familiari esistessero nel paese d'origine».

⁴⁷ Cfr. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 1532 ss.

Tale tesi si fonda sia sul presupposto che il Reg. 604/2013 non avrebbe potuto determinare un peggioramento del livello di tutela dei diritti, stante l'obiettivo, di cui al considerando 9, di migliorare la protezione dei richiedenti asilo rispetto al precedente Reg. 343/2003, sia sul richiamo agli "obblighi positivi" che discenderebbero in capo agli Stati membri dall'art. 8 CEDU.

5. Applicazione al contesto italiano della tesi relativa all'attivazione obbligatoria e da parte del giudice della clausola discrezionale alla luce della natura dell'azione fatta valere

La tesi qui esposta della attivazione obbligatoria e giudiziale della clausola discrezionale, almeno nei casi in cui vi sia la necessità di garantire gli obblighi discendenti dalla CEDU, non è accolta dalla giurisprudenza di legittimità italiana. Secondo la Corte di Cassazione, l'attivazione di essa non è soggetta a condizioni particolari ed è volta a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, determinando le circostanze in cui intende farne uso, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico. Tale decisione spetta esclusivamente alle autorità statali e, nell'ordinamento italiano, compete, in base all'art. 3, comma 3 del d.lgs. 25/2008, all'Unità Dublino che opera presso il dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del ministero dell'interno, mentre non può essere direttamente esercitata dal giudice⁴⁸.

Tuttavia, superando precedenti timidezze⁴⁹ e allineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia *M.A., S.A., A.Z.*, la Cassazione ha infine affermato la sindacabilità del (mancato) esercizio della clausola in parola osservando: «il rifiuto illegittimo dell'amministrazione di farne uso, risolvendosi necessariamente nell'adozione di una decisione di trasferimento, potrà, eventualmente essere oggetto

⁴⁸ *Ex multis*, Cass., sez. I, 28 ottobre 2020, n. 23724; conforme anche Cass., Cass., 28 ottobre 2020, n. 23727.

⁴⁹ Sembrava, ad esempio, orientarsi verso la tesi dell'insindacabilità della mancata attivazione della clausola Cass., Sez. Lav. n. 26603 del 23 novembre 2020, sul rilievo che l'art. 17 del Reg. 604/2013 avrebbe come destinatari gli Stati e non il giudice e, in precedenza, sia pure implicitamente, Cass. 23584/2020, in cui si formula il principio di diritto secondo cui «laddove sia stato impugnato un provvedimento di ripresa in carico di un immigrato già accettato da parte di uno stato membro UE, il giudice ordinario nazionale non può rilevare violazioni formali del Regolamento Dublino verificatesi nel corso della procedura, essendo sfornito di competenza al riguardo. Infatti, il relativo sindacato è limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali» (corsivo nostro).

di contestazione in sede di ricorso giurisdizionale, al pari della sua impropria utilizzazione. Un simile ricorso non risulterà finalizzato a sostituire la discrezionalità del giudicante alla discrezionalità dell'amministrazione competente, ma piuttosto a verificare se l'esercizio di quest'ultima sia eventualmente avvenuto in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Reg. CE 604/2013 e, più in generale, dell'impianto normativo del diritto dell'Unione o della Cedu»⁵⁰.

Si può ritenere, dunque, che le situazioni in precedenza esposte come giustificative di un'attivazione obbligatoria (e, nella nostra tesi, giudiziale) della clausola discrezionale sembrano coincidere, nell'impostazione della Corte di Cassazione, con ipotesi in cui la mancata attivazione della clausola da parte dell'amministrazione sarebbe sanzionabile dall'autorità giudiziaria attraverso l'annullamento del relativo decreto di trasferimento.

In questo senso, sostenere la possibilità dell'attivazione della clausola discrezionale direttamente da parte del giudice oppure annullare il decreto, sul presupposto che l'amministrazione avrebbe dovuto attivare la clausola, e invitare, poi, quest'ultima ad agire in tal senso potrebbero sembrare soluzioni non troppo dissimili.

È da interrogarsi, allora, se, in nome delle esigenze di celerità dei relativi procedimenti Dublino e del diritto della parte ad ottenere un rimedio effettivo, ossia satisfattivo in concreto della pretesa azionata, *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, non sia più funzionale procedere nel primo senso, anziché nel secondo, atteso che la soluzione del radicamento della competenza si verrebbe comunque a determinare vuoi per l'attivazione della clausola discrezionale da parte dell'amministrazione, vuoi per la decorrenza del termine dei sei mesi *ex art. 29*, laddove l'amministrazione rimanesse inerte.

Inoltre, si può osservare, in relazione all'ipotesi dell'annullamento del decreto di trasferimento per omessa o insufficiente motivazione circa l'attivazione della clausola discrezionale, che, essendo la relativa decisione solo di carattere rescindente, non si potrebbe negare l'eventualità che l'amministrazione, pur ponderando nuovamente i diversi interessi in gioco e motivando o motivando in modo diverso rispetto alla prima decisione di trasferimento circa l'attivazione della clausola, si orientasse comunque per non azionare quest'ultima ed emettesse un secondo nuovo decreto di trasferimento, ponendo in tale caso diversi problemi applicativi in ordine al decorso dei termini di cui all'art. 29 del Reg. 604/2013⁵¹.

⁵⁰ Cass., sez. lav., 23 dicembre 2020, n. 29447.

⁵¹ A mero titolo d'esempio: l'ordinanza con cui si è annullato il primo decreto di trasferimento, per mancata o insufficiente motivazione circa l'attivazione della clausola, travolge anche l'accettazione

È poi da sottolineare come l'art. 27 del Reg. 604/2013 non dia indicazioni specifiche quanto alla natura dell'azione fatta valere, rimettendo, sul punto, all'autonomia procedurale degli Stati membri. La disposizione recita infatti: «il richiedente o altra persona di cui all'art. 18, par. 1 lett. c) o d) hanno diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una *revisione* della medesima, in fatto e in diritto, innanzi a un organo giurisdizionale» (corsivo nostro).

L'uso alternativo dei termini “ricorso” e “revisione” sembra ammettere tanto una natura caducatoria della relativa impugnazione, volta quindi al solo annullamento dell'atto, quanto estesa al merito. È da notare, peraltro, che, anche laddove i sistemi nazionali configurino il relativo ricorso come un giudizio sulla legittimità del relativo decreto di trasferimento, la Corte di giustizia ha comunque stabilito che il giudice debba tenere conto di eventi successivi all'adozione della decisione di trasferimento formati dopo l'emissione del decreto, quali, ad esempio, il decorso dei termini, *ex art. 29 Reg. 604/2013*⁵², o di situazioni fattuali, non considerate dall'amministrazione, ma tali da condurre a una diversa valutazione sullo Stato competente. Ma vi è di più: nella recente sentenza *H.A.*, sia pure in un *obiter dictum*, la Corte di giustizia, in riferimento a un sistema processuale di tipo annullatorio, ha affermato che «il mezzo di ricorso deve altresì garantire che, qualora una circostanza successiva alla decisione di trasferimento implichi la competenza dello stato membro richiedente, le autorità competenti di quest'ultimo sono tenute ad assumere i provvedimenti necessari per riconoscere

dello Stato competente, che pure sarebbe atto che precede il decreto di trasferimento? Se sì, è necessario che lo stato competente manifesti nuovamente l'intenzione di accettare il trasferimento? Se non vi fosse tale manifestazione espressa, da quando si fanno decorrere i sei mesi di cui all'art. 29? Sarebbe attivabile un secondo giudizio, di ottemperanza, laddove la decisione dell'amministrazione eludesse quanto stabilito dal giudice avverso cui si è proposto ricorso contro il (primo) decreto di trasferimento?

⁵² Cfr. Corte giust., sent. 25 ottobre 2017, Causa C-201/16, *Shiri*. L'autorità austriaca competente aveva dichiarato inammissibile la domanda di protezione internazionale del sig. Shiri, ordinando la sua espulsione e dichiarando che egli poteva essere trasferito verso la Bulgaria. Questi presentava ricorso avverso tale decisione, facendo valere che l'Austria era divenuta lo Stato membro competente a esaminare la sua domanda in ragione della scadenza del termine di trasferimento di sei mesi *ex* articolo 29 del regolamento Dublino III. Nel caso di specie, tale termine di sei mesi era scaduto in data successiva a quella dell'adozione della decisione di trasferimento. La Corte ha dichiarato che l'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, letto alla luce del considerando 19 di tale regolamento, nonché l'art. 47 della Carta devono essere interpretati nel senso che un richiedente protezione internazionale deve poter disporre di un mezzo di ricorso effettivo e rapido che gli consenta di far valere la scadenza del termine di sei mesi definito all'art. 29, par. 1 e 2, di detto regolamento *intervenuta successivamente all'adozione della decisione di trasferimento*.

tale competenza e per avviare senza ritardo la domanda di protezione presentata dall'interessato» (corsivo nostro)⁵³.

Come si evince, dunque, da questo passaggio, non si tratta solo di un'ipotesi di deroga al principio generale *tempus regit actum*, in base al quale la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere vagliata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, quanto piuttosto il fatto che l'oggetto del giudizio non è in sostanza la legittimità formale del provvedimento di trasferimento, ma l'accertamento di eventi – anche appunto successivi all'emanazione del provvedimento – idonei ad incidere sulla competenza all'esame della domanda («le autorità competenti [...] sono tenute ad assumere i provvedimenti necessari *per riconoscere tale competenza*», corsivo nostro). Eventi che, laddove presenti, implicano per il giudice l'obbligo di adottare soluzioni processuali che consentano di passare senza indugio all'esame della domanda.

Tali riflessioni, poi, si devono innestare nello specifico contesto giuridico italiano, in relazione al quale non è chiara, fermo restando la natura di diritto soggettivo fatta valere nel ricorso Dublino e la conseguente giurisdizione del g.o., oggi legislativamente stabilita dall'art. 3, comma 3 *bis* del d.lgs. 25/2008⁵⁴, quale sia la natura dell'azione – se di accertamento della competenza o di legittimità dell'atto di trasferimento – e quali siano i relativi poteri del giudice.

Sul punto, si può osservare che, nell'ord. n. 8044/2018, le Sez. Unite sono giunte ad affermare la giurisdizione del g.o. nei casi Dublino, anche enfatizzando il collegamento tra il procedimento Dublino di accertamento della competenza all'esame della domanda e quello sulla decisione della domanda medesima⁵⁵. Questo parallelismo tra le due fasi sembra appunto giustificare una soluzione simile, quanto alla natura del ricorso, a quello che si ha in relazione alle domande di protezione internazionale che è appunto di accertamento del relativo status. Dunque, anche nel contesto Dublino, si potrebbe sostenere che il ricorso dovrebbe avere ad oggetto l'accertamento di quale sia lo Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale.

⁵³ Corte giust., sent. 15 aprile 2021, Causa C-194/19, *H.A.*, § 47

⁵⁴ La modifica è stata introdotta nel 2017, con l'art. 3, comma 1 lett. e-bis, della l. n. 46 del 2017, che ha convertito il d.l. 13/2017. La giurisdizione del g.o., prima dell'intervento del legislatore, è stata affermata da C. Stato, sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738 e confermata dalla Cass. Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8044 su cui *infra* nel testo

⁵⁵ Cass., Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8044: «Ne deriva che l'accertamento della competenza dell'esame della domanda e la decisione sulla domanda medesima, pur costituendo fasi distinte, sono inserite in un procedimento unitario, attivato dalle manifestazioni di volontà del cittadino straniero».

Anche in talune sentenze della Cassazione, pure concludendosi nel senso che il controllo del giudice ordinario, in relazione al decreto di trasferimento «è pertanto *un sindacato di legalità, da svolgersi come giudice dell'atto e non del rapporto e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e la violazione di legge*», si legge altresì, in modo un po' contraddittorio, richiamando il precedente dell'ord. n. 31675/2018 sempre della Cassazione, che «la competenza ad esaminare una domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 17 citato, spetta all'amministrazione e *al giudice spetta invece decidere su quale sia lo stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale*» (corsivo nostro)⁵⁶.

A riguardo, si deve ulteriormente osservare che l'art. 113, comma 3 della Costituzione consente al legislatore di attribuire al g.o. un potere di annullamento degli atti amministrativi, ma ciò dovrebbe essere esplicitamente previsto dalla legge («nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»), dovendosi altrimenti applicare, in assenza di una previsione derogatoria, la legge sul contenzioso amministrativo⁵⁷ che attribuisce al g.o. un potere incidentale di disapplicazione, ma non di annullamento.

In questo senso, si può ricordare l'ordinanza di manifesta infondatezza della Corte costituzionale, la n. 140 del 2001, resa in riferimento alla questione di costituzionalità, per violazione degli artt. 3, 24 e 113 della Cost., dell'allora art. 28, comma 6 del Testo Unico Immigrazione, laddove, in materia di unità familiare dello straniero, attribuiva la giurisdizione al g.o., abilitando quest'ultimo, con il decreto che accoglie il ricorso, a disporre il rilascio del visto d'ingresso. La Corte ha così rilevato: «considerato che non esiste un principio costituzionale che escluda la possibilità per il legislatore ordinario, in determinati casi (rimessi alla scelta discrezionale dello stesso legislatore), in sede di affidamento della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, di attribuire al giudice ordinario anche un potere di annullamento e speciali effetti talora sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera prioritari, anche se ciò può comportare la necessità da parte del giudice di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati, *ma sempre riguardanti situazioni regolate da una serie di previsioni legislative, che prevedano espressamente l'esercizio di tali poteri*». (corsivo nostro).

L'art. 3, comma 3 *bis* del d.lgs. 25/2008 non attribuisce alcun potere di annullamento al giudice ordinario in relazione al decreto di trasferimento nei procedimenti Dublino.

⁵⁶ Si veda ad esempio Cass., sez. Lav., 23 novembre 2020, n. 26603 rispettivamente par. 18 e par. 13.

⁵⁷ Cfr. l. del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

Si potrebbe osservare, però, che anche in altri contesti, sempre legati all'immigrazione, il legislatore ha affidato il ricorso avverso taluni provvedimenti amministrativi alla giurisdizione ordinaria, senza però attribuire in modo espresso un relativo potere di annullamento, e, tuttavia, nonostante il silenzio serbato dalla legge, si ritiene che esso spetti implicitamente al giudice⁵⁸. È il caso, ad esempio, del giudizio avverso il provvedimento di espulsione. La giustificazione è individuata nella necessità di garantire al ricorrente l'effettività del rimedio giurisdizionale, che sarebbe frustrata se non si garantisse l'annullamento del provvedimento espulsivo, laddove invalido⁵⁹.

Tuttavia, nel contesto Dublino, non è affatto detto che il rimedio effettivo sia rappresentato solo dall'annullamento del decreto di trasferimento. L'interesse ad avere una pronuncia celere sul merito della domanda d'asilo induce a ritenere che il rimedio effettivo dovrebbe corrispondere a una statuizione sullo stato competente a valutare la domanda, in modo da procedere senza indugi alla valutazione sulla sussistenza o meno della protezione internazionale.

Ne deriva che, nelle ipotesi finora descritte – che riguardano, appunto, tutte situazioni di ripresa in carico e dove, per le ragioni che si sono in precedenza esposte, non si pone la questione di cercare un altro Stato membro competente, non essendo applicabile l'art. 3, par. 2, secondo capoverso del Reg. 604/2013 – la presenza di cause ostative al trasferimento, derivanti dalla necessità di garantire gli obblighi convenzionalmente imposti dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte EDU, dovrebbe indurre il giudice ad un'affermazione sulla competenza dello Stato italiano a valutare la domanda, attraverso l'applicazione della clausola discrezionale.

La circostanza per la quale nelle situazioni descritte l'attività dell'amministrazione si configurerebbe come strettamente vincolata, perché appunto volta a dare attuazione a precisi vincoli internazionali, sembra inoltre idonea a scongiu-

⁵⁸ Cfr. M. LIPARI, *Il giudice ordinario e le nuove forme di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Aspetti problematici della devoluzione al giudice ordinario delle controversie in materia di atti autoritativi*, 2002, in www.giustizia-amministrativa.it che in riferimento all'impugnazione avverso il decreto di espulsione osserva come a livello legislativo «non vi sono esplicite indicazioni in ordine al contenuto, alla natura ed alla profondità dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario» e che tuttavia «pur nel silenzio della legge sembra preferibile ritenere che l'accertamento di un vizio [...] debba condurre alla pronuncia di annullamento dell'atto oggetto di gravame».

⁵⁹ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, spec. 98 e ss. e 131 ss. In generale, sul tema, vedi anche E. MITZMAN, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi della CEDU*, Tesi dottorato, Univ. di Trento, A.A. 2012-2013, spec. pp. 298 ss.

rare il rischio di una lesione del principio della separazione dei poteri. Infine, è appena il caso di osservare che le obbligazioni scaturenti dal diritto dell'Unione sono imputabili allo Stato nel suo complesso e dunque anche al giudice. Sicché la circostanza per cui l'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013 è formalmente diretta agli Stati non pare rappresentare un ostacolo a che essa riguardi anche l'apparato giudiziario.

La soluzione qui proposta si giustifica anche sulla base dell'ulteriore osservazione per cui nei casi di violazione sistemiche, ai sensi dell'art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013, la soluzione offerta, nei casi di ripresa in carico, è appunto il radicamento della competenza all'esame della domanda in capo allo Stato che ha avviato la procedura di determinazione.

Sicché, da questo punto di vista, sembrerebbe singolare e potenzialmente lesivo del principio di uguaglianza/ragionevolezza che, in presenza di un'asserita violazione dello stesso bene giuridico (l'art. 3 CEDU), ma in contesti di carattere individuale, e/o comunque di violazioni di altri diritti comunque fondamentali, il rimedio sia diverso, nel senso di limitarsi, in questa seconda ipotesi, al solo annullamento del provvedimento di trasferimento, senza alcun accertamento relativo allo stato competente all'esame della domanda.

In alternativa alla nostra ricostruzione, si potrebbe allora ritenere applicabile la soluzione offerta dall'art. 3, par. 2, terzo periodo del Reg. 604/2013, secondo cui «Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente».

L'applicazione in via analogica di tale disposizione, in una situazione in cui il trasferimento in un altro Paese UE, pur non integrando un'ipotesi di violazioni sistemiche, avrebbe determinato, a parere del collegio giudicante, una violazione del cd. *refoulement* indiretto, è stata applicata dal Tribunale di Milano⁶⁰ che ha esplicitamente accertato e statuito relativamente alla competenza dello Stato italiano a valutare la domanda. Il recente rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Firenze pone all'attenzione della Corte proprio tale possibile lettura dell'art. 3, par. 2 del Reg., sempre in un'ipotesi di rischio di *refoulement* indiretto.

La soluzione, che condivide, rispetto alla tesi qui sostenuta dell'attivazione obbligatoria e giudiziale della clausola discrezionale di cui all'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013, la premessa per cui il ricorso *ex art. 27* del Reg. dovrebbe essere rivolto ad accertare quale sia lo stato competente, ha, mi sembra, due limiti: il primo è che la soluzione offerta dal terzo periodo dell'art. 3, par. 2 del Reg. sem-

⁶⁰ Trib. Milano, decreto 14 ottobre 2020, R.G. 27034/2020.

bra appunto, per ragioni testuali e sistematiche, legarsi al capoverso precedente e quindi riferibile alle sole violazioni sistemiche; il secondo limite è che, anche ad ammettere la lettura estensiva, il riferimento nell'art. 3, par. 2 del Reg. Dublino all'art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE (e quindi al divieto di trattamenti inumani e degradanti) potrebbe al più suggerirne un'applicazione limitata ai casi in cui venga in discussione solo la lesione di tale diritto, e non altri, creando una gerarchizzazione nella tutela di questi ultimi che sembra discutibile⁶¹.

6. La questione degli obblighi informativi: un onere da assolvere anche nelle procedure di ripresa in carico?

Tra le innovazioni introdotte dal Reg. 604/2013 rispetto al precedente regolamento, vi è, si è detto, il rafforzamento delle garanzie cd. partecipative del richiedente nell'ambito del procedimento di determinazione dello stato responsabile.

I diritti di partecipazione al procedimento svolgono due funzioni: da un lato, essi consentono al richiedente di esercitare in modo più efficace il suo diritto alla difesa; dall'altro, essi permettono anche di soddisfare meglio l'interesse pubblico cui è preposta l'amministrazione (ma nel contesto Dublino, sembra più corretto parlare di amministrazioni), fornendo a quest'ultima uno strumento ulteriore per conoscere tutti gli elementi su cui fondare una decisione completa e celere.

La Corte di giustizia ha ricavato dal sistema dei Trattati un principio generale ad essere sentiti nei procedimenti amministrativi in materia di protezione internazionale e di espulsione, anche laddove la normativa applicabile non preveda espressamente tale diritto⁶². Il principio, pur imponendo l'obbligo in capo all'amministrazione di mettere l'interessato nelle condizioni di poter chiarire punti oscuri o contraddittori, non implica necessariamente un obbligo di audizione personale, potendo il diritto ad essere ascoltato venire soddisfatto anche attraverso la presentazione di memorie o osservazioni scritte. Solo laddove l'autorità non fosse in grado di raggiungere una decisione sulla base degli elementi forniti, scatterebbe un obbligo di audizione personale.

⁶¹ Anche se, da questo punto di vista, è vero che l'art. 3 CEDU rientra tra i diritti cd. assoluti (non soggetti, cioè, a bilanciamento) e inderogabili ai sensi dell'art. 15 CEDU.

⁶² In riferimento alla protezione internazionale, con particolare riguardo alla dir. 2005/85, applicabile alle sole procedure di rifugio e non di protezione sussidiaria, laddove lo Stato avesse optato per disciplinare ciascun tipo di protezione internazionale con due procedimenti amministrativi distinti, Corte giust., sent. 9 febbraio 2017, Causa C-560/14, *M*; in riferimento all'espulsione e alla dir. 2008/115, sent. 5 novembre 2014, Causa C.166/13, *Mukarubega*; sent. 11 dicembre 2014, Causa C-249/13, *Boudjlida*.

In questo senso, dunque, gli artt. 4 e 5 del Reg. possono ritenersi la concretizzazione di principi generali enunciati dalla Corte, ma in tutta evidenza essi rafforzano sensibilmente la posizione soggettiva del richiedente.

Ciò premesso, la questione va affrontata tenendo distinti due piani. In primo luogo, ci si deve chiedere se, anche nelle procedure di ripresa in carico, esista un obbligo per l'amministrazione di rilasciare l'opuscolo informativo *ex art. 4* del Reg. 604/2013 e/o di procedere al colloquio personale *ex art. 5*. E, in secondo luogo, ammesso che tale obbligo vi sia, ci si dovrà interrogare su quale sia il regime di invalidità del decreto di trasferimento, assunto in carenza di tali obblighi procedurali: mera irregolarità sanabile, annullabilità o nullità?

Riguardo al primo punto, non sono mancate, nella giurisprudenza di merito⁶³, tesi volte a ritenere non applicabili gli obblighi partecipativi nella fase di ripresa in carico. In effetti, la netta diversità di disciplina tra le due procedure è stata recentemente segnalata dalla Corte di giustizia, sia pure a fini diversi ma potenzialmente connessi⁶⁴. Nella già citata sentenza *H.R.*, infatti, la Corte ha sottolineato che, a differenza delle procedure di presa in carico, quelle di ripresa in carico presuppongono che non sia in discussione la competenza all'esame della domanda da parte di uno Stato UE diverso da quello in cui si trova il richiedente e ciò perché ai sensi dell'art. 18 lett. b), c), e d), del Reg. 604/2013 in tale Paese era già stata presentata una domanda di protezione internazionale. Ne consegue, secondo la Corte di giustizia, che, nell'ipotesi in cui un cittadino di un paese terzo abbia presentato una domanda di protezione internazionale in un primo Stato membro, abbia poi lasciato tale stato membro e abbia successivamente presentato una nuova domanda in un secondo stato membro, questi non può, in un ricorso *ex art. 27* del Reg., far valere vizi legati alla erronea applicazione dei criteri di competenza per come in concreto implementati dall'amministrazione del primo paese.

Alla luce di tale giurisprudenza, si potrebbe, dunque, ritenere che l'obbligo di assolvere agli obblighi informativi e all'audizione personale acquistino un rilievo decisamente diverso a seconda che il procedimento riguardi un'ipotesi di presa in carico o, al contrario, di ripresa in carico: nel primo caso, evidentemente, tali obblighi informativi sono funzionali a consentire alla parte di fornire elementi per determinare il Paese effettivamente competente, nel secondo caso, invece, si dovrebbe opinare diversamente, atteso che la competenza del secondo Stato, sulla base dei criteri del Reg. Dublino, non è in discussione.

⁶³ Si veda, a titolo d'esempio, Trib. Trieste, dec. 5 luglio 2019, R.G. 1786.

⁶⁴ Corte giust., sent. 2 aprile 2019, cause C-582/17 e C-583/17, *H.R.*

Anche il dato testuale degli artt. 4 e 5 del Reg. 604/2013 offre sostegno alla tesi in questione. L'art. 4, infatti, prevede che gli obblighi informativi siano assolti «non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'art. 20, par. 2». A sua volta, quest' articolo precisa: «La procedura di determinazione dello Stato membro competente è avviata non appena una domanda di protezione internazionale è presentata per la prima volta in uno Stato membro». Nei casi di ripresa in carico, dunque, lo Stato tenuto ad assolvere tali obblighi sembrerebbe essere quello competente e non quello che ha avviato la procedura di determinazione della competenza.

Per quanto riguarda il colloquio personale, secondo l'art. 5 del Reg. 604/2013, quest'ultimo è svolto «al fine di agevolare la procedura di determinazione dello stato membro competente», un'espressione che, dunque, non collima con l'ipotesi della ripresa in carico in cui la determinazione dello Stato competente è già avvenuta. Inoltre, l'art. 5, par. 3 dice che il colloquio personale deve svolgersi in tempo utile e comunque prima che sia adottata la decisione di trasferire il *richiedente* verso lo stato membro competente, ai sensi dell'art. 26, par. 1 del Reg. 604/2013. E se, da una parte, l'art. 26 riguarda tanto ipotesi di presa quanto di ripresa in carico, dall'altra, il riferimento al “richiedente”, di cui all'art. 5 del Reg. 604/2013, sembra escludere le ipotesi di cui all'art. 18, par. 1, lett. c) e d), rilevanti proprio nelle procedure di ripresa in carico, in relazione alle quali il Reg. utilizza sempre l'espressione “persona di cui all'art. 18, par 1, lett. c) e d)” e non “richiedente”, proprio perché che in tali casi si è già avuto un esito sulla domanda di protezione internazionale.

Tuttavia, mi sembra che la tesi che escluda l'esistenza di qualsiasi obbligo informativo nelle procedure di ripresa in carico non possa ritenersi convincente fino in fondo.

In primo luogo, si può osservare che tra le informazioni contenute nell'opuscolo si ha anche quella di cui all'art. 4, lett. d) relativa la possibilità di impugnare una decisione di trasferimento e, ove applicabile, di chiedere la sospensione del trasferimento, un'informazione, questa, che non può differenziarsi in ragione della procedura di presa o di ripresa in carico, applicandosi l'art. 27 del Reg. ad entrambe. Oltre a tale dato di carattere testuale, anche dal punto di vista teleologico, si può osservare che vi sono sicuramente elementi, in possesso del richiedente (*rectius*, della persona di cui all'art. 18, par. 1, lett. c) e d) del Reg. 604/2013), che possono risultare funzionali alla corretta operatività del meccanismo, anche in un contesto di ripresa in carico. Per esempio, si può fare riferimento al termine di cui all'art. 19 del Reg. 604/2013. L'amministrazione statale che ha avviato la procedura di determinazione ha interesse, anche nell'ottica di una leale cooperazione orizzontale tra stati, a conoscere e a far conoscere allo stato competente tutti gli elementi che possono indurre a ritenere che il richie-

dente si sia allontanato da più di tre mesi dal paese in cui ha presentato la prima domanda.

Analogamente, il ricorrente dovrebbe essere messo in grado di comunicare fatti che possono incidere sull'eseguità del trasferimento (ad esempio, lo stato di gravidanza o l'aggravio delle condizioni di salute) o elementi da cui emergano violazioni di diritti fondamentali e ciò anche per l'attivazione da parte dell'amministrazione della clausola discrezionale.

Dunque, all'esito di tale sommaria analisi sembra potersi concludere nel senso che sussista comunque un obbligo per l'amministrazione di garantire gli obblighi partecipativi anche nelle procedure di ripresa in carico. Certamente, però, la differenziazione tra procedure di presa e ripresa in carico potrebbe suggerire che l'assolvimento degli obblighi nella fase di ripresa in carico possa articolarsi ed essere sanzionata in termini diversi⁶⁵.

7. Quale regime di invalidità è applicabile a un provvedimento di trasferimento assunto in violazione degli obblighi informativi e/o del diritto all'intervista personale?

Venendo alla seconda questione, si deve notare che il Reg. Dublino non precisa le conseguenze applicabili al provvedimento di trasferimento assunto in violazione dei diritti di partecipazione procedimentale previsti dagli artt. 4 e/o 5 del Reg. 604/2013.

Ci si deve chiedere, dunque, se, pur nel silenzio del Reg. 604/2013, il diritto dell'UE si limiti a rinviare ai sistemi procedurali nazionali o se esso comunque imponga una soluzione uniforme, magari sulla base dei principi generali di buona amministrazione e di difesa e/o delle finalità proprie del regolamento e del suo *effet utile*. Ed è evidente che, in questa valutazione, si dovrà adeguatamente tenere in conto l'interesse alla celerità nell'esame delle domande di asilo, che è obiettivo perseguito dal regolamento, e valutare se, alla luce delle osservazioni del paragrafo precedente, il regime sanzionatorio applicabile al provvedimento di trasferimento nei procedimenti di ripresa in carico, in ipotesi assunto in violazione di detti requisiti, debba essere identico a quello applicabile nei procedimenti di presa in carico.

Queste questioni sono state poste, come noto, all'attenzione della Corte di giustizia dai recenti rinvii pregiudiziali effettuati dalla Corte di Cassazione⁶⁶ e

⁶⁵ Su questa ipotesi si muove, ad esempio, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Trib. Milano, ord. 14 aprile 2021, RG 43911.

⁶⁶ Cass., ord. 29 marzo 2021, n. 08668.

dal Tribunale di Trieste⁶⁷, dopo che a livello interno si sono applicate diversi regimi⁶⁸.

Sul punto, si può osservare che la Corte di giustizia ha adottato in altri contesti un criterio sostanzialistico che l'ha portata a ritenere sanabile il vizio relativo agli obblighi informativi tutte quelle volte in cui il giudice ha, in concreto, la possibilità di interloquire comunque con la parte, così da verificare che anche qualora quest'ultima fosse stata nelle condizioni di rendere dichiarazioni, l'amministrazione non avrebbe cambiato opinione e il contenuto del provvedimento sarebbe stato identico.

Così, nell'ambito delle procedure espulsive e dell'applicazione della direttiva 2008/115, pur silente sul punto, la Corte ha affermato che «quando nell'ambito di un procedimento amministrativo la proroga di una misura di trattenimento è stata adottata in violazione del diritto di essere sentiti, il giudice nazionale chiamato a valutare la legittimità di tale decisione *può ordinare la cessazione del trattenimento soltanto se ritiene, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie, che tale violazione abbia effettivamente privato colui che la invoca della possibilità di difendersi più efficacemente, di modo che i procedimenti amministrativi in questione avrebbero potuto comportare un risultato diverso*» (corsivo nostro)⁶⁹.

Più recentemente, nel caso *Addis*⁷⁰, relativo alla mancata audizione del richiedente asilo nella fase amministrativa di valutazione della domanda e alle conseguenze di tale omissione ai fini del giudizio di impugnazione, la Corte ha osservato che gli articoli 14 e 34 della direttiva “procedure” devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dell'obbligo di dare al richiedente protezione internazionale la facoltà di sostenere un colloquio personale, prima dell'adozione di una decisione di inammissibilità, basata sull'articolo 33, paragrafo 2, lettera a) della direttiva in parola, non comporta l'annullamento di tale decisione e il rinvio della causa dinanzi all'autorità accertante, *a meno che detta normativa consenta a tale richiedente, nell'ambito del procedimento di ricorso avverso la decisione di cui trattasi,*

⁶⁷ Trib. Trieste, 2 aprile 2021, R.G. 2020/774.

⁶⁸ Per la tesi dell'annullabilità, v. Consiglio St., sez. III, 8 settembre 2015, n. 4199 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Catanzaro, 23 ottobre 2019, n. 3181. Sembra orientarsi per la tesi della nullità Cass., Sez. 2, 27 agosto 2020, n. 17963. Per la tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi, almeno nelle procedure di ripresa in carico, Cass., Sez. 1, 27 ottobre 2020n. 23585, 23586 e 23587.

⁶⁹ Corte giust., sent. 10 settembre 2013, Causa C-383/13/PPU, *G.R.*

⁷⁰ Corte giustizia, sent. 16 luglio 2020, Causa C-517/17, *Addis*.

di esporre di persona tutti i suoi argomenti contro detta decisione nel corso di un'audizione che rispetti le condizioni e le garanzie fondamentali applicabili, enunciate dall'articolo 15 di detta direttiva, e a meno che tali argomenti non siano atti a modificare la stessa decisione» (corsivo nostro). Se ne deduce, quindi, che nemmeno nel contesto della procedura per l'esame della domanda di protezione internazionale, dove il rilievo della posizione soggettiva fatta valere dal richiedente sembra essere oggettivamente più pregnante rispetto a quello delle procedure Dublino, la violazione dell'obbligo di audizione conduca *ipso facto* all'annullamento della decisione di diniego.

Sulla base della giurisprudenza sopra riferita consegue, in primo luogo, che l'assenza di indicazioni ricavabili sul punto dal Regolamento non equivale a una rimessione alle discipline procedurali nazionali, dovendosi comunque applicare i principi derivanti dal diritto dell'UE. In secondo luogo, se ne ricava che non si possa affatto concludere, soprattutto nel contesto delle procedure cd. di ripresa in carico, che la soluzione, in caso di omissione degli obblighi informativi, debba essere l'annullamento o addirittura l'accertamento della nullità del decreto di trasferimento, e non, invece, la semplice irregolarità sanabile, laddove almeno l'amministrazione dimostri e/o, in caso di ricorso, il giudice ritenga che, anche se si fossero rispettati gli obblighi informativi e/o il colloquio personale, il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso. Inoltre, quest'ultimo regime sanzionatorio potrebbe apparire l'unico applicabile per garantire il rispetto della celerità nella valutazione delle domande.

In ogni caso, a me pare che nel contesto italiano la questione del regime di invalidità potrebbe comunque essere relativizzata, se si guardasse nuovamente a quale debba essere la natura e l'oggetto del ricorso *ex art. 3, comma 3 bis* del d.lgs. 25/2008. Se, infatti, questo rimedio fosse volto ad accertare quale sia il paese competente all'esame della domanda, ne dovrebbe discendere che i vizi della fase amministrativa non dovrebbero incidere sulla decisione del giudice, nella misura, almeno, in cui quest'ultimo riesca con i mezzi istruttori a sanare il difetto.

Questo mi sembra essere l'approccio seguito da taluni giudici di merito. Per esempio, in una decisione del Tribunale di Milano⁷¹, si afferma: «Il presente giudizio non verte sulla regolarità formale dell'atto amministrativo (...) ma sul diritto soggettivo del ricorrente a non essere trasferito in contrasto con le regole del sistema Dublino [...]. Il procedimento *ex art. 3 d.lgs. 25/2008* non può avere un esito puramente rescindente del provvedimento di trasferimento [...] ma deve condurre il giudice ad assicurare un ricorso effettivo tanto su questioni di diritto e di fatto [...]. Ne discende che gli eventuali vizi del procedimento o del

⁷¹ Trib. Milano, 21 settembre 2020, R.G. 18621.

provvedimento rilevano solo in quanto abbiano determinato una compressione o lesione delle garanzie partecipative del richiedente, impedendo allo stesso di presentare ogni informazione pertinente che, se conosciuta, avrebbe consentito di determinare diversamente lo Stato membro competente a decidere sulla domanda».

Di conseguenza, in modo coerente con tali premesse, il giudice, laddove rilevi la violazione degli obblighi informativi, sospende gli effetti della decisione di trasferimento e mette il ricorrente nella situazione di allegare quegli elementi concreti che avrebbero potuto consentire all'amministrazione procedente di decidere diversamente in relazione al provvedimento di trasferimento. Se tali elementi non vengono forniti, la decisione impugnata viene confermata con il rigetto del ricorso⁷². Questa soluzione sembra anche essere in linea con l'idea che il rimedio effettivo, nei giudizi Dublino, consista nell'accertamento celere di quale sia lo stato competente a valutare la domanda e non nell'annullamento del relativo decreto di trasferimento.

Viceversa, se si ritiene che oggetto del giudizio sia verificare la legalità dell'atto, allora ci si deve interrogare sul regime di invalidità del provvedimento ed effettivamente ha senso allora chiedersi se ci siano diversità tra presa e ripresa in carico e tenere conto della giurisprudenza della Corte di giustizia che, come si è cercato di evidenziare, chiaramente adotta un criterio di tipo sostanzialistico.

⁷² Sembra orientarsi nel senso che le violazioni dell'obbligo informativo possano essere fatte valere, nella procedura di ripresa in carico, solo se il ricorrente indichi in concreto quali siano le informazioni che se fornite avrebbero indotto l'amministrazione ad adottare una decisione di trasferimento di diverso contenuto o a non adottarla, Cass., sez. 1, 7 ottobre 2020, n. 21553

La tutela giudiziaria effettiva secondo il Regolamento Dublino III. Profili applicativi

SOMMARIO: 1. Il sistema Dublino e il CEAS. – 2. Il *Mutual trust*. – 3. Da Dublino II a Dublino III. La giurisprudenza delle Corti europee e l'avvento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 4. Il rimedio effettivo per la tutela dei diritti fondamentali. Il ruolo del giudice. – 5. Il caso. – 6. Diritti partecipativi e rimedi. La tutela dei diritti fondamentali e rimedi. Cinque rinvii pregiudiziali italiani alla CGUE. – 7. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali nel sistema Dublino. – 8. Alcune considerazioni sul possibile esito dei rinvii pregiudiziali. – 8.1. La rilevanza degli obblighi informativi nelle procedure di ripresa in carico. – 8.2. La rilevanza del rischio di trattamenti inumani e degradanti in situazioni diverse dalle violazioni sistemiche. – 8.3. La rilevanza del *non refoulement* indiretto o a catena. – 8.4. Il rimedio giudiziale in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti. – 8.5. Un caso di *ne bis in idem*?

1. Il sistema Dublino e il CEAS

La procedura “Dublino”, che prevede la cooperazione tra gli Stati dell'Unione europea (UE)¹ per la determinazione del Paese competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo, è nata da un accordo internazionale del 1990², poi trasformato in un Regolamento UE nel 2003 (n. 343, Regolamento Dublino II)³, infine sostituito nel 2013 dall'attuale Regolamento 604 (Dublino III)⁴.

¹ Al sistema Dublino hanno aderito, tramite specifici accordi con la UE, anche Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

² Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990.

³ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo.

⁴ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di

Il sistema Dublino si colloca nell'ambito del più ampio Sistema Comune Europeo dell'Asilo (CEAS), un quadro legislativo istituito dall'UE, che si compone di fonti primarie e secondarie e che è basato sulla "conformità" alla Convenzione di Ginevra delle Nazioni Unite del 1951 sullo status dei rifugiati⁵, come modificata dal protocollo del 1967⁶. Alla Convenzione e al protocollo hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

Il "CEAS" stabilisce norme comuni in materia di "qualifiche" e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria e crea uno spazio comune europeo per la protezione internazionale.

Tale armonizzazione delle regole in materia di protezione internazionale a livello di Unione europea, raggiunta solo nei primi anni del nuovo millennio, nasce, in realtà, dall'esigenza originaria di prevenire, in uno spazio senza frontiere interne, i cosiddetti "movimenti secondari" dei richiedenti protezione, cioè quegli spostamenti da uno Stato all'altro dell'Unione dettati da motivi o esigenze più diversi: scelte o ricongiungimenti familiari, generosità del sistema di accoglienza dei diversi Paesi, generosità nel riconoscimento della protezione, opportunità di studio o lavoro, la presenza di comunità di connazionali o anche solo la congenialità del luogo. L'Unione ha provato a "compensare", con il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e con la cooperazione in materia di asilo e immigrazione, la libertà di movimento dei richiedenti protezione derivante dall'abolizione delle frontiere interne.

La procedura Dublino, creata con la Convenzione di Dublino del 1990, è stata appunto ispirata dalla finalità principale di controllare i movimenti secondari, attraverso la fissazione di regole pressoché automatiche per l'"allocazione" dei richiedenti protezione e la repressione dei movimenti secondari, realizzata con il rinvio allo Stato "competente" del richiedente che si sia spostato in uno Stato diverso.

Solo con il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel maggio 1999, nove anni dopo la Convenzione di Dublino, l'asilo e l'immigrazione sono diventati parte integrante del diritto dell'Unione europea. Con l'articolo 63 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), la – futura – Unione europea ha attratto nel diritto dell'Unione norme convenzionali internazionali, riconoscendo che la Convenzione di Ginevra delle Nazioni Unite sui rifugiati costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati

una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

⁵ Entrata in vigore il 22 aprile 1954.

⁶ Entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

Il CEAS ha poi preso definitivo slancio con il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, che pose le basi per: prevedere norme comuni per una procedura di asilo equa ed efficace; prevedere condizioni comuni minime per l'accoglienza dei richiedenti asilo e, inoltre, prevedere il ravvicinamento delle normative relative al riconoscimento e agli elementi sostanziali dello status di rifugiato. Il sistema doveva altresì essere completato da misure che prevedessero forme sussidiarie di protezione. Inoltre, le conclusioni precisavano che, nel lungo periodo, le norme comunitarie avrebbero dovuto indirizzarsi verso una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l'asilo, valido in tutta l'Unione⁷.

Alla base del CEAS restava l'esigenza di determinare con chiarezza e praticità l'unico Stato competente per l'esame della domanda di asilo.

Nel contesto del CEAS, il complesso di norme del sistema Dublino ha, pertanto, una finalità di gestione pratica ed efficiente della cooperazione tra gli Stati membri per la individuazione dello Stato competente ad amministrare la domanda di protezione internazionale ed il conseguente trasferimento della persona in questo Stato.

L'esigenza di una gestione pratica ed efficiente della cooperazione, per evitare i movimenti secondari, ha dato forma all'attuale – e politicamente controverso – principio di fondo del sistema, ovvero il principio della responsabilità dello Stato di primo ingresso. Tale principio serve ad individuare con immediatezza lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione e ad evitare che una stessa persona possa presentare più domande in Stati diversi. L'unico Stato competente ad esaminare la domanda di protezione dovrà "prendere in carico" (art. 18, par. 1, lett. a del Regolamento Dublino III) il richiedente, quando sia accertata la sua competenza ad esaminare la domanda, oppure dovrà "riprenderlo in carico" (art. 18, par. 1, lett. b, c e d) quando in questo Stato il richiedente abbia presentato una prima domanda di protezione che sia pendente o sia stata definita e presenti successivamente un'altra domanda in uno Stato diverso.

Il sistema Dublino non è stato invece concepito come strumento di solidarietà verso i richiedenti protezione. L'art. 80 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce che il principio di solidarietà e di "equa ripartizione della responsabilità" riguarda i rapporti tra Stati membri ma non il trattamento dei richiedenti protezione.

⁷ Tale sistema si è realizzato compiutamente, anche se non definitivamente, con l'adozione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che, all' art. 78, dispone che l'Unione sviluppi "una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea"

Lo strumento “Dublino” è, peraltro, da tempo l’oggetto di discussioni politiche e di proposte di cambiamento, promosse principalmente dagli Stati più esposti al primo ingresso, perché il principio del primo ingresso determina uno squilibrio proprio nelle responsabilità degli Stati membri dell’Unione a svantaggio di quegli Stati che si devono far carico di controllare le frontiere nell’interesse dell’intera Unione, dell’accoglienza e della procedura d’asilo; ma anche in considerazione del fatto che nonostante la progressiva diminuzione delle domande d’asilo dopo il picco dell’anno 2016⁸, i movimenti secondari sono progressivamente aumentati⁹, così come sono aumentate le domande multiple¹⁰.

Nel “nuovo patto sulla migrazione ed asilo del 23 settembre 2020” della Commissione europea¹¹, si prevede addirittura l’abrogazione del Regolamento in favore dell’introduzione di una “procedura di pre-ingresso” e la traslazione della attuale procedura sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione in un nuovo “Regolamento sulla gestione della migrazione e dell’asilo”; si prevede, inoltre, una significativa riduzione dello spazio per le deroghe da parte del singolo Stato Membro alle regole comuni, in particolare in relazione all’esercizio della clausola di sovranità, di cui si tratterà in seguito, il ricorso alla quale diventerebbe possibile solo per motivi familiari.

2. *Il Mutual trust*

Presupposto del funzionamento del sistema Dublino è il principio del *mutual trust*, vale a dire il principio strutturale della fiducia reciproca tra gli Stati

⁸ Secondo i dati Eurostat, reperibili al seguente link https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics, le domande di asilo presentate nell’Unione europea negli ultimi anni sono state: 1.221.200 nel 2016, 677.500 nel 2017, 625.600 nel 2018, 698.800 nel 2019 e 471.300 nel 2020.

⁹ Si veda: *Dutch Advisory Committee on Migration Affairs, Secondary movements of asylum seekers in the EU*, 2019, <https://www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl/publicaties/publicaties/2019/11/05/increasing-onward-migration-of-asylum-seekers-in-the-eu>.

¹⁰ EU-Lisa, *Eurodac – 2019 Annual Report*, luglio 2020, reperibile al seguente link: <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/Eurodac%20-%202019%20Annual%20Report.pdf>. Nel 2019, in Eurodac sono state registrate 592.691 domande di protezione internazionale. Di queste, il 32% erano domande multiple (190.201).

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “Nuovo patto sulla migrazione e l’asilo”, Bruxelles, 23.9.2020 COM(2020) 609.

membri¹². Questo principio si fonda su due postulati che costituiscono il cuore dell'architettura europea:

- il principio per cui tutti gli Stati membri sono considerati Stati “sicuri per i cittadini di Paesi terzi”¹³ che presentano la domanda di protezione.

La presunzione che tutti gli Stati membri garantiscano un eguale livello di tutela dei diritti fondamentali (e della *Rule of Law*).

Purtroppo, le vicende politiche di diversi Paesi dell'Unione (Ungheria e Polonia in prima fila) hanno dimostrato che i due principi devono essere considerati il frutto di presunzioni “semplici” che possono essere contraddette dalla realtà.

3. Da Dublino II a Dublino III. La giurisprudenza delle Corti europee e l'avvento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Il Regolamento 343/2003 (Dublino II) conteneva dei criteri per la determinazione della competenza basati su automatismi. Questi criteri, mantenuti in buona parte nel Regolamento 604/2013 (Dublino III), danno luogo a procedure di presa e ripresa in carico regolate nei tempi e modalità di espletamento.

In caso di accettazione della presa o ripresa in carico, la procedura si conclude con un ordine di trasferimento forzoso verso lo Stato competente, da eseguirsi in conformità al diritto nazionale dello Stato membro richiedente e a spese di quest'ultimo, previa concertazione tra gli Stati membri interessati, non appena ciò sia materialmente possibile e comunque entro sei mesi a decorrere dall'accettazione della richiesta (art. 29 di Dublino III).

Il Regolamento Dublino II non contemplava un sistema di garanzie volte a consentire al richiedente protezione una partecipazione informata alla procedura.

Esso non considerava l'eventualità che i meccanismi del Regolamento, ed in particolare il trasferimento forzoso da un Paese ad un altro, potessero determinare una violazione dei diritti fondamentali della persona, non solo per la limitazione della sua libertà personale derivante dal trasferimento stesso ma anche per l'incidenza sulle sue condizioni di vita nello spostamento da uno Stato ad un altro contro la sua volontà e in mancanza di un diverso progetto di vita.

Esso non prevedeva, inoltre, la possibilità per il richiedente di rivolgersi ad un giudice per la tutela dei propri diritti individuali, potenzialmente lesi dall'or-

¹² Il *mutual trust* è un principio strutturale del sistema costituzionale dell'Unione europea, secondo quanto affermato nel parere reso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea il 18 dicembre 2004 con riferimento al Progetto di accordo per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti di dell'uomo e delle libertà fondamentali, punto 168.

¹³ Preambolo del Regolamento Dublino III, considerando 3.

dine di trasferimento, ma solo un meccanismo di “ricorso o revisione” (articolo 19.2) sui criteri di competenza individuati dagli Stati coinvolti.

La potenzialità lesiva del meccanismo del trasferimento del sistema Dublino è stata riconosciuta dalla giurisprudenza: prima, nel gennaio 2011, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito anche: Corte EDU) e poi, nel dicembre dello stesso anno, dalla Grande camera della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito anche: CGUE).

Con la “storica” decisione *M.S.S. c. Belgio e Grecia*¹⁴, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che il trasferimento in Grecia, secondo il sistema Dublino II, di un richiedente protezione avrebbe determinato la violazione del suo diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, secondo quanto stabilito dall' art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito anche: CEDU) a causa delle carenze sistemiche nel sistema di accoglienza del Paese di destinazione ed ha invitato il Belgio a fare uso della cd. “clausola di sovranità”, per affermare la propria competenza sulla domanda di asilo.

Questo indirizzo è stato parzialmente recepito pochi mesi dopo anche dalla CGUE nella decisione *N.S.*¹⁵, con la quale essa, richiamando l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito anche: Carta) – che, così come l'articolo 3 della Convenzione, vieta in modo assoluto l'inflizione di trattamenti inumani e degradanti –, ha stabilito, sempre in un caso riguardante la Grecia quale Paese di destinazione, il divieto di trasferimento in caso di “carenze sistemiche» nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza” nel Paese di destinazione. A differenza di quanto stabilito dalla CEDU nel caso *N.S.*, la CGUE, rispondendo a una delle questioni sollevate nel rinvio pregiudiziale, ha negato che lo Stato membro in cui si trova il richiedente abbia l'obbligo di dare applicazione alla clausola di sovranità, stabilendo che esso debba, invece, verificare se, alla luce degli altri criteri individuati dal Regolamento Dublino, sia possibile identificare un altro Stato membro competente a esaminare la domanda. La Corte ha, tuttavia, precisato che lo Stato membro in cui si trova il richiedente deve assicurare che la procedura, a causa della sua durata irragionevole, non comporti l'“aggravamento della violazione dei diritti fondamentali di tale richiedente”. Per tale eventualità, detto Stato è tenuto a esaminare la domanda “conformemente alle modalità previste all'art. 3, par. 2, del Regolamento n. 343/2003”, ossia in base alla clausola di sovranità.¹⁶

¹⁴ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 ottobre 2011.

¹⁵ CGUE, Grande sezione, *N.S.*, 21 dicembre 2011, cause C-411/10 e C-493/10.

¹⁶ CGUE, *N.S.*, cit., punto 98.

La decisione è molto importante perché la Corte di giustizia ha stabilito, in via giurisprudenziale tre principi: un primo con nettezza, un secondo chiaro nello scopo ma incerto nella portata oggettiva, un terzo che ha lasciato un ampio margine di incertezza interpretativa.

Il primo principio è quello per il quale la fiducia reciproca tra gli Stati membri non ha carattere inderogabile ma incontra delle limitazioni quando la presunzione di pari tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, sui cui esso si fonda, sia smentita dai fatti. Nel caso NS questi fatti erano relativi a “carenze sistemiche” del sistema di accoglienza del Paese di destinazione che comportavano il rischio di violazione del divieto assoluto, secondo il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell’Unione, di trattamenti inumani e degradanti.

Con il secondo principio, la Corte ha stabilito che la persona trasferita, che lamenta il rischio di essere soggetta a trattamenti inumani e degradanti, deve avere accesso ad un rimedio giurisdizionale contro la decisione di trasferimento; questo rimedio deve essere effettivo (articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE). Resta incerto se l’accesso al rimedio effettivo sia consentito solo nel caso di carenze sistemiche dell’accoglienza o delle procedure d’ asilo, che comportino il rischio di trattamenti inumani e degradanti, o anche in caso di rischio di qualsiasi trattamento inumano e degradante, abbia esso origine in cause generali o sistemiche oppure anche in ragioni di carattere individuale, o ancora persino in caso di rischio di violazione di altri diritti fondamentali.

Il terzo principio riguarda il rimedio nel caso di rischio di violazione dell’art. 4 della Carta. Qui, non vi è obbligo di attivazione della clausola di sovranità ma la soluzione deve essere cercata nelle altre regole di competenza del Regolamento; mentre la clausola di sovranità rivive solo nell’ipotesi di “aggravamento” della lesione di diritti fondamentali a causa della irragionevole durata del processo.

La decisione della CGUE nel caso *N.S.* è intervenuta dopo l’adozione del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 che ha, tra l’altro, sancito “l’obbligatorietà” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, divenuta effettiva dal primo dicembre 2009, dopo le ratifiche del Trattato. Il Trattato di Lisbona e la Carta hanno dato avvio, nella giurisprudenza della CGUE, ad una nuova era della tutela dei diritti fondamentali quando si versi nell’ambito di applicazione del diritto dell’UE.

La giurisprudenza della CGUE ha, poi, trovato spazio nel testo del Regolamento Dublino III.

Innanzitutto, i *considerando* 32 e 39 di Dublino III impongono di interpretarne le disposizioni in conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; il *considerando* 13 richiama, poi, l’interesse superiore del minore e il *considerando* 14 “il rispetto della vita familiare” alla luce della CEDU e della Carta.

Nella prospettiva della valorizzazione delle garanzie di tutela dei diritti della persona, il Regolamento ha poi introdotto i diritti del richiedente protezione di “partecipazione” al procedimento Dublino, disciplinati negli articoli 4 e 5 in conformità con il *considerando* 18, per il quale: “è opportuno organizzare un colloquio personale con il richiedente al fine di agevolare la determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale”; ed inoltre, “non appena sia presentata la domanda di protezione internazionale il richiedente dovrebbe essere informato dell’applicazione del (...) Regolamento”. L’articolo 4, traduce il “considerando” in una norma precisa e di diritto uniforme, per la quale tali “Informazioni debbono essere fornite al richiedente per iscritto e in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, avvalendosi dell’opuscolo comune a tal fine predisposto”.

Inoltre, il Regolamento ha pienamente recepito e trasformato in regole e procedure i principi stabiliti dalla CGUE nel caso *N.S.*, prevedendo:

nell’articolo 3.2. che: “Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell’articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l’esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente. Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente”.

Nell’articolo 27 il diritto ad un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, con esame in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale. Lo stesso articolo 27 regola, poi, i principali aspetti della procedura del ricorso effettivo, lasciando tuttavia un margine di intervento all’autonomia procedurale degli Stati membri.

Il Regolamento sembra invece accogliere un’impostazione restrittiva circa la possibilità di utilizzo della clausola di sovranità, già prevista dal Regolamento Dublino II e confermata nell’art. 17 sotto il titolo di “clausole discrezionali”. L’impostazione restrittiva discende dal *considerando* 17 che limita la possibilità di deroga ai criteri di competenza, “per motivi umanitari e caritatevoli”, ai fini specifici “di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela”.

4. Il rimedio effettivo per la tutela dei diritti fondamentali. Il ruolo del giudice di primo grado

Il Giudice ha dunque la responsabilità di assicurare al richiedente il rimedio effettivo, previsto dall'articolo 27 del Regolamento, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 19 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il *considerando* 19 del Regolamento rende chiaro che, ai sensi dell'articolo 47 della Carta e al fine di garantire il rispetto del diritto internazionale, è "opportuno" che il ricorso effettivo avverso tali decisioni verta tanto sull'esame dell'applicazione del Regolamento quanto "sull'esame della situazione giuridica e fattuale" dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito.

Il diritto al ricorso giurisdizionale contro la decisione di trasferimento riguarda, dunque, tanto il *diritto* quanto il *fatto*: il giudice, pertanto, non è chiamato ad operare una mera decisione di controllo sull'applicazione di regole procedurali, quanto ad interpretare ed applicare queste regole alla luce della situazione di fatto sottostante, anche relativa al Paese di destinazione (articolo 3.2.), che il giudice indagherà, utilizzando se del caso i doveri di cooperazione ufficiosa, come previsto in via generale, per la materia della protezione internazionale, dalla "Direttiva procedure"¹⁷.

La mutata prospettiva caratterizzante il ricorso previsto dall'articolo 27 del Regolamento Dublino III rispetto al sistema di "revisione" precedente è stata inquadrata dalla CGUE nella sentenza *Gbezelbash*¹⁸, con la quale la Corte ha stabilito che la norma del Regolamento non pone limitazioni circa gli argomenti deducibili dal richiedente nel ricorso, in conformità con il principio dell'articolo 47 della Carta per il quale ciò che conta è che la tutela sia effettiva e pertanto idonea a tutelare i diritti attribuiti al richiedente dal sistema comune europea dell'asilo (CEAS). Ne consegue che il ricorrente può utilizzare il ricorso anche per dedurre violazioni dei suoi diritti diversi dal rischio di trattamenti inumani e degradanti che conseguano alle carenze sistemiche previste dall'articolo 3, par. 2, del Regolamento.

Inoltre, nella coeva sentenza *Karim*¹⁹, la Grande sezione ha sancito che il ricorso contro la decisione di trasferimento può avere a oggetto l'esame dell'applicazione del regolamento Dublino e, quindi, non solo le regole di

¹⁷ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, art. 4 par. 1 e art. 4 par. 5.

¹⁸ CGUE, Grande sezione, *Gbezelbash*, 7 giugno 2016 causa C63/15.

¹⁹ CGUE, Grande sezione, *Karim*, 7 giugno 2016 causa C-155/15.

competenza definite del capo III. Conseguentemente, esso può avere anche ad oggetto i “diritti partecipativi” che sono strumentali ad una tutela effettiva. Ciò è stato poi ulteriormente chiarito dalla Corte nella sentenza *Mengesteab*²⁰ con l’affermazione per la quale con il ricorso dell’art. 27 può essere anche dedotto l’errore nell’applicazione di una norma procedurale del Regolamento. Ciò vale, a maggior ragione, per le norme procedurali che assicurano diritti partecipativi.

Il quadro di definizione dell’ampiezza dell’oggetto del rimedio effettivo è stato poi completato dalla CGUE con le decisioni *Shiri*²¹ e *H.A.*²², nelle quali la Corte ha affermato la possibilità per il richiedente di far valere anche circostanze verificatesi successivamente all’adozione della decisione di trasferimento e che siano rilevanti ai fini di una corretta applicazione del Regolamento, sempre nell’ottica della tutela giurisdizionale effettiva.

5. Il caso

In questo quadro normativo e giurisprudenziale, diversi tribunali italiani si sono trovati ad affrontare un caso che si esemplifica come segue (il Paese di provenienza, quello di destinazione e gli elementi di fatto possono ovviamente essere diversi).

L’Unità Dublino della Germania accetta, sulla base dell’art. 18 lettera d) del Regolamento, la richiesta di ripresa in carico di un cittadino afghano, formulata dall’Unità Dublino Italiana.

Il ricorrente, affermando di parlare solo le lingue Pashtu e Dari, di essere fuggito a causa della persecuzione da parte dei talebani e di avere subito violenze durante il viaggio con conseguenza di disturbo posttraumatico da stress certificato da un medico, impugna l’ordine di trasferimento davanti a un giudice perché:

I) non ha ricevuto le informazioni dell’art. 4 e 5 del Regolamento Dublino III nella sua lingua e non ha ricevuto copia dell’opuscolo informativo comune.

II) Il rimpatrio certo dalla Germania all’Afghanistan lo esporrebbe alla persecuzione dei talebani, alla guerra e aggraverebbe in modo irrimediabile il suo stato psichico.

²⁰ CGUE, Grande sezione, *Mengesteab*, 26 luglio 2017, causa C-670/16.

²¹ CGUE, Grande sezione, *Shiri*, 25 ottobre 2017, causa C-201/16.

²² CGUE, Grande sezione, *H.A. v État belge*, 21 aprile 2021, causa C-194/19.

Sotto il vigore di Dublino II il caso si sarebbe risolto con il trasferimento del richiedente in Germania, perché il Regolamento si fondava su una concezione assoluta del principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri ed il richiedente, colpito da un provvedimento di trasferimento, non era considerato un soggetto portatore di diritti nella procedura Dublino ma l'oggetto della cooperazione tra gli Stati.

Progressivamente, grazie alla giurisprudenza delle corti europee, è emersa la consapevolezza che un trasferimento forzoso di persone chiama in causa, per sua natura, i diritti fondamentali della persona.

Nella sentenza *Jawo*²³ del 2019, la Corte di giustizia ha fatto riferimento alla nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru*²⁴ emessa dalla stessa GGUE in tema di mandato di arresto europeo, per evidenziare che il trasferimento della persona nel sistema Dublino comporta delle limitazioni della libertà della persona non dissimili rispetto all'esecuzione di un mandato di arresto europeo.

Il caso, sopra illustrato, pone però una serie di problema nuovi:

1. Se la violazione dei diritti partecipativi da parte dell'Autorità Dublino sia rilevante nei casi di ripresa in carico e possa essere una ragione sufficiente grave per annullare l'ordine di trasferimento.

2. Se la deroga al principio di *mutual trust* valga solo nel caso di carenze sistemiche dell'accoglienza o delle procedure di asilo nel Paese di destinazione, oppure se il giudice dello Stato in cui il richiedente ha proposto ricorso possa prendere in considerazione altri casi di rischio di violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

3. Se la considerazione di tale rischio e la deroga al principio del *mutual trust* possano valere anche nel caso del cosiddetto “*non refoulement* indiretto o a catena”, quando cioè la domanda di protezione internazionale sia stata già respinta dallo Stato competente (la Germania) ed il rischio di trattamento inumano e degradante discende dall'esistenza di conflitti armati che generano violenza generalizzata nel Paese terzo (Afghanistan) nel quale il richiedente sarà verosimilmente rimpatriato dal Paese competente.

4. In caso di rilevanza del principio del “*refoulement indiretto*”, quale sia il rimedio che il giudice debba adottare: se stabilire la competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento Dublino III ovvero se sia obbligato ad attivare la clausola discrezionale dell'art. 17.

²³ CGUE, Grande sezione, *Jawo*, 19 marzo 2019, causa C-163/17, par. 81.

²⁴ CGUE, Grande sezione, *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016, cause riunite C404/15 e C659/15.

5. In caso di affermazione della competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda, se non contrasti con il Sistema Comune Europeo di Asilo e con il principio di *mutual trust* il riesame di una domanda che sia stata già respinta da un altro Stato membro sul presupposto dell'inesistenza del rischio, di trattamento inumano e degradante ai sensi della lettera C dell'art. 14 del d.lgs. 251/2007 o della corrispondente lettera C dell'art. 15 della Direttiva Qualifiche²⁵.

La rilevanza concreta del caso dipende dal fatto che il CEAS non assicura decisioni uniformi su ricorsi analoghi nei diversi Stati membri: ad esempio le decisioni di riconoscimento della protezione internazionale ai richiedenti asilo provenienti dall'Afghanistan oscillano tra il 98% (Italia) e il 24% (Bulgaria)²⁶. Le ragioni di tale diversità di giudizio stanno anche, ma non solo, nella diversa applicazione del concetto di *internal protection alternative*, prevista dalla Direttiva Qualifiche²⁷.

Di fronte all'incertezza nella soluzione, alla luce del diritto UE, dei cinque quesiti riposa però una certezza che trae fondamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra citata, decisioni *Ghezelbash*, *Karim* e *Mengesteab*, e cioè che il ricorrente è legittimato a far valere davanti al giudice nazionale tanto la questione procedurale del mancato rispetto degli obblighi informativi quanto la questione sostanziale del rischio di violazione del *refoulement* indiretto.

6. Diritti partecipativi e rimedi. La tutela dei diritti fondamentali e rimedi. Cinque rinvii pregiudiziali italiani alla CGUE

Tra marzo e aprile 2021 la Corte di cassazione²⁸ e i Tribunali di Trieste²⁹, Roma³⁰ Milano³¹ e Firenze³² hanno sollevato cinque rinvii pregiudiziali di fronte alla Corte di Giustizia per provare ad ottenere chiarimenti interpretativi sul diritto-

²⁵ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

²⁶ ECRE, *No Reason for Returns to Afghanistan*, Policy Note 17, 2019, 1.

²⁷ Direttiva Qualifiche, art. 8, par. 1: «Nell'ambito dell'esame della domanda di protezione internazionale, gli Stati membri possono stabilire che il richiedente non necessita di protezione internazionale se, in una parte del territorio del paese d'origine, questi: a) non ha fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corre rischi effettivi di subire danni gravi; oppure b) ha accesso alla protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all'articolo 7; e può legalmente e senza pericolo recarsi ed essere ammesso in quella parte del paese e si può ragionevolmente supporre che vi si stabilisca».

²⁸ Cass., Sez. II, ordinanza di rimessione, 29.03.2021.

²⁹ Tribunale di Trieste, Sez. Immigrazione, ordinanza di rimessione 02.04.2021.

³⁰ Tribunale di Roma, Sez. XVIII immigrazione, ordinanza di rimessione 12.04.2021.

³¹ Tribunale di Milano, Sez. XII, immigrazione, ordinanza di rimessione del 14.04.2021.

³² Tribunale di Firenze, Sez. Protezione internazionale civile, ordinanza 29.04.2021.

to europeo, che consentano di sciogliere i dubbi legati ai cinque quesiti sopra elencati.

I rinvii hanno ad oggetto questioni:

- sulla estensione e rilevanza degli obblighi informativi in caso di ripresa in carico³³ e sui rimedi idonei a ripristinare la violazione, se annullamento dell'ordine di trasferimento oppure affermazione della competenza dello Stato (Corte di cassazione; Trieste e Milano);

- sulla rilevanza del *refoulement indiretto* e sulla compatibilità del riesame di una domanda di protezione già respinta con il Sistema Comune Europeo dell'Asilo (Tribunale di Roma); sui rimedi utilizzabili in caso di violazione, se il rimedio previsto dall'articolo 3.2. del Regolamento (Tribunale di Firenze) oppure il ricorso "obbligatorio alla clausola discrezionale" (Tribunale di Roma e Tribunale di Firenze).

Alcuni mesi prima, le medesime questioni sono state affrontate e risolte dal Tribunale di Milano³⁴, senza sollevare rinvio pregiudiziale.

Il tribunale di Milano:

ha accertato, nel caso concreto, consultando specifiche fonti di informazioni sul Paese di ripresa in carico, che il trasferimento del richiedente in Germania avrebbe comportato il suo rimpatrio in Afghanistan, sulla base di accordi di rimpatrio stretti dalla Germania con il Paese di origine;

- ha stabilito che il rimpatrio del richiedente in Afghanistan lo avrebbe esposto a trattamenti inumani e degradanti a causa dei conflitti armati, interni ed internazionali, presenti nel Paese che generano una situazione di violenza generalizzata, per la quale qualsiasi civile resta esposto a seri rischi per la sua incolumità personale e la stessa sopravvivenza;

- ha affermato che il divieto di *refoulement* indiretto deriva dalla giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE sulla natura assoluta del divieto di tortura sancito all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, corrispondente all'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;

- ha applicato estensivamente il rimedio previsto dall'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento, concepito per i casi di rischio di trattamenti inumani e degradanti; ha constatato l'impossibilità di eseguire il trasferimento verso lo Stato membro competente, nonché verso altri Stati membri designati in applicazione dei criteri di Dublino III, e ha quindi concluso accogliendo il ricorso e affermando la competenza delle autorità italiane a esaminare la domanda di protezione.

³³ Tra il 2008 e il 2014, il 72% delle richieste emesse nel quadro del regolamento Dublino è stato rappresentato da richieste di ripresa in carico, contro il 28% di richieste di presa in carico.

³⁴ Tribunale di Milano, decreto del 14 ottobre 2020.

7. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali nel sistema Dublino

I rinvii pregiudiziali e la decisione del Tribunale di Milano fanno leva sulla progressiva evoluzione della giurisprudenza delle corti europee sulla tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti nel sistema Dublino.

Tre anni dopo la sentenza *N.S.* della CGUE, successivamente codificata nel già ampiamente richiamato articolo 3, par. 2, del Regolamento Dublino III, con la sentenza *Tarackel*³⁵, la grande camera della Corte EDU ha affrontato un caso nuovo di trasferimento Dublino nei confronti di una famiglia con figli piccoli dalla Svizzera all'Italia. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso la presenza di carenze sistemiche nel sistema di accoglienza italiano ma ha ritenuto che il rischio di trattamento inumano e degradante discendesse dalla incapacità (la Corte parla di «*serious doubts*» – par. 115 – circa l'effettiva capacità del sistema) di garantire condizioni di accoglienza idonee a far fronte alla specifica situazione di vulnerabilità della famiglia. La Corte ha inoltre stabilito che lo Stato svizzero fosse obbligato ad attivare la clausola di sovranità.

Con questa decisione, la Corte di Strasburgo riapre la partita dei diritti fondamentali nel sistema Dublino, sia sotto il profilo della situazioni suscettibili di tutela, non violazioni sistemiche ma anche violazioni legate alla peculiare situazione del richiedente protezione, sia sotto il profilo dei rimedi, considerando l'obbligo, alla luce del sistema CEDU e non ovviamente di quello UE, dello Stato di attivare un rimedio messo a disposizione dal suo sistema procedurale, ossia la clausola di sovranità.

La risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea non si è fatta attendere, quando le è stata posta una questione riguardante il trasferimento di una donna che, a causa di una grave depressione *post-partum*, si trovava in una condizione psico-fisica particolarmente grave. Si trattava di una cittadina siriana, *C.K.* che, insieme al marito egiziano *H.F.*, avrebbe dovuto essere trasferita dalla Slovenia alla Croazia durante la gravidanza, alla quale seguì un parto problematico. Il caso è nuovo, perché il rischio di trattamento disumano e degradante non era legato all'esistenza di carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza dello Stato membro competente, bensì alla incompatibilità della sua condizione di salute con il trasferimento che, nel caso specifico, avrebbe potuto determinare un deterioramento irreversibile delle sue condizioni psicofisiche. In questo caso, dunque, il rischio di trattamento disumano e degradante è conseguenza del trasferimento “in sé” e non delle carenze sistemiche dello Stato competente.

³⁵ Corte EDU, Grande camera. *Tarakhel v. Switzerland*, 4 novembre 2014, app. No. 29217/12.

Nel caso, noto come *CK*³⁶, la Corte ha affermato i due seguenti principi:

“L’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea va interpretato nel senso che: anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l’esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, ai sensi di tale articolo”³⁷.

L’articolo 17, paragrafo 1, di detto regolamento, letto alla luce dell’articolo 4 della Carta, non può essere interpretato nel senso che obbliga tale Stato membro, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, ad applicare detta clausola³⁸.

La Corte di giustizia, di fronte al rischio di violazione di un divieto assoluto quale quello dei trattamenti inumani e degradanti, ha fatto un significativo passo avanti verso il superamento della dottrina della rilevanza delle sole delle carenze sistemiche, a favore di una valutazione che consideri ulteriori condizioni, anche individuali del richiedente, pur rimarcando l’eccezionalità del caso.

Al contempo la Corte ha fatto un passo “laterale” rispetto a *N.S.* escludendo, in contrasto con la Corte EDU e al fine di salvaguardare il principio di *mutual trust*, l’obbligatorietà del ricorso al rimedio della clausola di sovranità. La Corte ha infatti proposto una soluzione per la quale le autorità dello Stato membro trasferente avrebbero dovuto valutare, adottando opportune precauzioni anche in cooperazione con le autorità dello Stato membro di destinazione, la possibilità di effettuare un trasferimento con modalità idonee ad escludere il rischio di trattamento inumano o degradante connesso al trasferimento. Qualora ciò non fosse possibile, le Autorità avrebbero dovuto sospendere l’esecuzione del trasferimento in attesa del miglioramento delle condizioni di salute della richiedente. La Corte si è poi, appunto, preoccupata di affermare esplicitamente che la soluzione fornita «rispetta pienamente il principio della fiducia reciproca» poiché non compromette “l’esistenza di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali in ogni Stato membro”, ma garantisce che essi siano tutelati in “situazioni eccezionali”³⁹.

Va, qui, osservato che se il ritardo nel trasferimento supera i sei mesi dall’accettazione dello Stato competente, trova applicazione il secondo paragrafo dell’articolo 29 del Regolamento, in base al quale: “Se il trasferimento non avvie-

³⁶ CGUE *C.K., H.F., A.S. c. Slovenia*, 16 febbraio 2017, causa C-578/16.

³⁷ CGUE, *C.K.*, cit., punto 65.

³⁸ CGUE, *C.K.*, cit., punto 96.

³⁹ CGUE, *C.K.*, cit., punto 95.

ne entro il termine di sei mesi, lo Stato membro competente è liberato dall'obbligo di prendere o riprendere in carico l'interessato e la competenza è trasferita allo Stato membro richiedente". L'effetto è pertanto identico a quello che conseguirebbe all'esercizio della clausola di sovranità. Risulta, così, chiara l'intenzione della Corte di escludere l'esistenza di situazioni nelle quali il ricorso alla clausola di sovranità possa considerarsi "obbligatorio" e di affidare, invece, ai meccanismi automatici previsti dal Regolamento la soluzione di situazioni "eccezionali", nelle quali esista il rischio che il trasferimento esponga la persona a trattamenti inumani e degradanti.

L'ultimo passaggio, in ordine temporale anche se presumibilmente non il passaggio finale, della giurisprudenza della Corte in tema di Dublino e divieto di trattamenti inumani e degradanti si trova nella sentenza *Jawo* della Grande sezione⁴⁰. Si trattava di un caso riguardante il trasferimento di un cittadino del Gambia dalla Germania all'Italia ed il quesito riguardava la compatibilità del trasferimento con le condizioni di accoglienza in Italia per l'ipotesi di accoglimento – e non di rigetto – del ricorso per la protezione; nel quesito si considerava l'esistenza del rischio che il richiedente, dopo l'eventuale riconoscimento della protezione internazionale da parte dell'Italia, si trovasse a vivere in condizioni di indigenza tali da configurare un trattamento inumano e degradante.

La Corte ha risposto positivamente al quesito, affermando che, "sebbene l'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento Dublino III contempli soltanto la situazione all'origine della sentenza del 21 dicembre 2011, N.S. e a. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865), ossia quella in cui il rischio reale di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta, risulti da carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nello Stato membro che, ai sensi di tale Regolamento, è designato come competente per l'esame della domanda, tuttavia dai punti 83 e 84 della presente sentenza, nonché dal carattere generale e assoluto del divieto di cui all'articolo 4, deriva che il trasferimento di un richiedente verso tale Stato membro è escluso in tutte le situazioni in cui esistano motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un simile rischio in occasione del suo trasferimento o a seguito di questo"⁴¹.

⁴⁰ CGUE, Grande sessione, *Jawo*, 19 marzo 2019, causa C-163/17.

⁴¹ CGUE, *Jawo*, cit., punto 87.

Con *Jawo*, si completa la trilogia delle decisioni della Corte, con una giurisprudenza che “copre” tutti i casi di rischi di trattamenti inumani e degradanti e per la quale: “è irrilevante, ai fini dell’applicazione del summenzionato articolo 4, che l’interessato sia esposto a un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, a causa del suo trasferimento verso lo Stato membro competente, ai sensi del regolamento Dublino III, al momento stesso del trasferimento, durante la procedura di asilo ovvero all’esito di quest’ultima”.⁴² Inoltre, in *Jawo*, la Corte parrebbe, per il caso del rischio di trattamento inumano e degradante “all’esito” del riconoscimento della protezione, fare riferimento ad un’interpretazione estensiva dell’articolo 3 paragrafo 2 di Dublino III per ciò che concerne il rimedio applicabile.

8. Alcune considerazioni sul possibile esito dei rinvii pregiudiziali

Alcune conclusioni possono essere ritratte dalla giurisprudenza della Corte, sopra citata:

- il rischio di trattamenti inumani e degradanti, che sono oggetto di un divieto assoluto della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (articolo 4), ha sempre rilievo ai fini dell’applicazione del Regolamento Dublino (*Jawo*);

- esso ha rilievo non solo nel caso di carenze sistemiche ma anche nel caso di rischi individuali, in situazioni eccezionali (*C.K.*);

- nel caso di carenze sistemiche (*N.S.* e *Jawo*) trova applicazione il meccanismo di affermazione della competenza previsto dal paragrafo due dell’articolo 3 del Regolamento;

- nel caso di rischi individuali, lo Stato richiedente deve innanzitutto cercare forme di cooperazione e, ove queste non siano risolutive, sospendere il trasferimento fino a che la sua competenza non si consolidi secondo il meccanismo del secondo paragrafo dell’articolo 29 del Regolamento (*C.K.*);

- il ricorso alla clausola discrezionale (o di sovranità) non può mai essere il risultato di un obbligo imposto dal diritto dell’Unione europea in ossequio al principio del *mutual trust* (*C.K.* e *Jawo*).

A questi principi, vanno sommati quelli affermati dalla Corte con riguardo all’ambito di applicazione del rimedio effettivo, per i quali:

- non vi sono limiti alla deduzione di violazioni di diritti fondamentali nel ricorso al giudice (*Ghezelbash*).

⁴² CGUE, *Jawo*, cit., punto 88.

Il ricorrente può far valere anche questioni procedurali e pertanto anche relative alla violazione dei diritti partecipativi (*Karim e Mengesteab*).

Alla luce di questi principi si può dunque provare a ipotizzare una risposta ai quesiti sollevati dagli uffici giudiziari italiani di fronte alla Corte di giustizia, partendo dalla violazione dei diritti partecipativi nel caso di “ripresa in carico”.

8.1 La rilevanza degli obblighi informativi nelle procedure di ripresa in carico

Il dubbio sulla rilevanza degli obblighi informativi nelle procedure di ripresa in carico discende dalla considerazione che in queste procedure non si tratta di determinare lo Stato competente ma di “restituire” il richiedente allo Stato presso il quale pende la domanda di protezione internazionale o che, addirittura, si è già pronunciato sulla stessa, respingendola. Le informazioni che il richiedente possa fornire nel corso della procedura non servono, pertanto, a determinare la competenza che è già definita dal Regolamento.

È tuttavia agevole osservare, alla luce della giurisprudenza della CGUE, che i diritti “partecipativi” del ricorrente non si limitano alla facoltà di dedurre fatti che possano incidere sulla determinazione della competenza ma si sostanziano anche nella possibilità di far valere situazioni di fatto che riguardano la sua persona o la sua vicenda personale o ancora le condizioni dello Stato membro di accoglienza o quello di origine in cui è destinato ad essere rimpatriato, al fine di evidenziare il rischio di lesione di diritti fondamentali. Anzi, è proprio l’ambito della protezione dei diritti fondamentali che attribuisce pregnanza alla partecipazione al procedimento e alla possibilità di accesso ad un rimedio effettivo.

A tale ultimo riguardo, il considerando 19 del Regolamento rende chiaro che il ricorso effettivo avverso le decisioni di trasferimento non verte soltanto sull’esame dell’applicazione del Regolamento ma anche sull’esame della “situazione giuridica e fattuale dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito”.

Superato il primo scoglio, si tratta di comprendere quale sia la conseguenza della violazione dei diritti partecipativi.

Su questo punto si registra una grande incertezza nella giurisprudenza della Corte di cassazione che ha proposto tre indirizzi, tra di loro incompatibili; la sezione I ha affermato nel 2020 che non è sindacabile la violazione degli obblighi informativi⁴³; sempre nel 2020, nello stesso mese di ottobre, la stessa sezione ha affermato, invece, la “sindacabilità” della violazione da parte del giudice e ha individuato la conseguenza nell’obbligo del giudice di dare “conto nelle motivazioni, di quale fosse stato il danno concreto patito dal richiedente, vuoi nel pro-

⁴³ Cass. sez. I, 27.10.2020, nn. 25385, 25386, 25387 del 27.10.2020.

prio diritto di interlocuzione con l’Autorità vuoi nel proprio diritto di difesa⁴⁴; la sezione II, nel 2019, ha pure affermato la sindacabilità ed ha, invece, individuato, quale conseguenza, la “nullità del provvedimento di trasferimento”⁴⁵.

Nei rinvii pregiudiziali la Corte di cassazione, il Tribunale di Milano e il Tribunale di Trieste hanno chiesto alla Corte di giustizia di prendere posizione anche sul rimedio applicabile alla violazione.

Pur nell’incertezza della riposta, si può prevedere che la Corte richiamerà il saldo principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri, affermato più volte anche nel settore dell’immigrazione⁴⁶, per il quale spetta allo Stato membro individuare il rimedio, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività, in virtù dei quali le modalità procedurali dei ricorsi volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di diritto interno e non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento UE.

Potrebbe essere, ad esempio, ritenuto effettivo il rimedio individuato dal Tribunale di Milano che – anche nel procedimento sopra citato⁴⁷-, a fronte dell’accertata violazione dei diritti partecipativi, ha sospeso l’ordine di trasferimento per consentire al ricorrente di far valere tutte le proprie difese con l’assistenza tecnica, assicurata dallo Stato in caso di indigenza, nel procedimento di merito davanti al giudice.

Il procedimento giudiziale, svolto con la piena partecipazione del ricorrente, si concluderà poi con l’accertamento dello Stato competente all’esame della domanda di protezione internazionale.

Questa soluzione appare un rimedio effettivo perché consente di dare piena applicazione al Regolamento senza interrompere il procedimento, come nel caso di annullamento o di dichiarazione di nullità dell’ordine di trasferimento, che produrrebbero l’inevitabile effetto di radicare la competenza in capo allo Stato cui appartiene il giudice, in forza del decorso del termine semestrale, così come stabilito dall’articolo 29 del Regolamento.

8.2 La rilevanza del rischio di trattamenti inumani e degradanti in situazioni diverse dalle violazioni sistemiche

Il secondo dubbio nasce dal testo del Regolamento che, nell’articolo 3 paragrafo 2, contiene un’unica deroga espressa al principio *di mutual trust* nel caso

⁴⁴ Cass. sez. I, ordinanza del 07.10.2020, n. 21553.

⁴⁵ Cass. sez. II, ordinanza del 24.02.2019, n. 8282.

⁴⁶ CGUE, *Samba Diouf*, 28 luglio 2011, in causa C-69/10, punto 29.

⁴⁷ Tribunale di Milano, decreto del 14 ottobre 2020, *cit.*

di violazione sistemiche nel Paese di destinazione. Il dubbio riguarda la rilevanza del rischio di trattamenti inumani e degradanti in situazioni diverse dalle violazioni sistemiche. Esso – si ritiene – è stato però già risolto dalla trilogia di sentenze *N.S.*, *C.K.* e *Jawo*. In particolare, in *Jawo*, la Corte ha reso chiaro che “è irrilevante, ai fini dell’applicazione del summenzionato articolo 4, che l’interessato sia esposto a un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, a causa del suo trasferimento verso lo Stato membro competente, ai sensi del regolamento Dublino III, al momento stesso del trasferimento, durante la procedura di asilo ovvero all’esito di quest’ultima”.⁴⁸

La Corte fa quindi leva sul carattere assoluto⁴⁹ del divieto di trattamenti inumani e degradanti per concludere che il rischio di violazione del divieto rappresenta sempre un limite all’applicazione automatica del Regolamento, sia in caso di violazioni sistemiche durante e all’esito della procedura d’asilo sia, eccezionalmente (*C.K.*), in caso di rischio aggravato dalla situazione individuale del richiedente.

Quest’ultimo aspetto è stato rimarcato dalla Corte nel caso *Jawo*, con il richiamo al precedente *Aranyosi e Căldăraru*⁵⁰. Ci si è chiesti se il riferimento al caso *Aranyosi e Căldăraru* significhi il richiamo anche alla “valutazione bifasica” pretesa dalla Corte, quando deve essere data esecuzione a un mandato di arresto europeo: prima una valutazione di carattere generale o sistemica riferita al rischio di trattamento inumano e degradante nel Paese che richiede l’esecuzione del mandato di arresto e poi una verifica individualizzata della persistenza del rischio nel caso specifico.

La progressione delle decisioni *N.S.*, *C.K.* e *Jawo* e i passaggi della motivazione della sentenza *Jawo* sopra riportati inducono invece a ritenere che il richiamo di *Aranyosi e Căldăraru* serva alla Corte solo per un’equiparazione della situazione sottostante, ossia l’esecuzione forzata di un ordine di trasferimento potenzialmente foriera di trattamenti inumani e degradanti, ma non per l’“esportazione” del test bifasico nell’ambito del sistema Dublino, dove i rischi di soggezione a trattamenti inumani e degradanti rilevano, invece, sempre.

⁴⁸ CGUE, *Jawo*, cit., punto 88.

⁴⁹ Il carattere assoluto del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è stato affermato dalla Corte EDU fin dal 1978 nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito* (del 10 gennaio 1978), in cui il giudice della Convenzione ha affermato, con espressione lapidaria, che “non può esserci alcuna giustificazione per azioni contrarie alle disposizioni che proibiscono la tortura o altri trattamenti inumani”.

⁵⁰ CGUE, *Aranyosi e Căldăraru*, cit.

8.3 La rilevanza del *non refoulement* indiretto o a catena

Il terzo dubbio riguarda il *non refoulement* indiretto o a catena e in particolare se esso rientri nel rischio di trattamento inumano e degradante e possa giustificare una deroga al principio del *mutual trust*.

Il caso è quello, sopra esemplificato, di un richiedente la cui domanda di protezione sia stata già respinta nel Paese competente e che sia destinato ad essere rimpatriato nel Paese terzo d'origine, in cui corre il rischio di essere soggetto a un trattamento inumano e degradante, sotto forma del rischio per la sua vita o incolumità a causa dell'esistenza di conflitti armati che generano violenza generalizzata.

La questione della rilevanza del *refoulement* in generale e del *refoulement a catena* in particolare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è stata già risolta dalla Corte EDU in diverse decisioni, tra le quali spiccano per importanza; *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*⁵¹ e *Ilias e Ahmed contro Ungheria*⁵².

In *Hirsi Jamaa*, la Corte EDU ha considerato il divieto di *refoulement* quale componente essenziale del divieto assoluto di tortura e trattamenti inumani e degradanti⁵³. La natura assoluta dell'obbligo di *non refoulement* vieta, dunque, allo Stato di operare il trasferimento della persona qualora questo trasferimento la esponga al rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti. È al riguardo irrilevante che tale rischio esista nello stato di destinazione oppure in uno Stato terzo nel quale la persona sarà trasferita dallo Stato di destinazione, purchè si tratti di un rischio concreto.

Al fine, poi, di determinare l'estensione dell'obbligo assoluto di *non refoulement* posto a carico degli Stati membri dalla Convenzione, giova in particolare richiamare l'opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque nel caso *Hirsi Jamaa*, ove egli afferma che l'obbligo di *non refoulement* ricorre anche quando il rischio di trattamento inumano e degradante può essere determinato da un conflitto armato interno⁵⁴.

⁵¹ Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, 23 febbraio 2012, in ricorso n. 27765/09.

⁵² Corte EDU, quarta sezione, *Ilias e Ahmed contro Ungheria*, 14 marzo 2017, in ricorso n. 47287/15.

⁵³ Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, cit. par. 23, 120, 122.

⁵⁴ *When there is a risk of serious harm as a result of foreign aggression, internal armed conflict, extrajudicial death, forced disappearance, death penalty, torture, inhuman or degrading treatment, forced labour, trafficking in human beings, persecution, or trial based on a retroactive penal law or on evidence gathered by torture or inhuman and degrading treatment in the receiving State, the obligation of non-refoulement is an absolute obligation of all States.*

Nella sentenza *Ilias e Ahmed contro Ungheria*, la Corte EDU ha affrontato il caso di due cittadini bengalesi richiedenti protezione internazionale in Ungheria ed espulsi verso la Serbia dopo 23 giorni di trattenimento in una zona di transito. La Corte ha condannato l'Ungheria affermando che questo Paese avrebbe dovuto tenere in considerazione la possibilità di un *refoulement* a catena dalla Serbia alla Macedonia (FYROM oggi Macedonia del Nord) e da qui alla Grecia, ossia i Paesi attraverso i quali i cittadini bengalesi erano transitati per raggiungere l'Ungheria. La Corte ha dunque affermato che sullo Stato incombe l'obbligo di valutare d'ufficio il rischio per il richiedente protezione di subire trattamenti inumani e degradanti in un contesto di *refoulement* a catena, quando la valutazione del rischio può essere effettuata sulla base di un ampio ventaglio di fonti di informazione⁵⁵. Nel caso esaminato, la Corte europea ha evidenziato che nel 2012 l'UNHCR raccomandava agli Stati di evitare rimpatri in Serbia di richiedenti asilo per la mancanza di una procedura d'asilo giusta (*fair*) ed efficiente e per il rischio di un *refoulement* a catena verso la Macedonia e che, anche con riferimento a questo Paese, nel 2015 l'UNHCR aveva identificato significative carenze nelle procedura d'asilo e che, infine, anche in Grecia le condizioni di accoglienza erano state valutate dalla stessa Corte europea (nella decisione *M.S.S. contro Grecia e Belgio*) in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione⁵⁶.

La solida giurisprudenza della corte EDU penetra anche il diritto dell'Unione europea in forza dell'articolo 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁷. Inoltre, in forza dell'articolo 18 della Carta e dell'articolo 78, par. 1 del TFUE, il diritto d'asilo e la politica comune dell'UE in materia di protezione internazionale si conformano alla Convenzione di Ginevra che sancisce, senza incertezze, il principio di non respingimento.

In definitiva, ai fini dell'operatività del divieto di trattamenti inumani e degradanti, è rilevante ogni forma di respingimento, sia essa diretto oppure indiretto o a catena. Piuttosto, secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia in *Jawo*, il livello di rilevanza va rapportato alla gravità del rischio, nel senso che il *mutual trust* cede soltanto di fronte ad un rischio di *particolarmente elevata di gravità*⁵⁸. Resta, però, questione aperta e di non facile soluzione come questa soglia vada

⁵⁵ Corte EDU, *Ilias e Ahmed, cit.*, par. 118.

⁵⁶ Corte EDU, *Ilias e Ahmed, cit.*, par. 121,122 e 12.

⁵⁷ "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

⁵⁸ CGUE, *Jawo, cit.*, punto 91.

determinata nel rispetto dell'articolo 4 della Carta e del carattere assoluto del relativo divieto.

8.4. Il rimedio giudiziale in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti

Il successivo passaggio attiene al rimedio che il giudice debba adottare in caso di accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, come nel caso di *non refoulement* indiretto.

La Corte propone in *C.K.* e *Jawo* due soluzioni differenti, a seconda che si tratti di rischi che dipendono da situazioni individuali o transitorie oppure da situazioni sistemiche.

Per il primo caso (*C.K.*) la Corte suggerisce l'attivazione degli strumenti di cooperazione bilaterale tra Stati per elidere il rischio e, in caso di impossibilità o insuccesso, la sospensione del trasferimento, con l'effetto – non dichiarato dalla Corte – del consolidamento della competenza dello Stato “richiedente”, in forza del meccanismo dell'articolo 29 del Regolamento (decorso del termine semestrale).

Nel secondo caso, la Corte sembra proporre un'interpretazione estensiva dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento, che è stato previsto per l'ipotesi di rischio di trattamenti inumani e degradanti derivanti da violazioni sistemiche. L'effetto è analogo a quello dell'articolo 29. La norma prevede che: *Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente.*

L'interpretazione estensiva dell'articolo 3.2. è stata proposta dal Tribunale di Milano nel decreto del 14 ottobre 2020.

Tanto in *C.K.* quanto in *Jawo*, la Corte di giustizia esclude, invece, con nettezza il ricorso “obbligatorio” alla clausola di sovranità o clausola discrezionale dell'articolo 17 del Regolamento.

Questa esclusione è in linea con la volontà della Corte di affermare il carattere eccezionale della deroga al principio di *mutual trust*. Tale situazione eccezionale ricorre solo in caso di rischio di violazione di un divieto assoluto, quale quello di trattamenti inumani e degradanti e solo nel caso in cui il rischio di violazione superi la soglia della *particolarmente elevata gravità* (*Jawo*)⁵⁹.

I Tribunali di Roma e Firenze, nei loro rinvii pregiudiziali, hanno però sollecitato la Corte, con riguardo al caso di *non refoulement indiretto*, a prendere

⁵⁹ CGUE, *Jawo*, punto 91.

posizione sul ricorso “obbligatorio” alla clausola discrezionale dell’art. 17. La tesi del “ricorso obbligatorio alla clausola discrezionale” è sostenuta anche da una parte della dottrina⁶⁰.

Inoltre, si discute se la clausola discrezionale possa o debba trovare applicazione quando si tratta di assicurare la protezione nazionale, come nel caso della protezione speciale introdotta dal Decreto-Legge 21 ottobre 2020, n. 130. Il dibattito nasce dalla considerazione che il sistema comune di asilo non è oggetto di integrale armonizzazione da parte del diritto dell’Unione. Come emerge dalla Direttiva Qualifiche e dalla giurisprudenza della CGUE⁶¹, la protezione internazionale definita dal diritto UE non esaurisce le forme di protezione che gli Stati membri possono riconoscere in attuazione di obblighi esistenti a livello costituzionale, come nel caso della protezione speciale del d.l. 130/2020 o della protezione umanitaria, oppure a livello internazionale.

Orbene, con riferimento alla clausola di sovranità, già nella vigenza del Regolamento Dublino II, la Corte aveva evidenziato che la formulazione letterale dell’allora articolo 3, par. 2 – corrispondente all’attuale articolo 17, par. 1 del regolamento Dublino III – non subordina l’applicazione della clausola di sovranità ad alcuna particolare condizione; essa mira piuttosto a riconoscere un ampio “potere discrezionale”, volto a “salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell’esercizio del diritto di concedere l’asilo”⁶².

Nella sentenza *N.S.*, la Corte ha tuttavia precisato che la disposizione in materia di clausola di sovranità “riconosce agli Stati membri un potere discrezionale che fa parte integrante del sistema europeo comune di asilo previsto dal TFUE ed elaborato dal legislatore dell’Unione”⁶³ e che l’applicazione della clausola da parte di uno Stato membro determina delle “conseguenze precise”⁶⁴ in capo a esso, prima fra tutte il fatto di divenire lo Stato membro competente a esaminare la domanda. Ne consegue che l’esercizio della clausola di sovranità deve ritenersi “parte dei meccanismi di determinazione dello Stato membro competente” ai sensi del Regolamento⁶⁵.

Pertanto, il ricorso alla clausola di sovranità non può essere richiesto al giudice quando ci si trovi al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto

⁶⁰ Davide STRAZZARI, *Il Regolamento Dublino – Profili applicativi*, relazione preparata per la tavola rotonda del 27 maggio 2021 nel corso della Scuola Superiore della Magistratura, P21042.

⁶¹ CGUE, Grande sezione, *B. e D.*, 9 novembre 2010, in causa C-57/09; CGUE, *M.P.*, 24 aprile 2018 in causa C-353/16; e CGUE, *M.* 14 maggio 2019, in cause riunite C-391/16, C77/17 e C-78/17.

⁶² CGUE, Grande sezione, *Abdullahi*, 10 dicembre 2013, causa C-394/12, punto 57.

⁶³ CGUE, *N.S.*, cit., punto 65.

⁶⁴ CGUE, *N.S.*, punto 67.

⁶⁵ CGUE, *N.S.*, punto 68.

dell'Unione europea e quindi al di fuori del sistema comune europeo dell'asilo (CEAS), come nel caso di protezione assicurata dal diritto nazionale (speciale o umanitaria che sia).

In questo ultimo caso, l'intervento del giudice potrebbe ipotizzarsi solo come conseguenza dell'adempimento di obblighi "esistenti a livello costituzionale o internazionale" dello Stato.

Nell'ambito del CEAS, la Corte, nelle sentenze *C.K.* e *Jawo* ha, poi, escluso la possibilità di un ricorso obbligatorio alla clausola discrezionale, così preservando il principio di *mutual trust*.

Tale principio è stato affermato con nettezza dalla Corte anche nella sentenza *M.A.*⁶⁶, con la quale essa si è occupata dei trasferimenti Dublino verso il Regno Unito, in seguito alla notifica da parte del Regno Unito dell'intenzione di recedere dall'UE, ai sensi dell'articolo 50 TUE. La Corte, dopo aver richiamato i propri precedenti, ha ribadito la "natura facoltativa" della clausola e l'ampio potere discrezionale da essa conferito agli Stati, i quali rimangono pertanto sovrani nel definire le condizioni in presenza delle quali intendono darvi applicazione.

La sentenza è particolarmente rilevante perché, partendo da tali premesse, la Corte è giunta a negare l'esistenza di un obbligo di applicare tale clausola anche in situazioni in cui rilevi il principio internazionalmente riconosciuto del *best interests of the child*.

In presenza di una facoltà, e non di un obbligo dello Stato, di fare ricorso alla clausola di sovranità, non vi è spazio per il rimedio giudiziale.

Coloro che affermano la natura "obbligatoria della clausola discrezionale" fanno, peraltro, leva proprio sulla citata sentenza *M.A.*, con la quale la Corte ha risposto al quesito sollevato dal giudice del rinvio se l'articolo 27 del Regolamento consenta un ricorso nei confronti della decisione dello Stato di non ricorrere la clausola di sovranità. La Corte ha affermato, per un verso, la necessità di non moltiplicare gli strumenti di impugnazione al fine di garantire la celere trattazione delle domande di protezione e, per altro verso, l'esigenza di garantire il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale principio generale del diritto UE, riconosciuto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte ha così concluso che il diritto dell'Unione europea non impone di prevedere un mezzo di ricorso specifico nei confronti della decisione con cui l'autorità nazionale ha deciso di non ricorrere alla clausola di sovranità; tuttavia, ha soggiunto, il rifiuto di ricorrere alla clausola può essere oggetto di contestazione nell'ambito del ricorso avverso la decisione di trasferimento.

⁶⁶ CGUE, *M.A. e A.*, 23 gennaio 2019, in causa C-661/17.

Questa conclusione appare conforme ai principi espressi dalla Corte nelle decisioni *Karim* e *Mengesteab* circa la facoltà per il richiedente di far valere, con il ricorso ex art. 27 del Regolamento, anche vizi di natura procedurale. Essa, tuttavia, non contraddice quanto dalla stessa Corte ha affermato in *C.K.* e *Jawo* con riguardo all'esclusione del carattere "obbligatorio" della clausola discrezionale.

8.5 Un caso di *ne bis in idem*?

Resta l'ultimo quesito proposto dal Tribunale di Roma alla Corte di giustizia e cioè se, in caso di affermazione della competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda di protezione internazionale del richiedente esposto al rischio *non refoulement indiretto*, il giudice non si trovi così ad operare una rivalutazione nel merito della domanda di protezione internazionale già respinta⁶⁷ dal Paese di destinazione in materia di protezione sussidiaria della lettera c) dell'art. 15 della Direttiva Qualifiche e se ciò contrasti con il principio *mutual trust* che sta alla base del sistema comune di asilo europeo (CEAS).

In realtà, il secondo giudice del secondo Stato interviene in una situazione del tutto diversa, anche temporalmente, e autonoma rispetta a quella considerata dal primo giudice del primo Stato e che ha condotto al diniego della protezione sussidiaria.

Questa decisione negativa non è messa in discussione ed anzi essa è riconosciuta e "fa stato", nel senso che fonda il meccanismo di ripresa in carico in base all' articolo 18, par. 1, lett. d) del regolamento Dublino III.

Al secondo giudice è invece sottoposta una specifica "situazione fattuale dello Stato membro in cui il richiedente dovrebbe essere trasferito", per utilizzare le parole del considerando 19 del Regolamento. Il secondo giudice dovrà innanzitutto valutare, sulla base di allegazioni e prove che si basino su informazioni sul Paese di destinazione, se, in seguito al diniego della domanda di protezione internazionale, il richiedente sia destinato a essere rimpatriato nel Paese di provenienza. Quindi dovrà valutare, sulla base di allegazioni e prove che si basino su informazioni attuali sul Paese di origine – CoI – se il rimpatrio esponga il richiedente al rischio di trattamenti inumani e degradanti.

⁶⁷ Tribunale di Roma, ordinanza del 12 aprile 2021, punto 32, evidenzia il «rischio di sovrapporre il rimedio di cui all'articolo 27 del Regolamento con un nuovo esame della (prima) domanda di protezione internazionale, già svolto dallo Stato membro competente che ha applicato, legittimamente, i propri criteri interpretativi».

Questioni aperte in relazione all'applicazione del Regolamento Dublino

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1. Le norme rilevanti del Regolamento UE 2013/604 – 1.1.1. Art. 3 – 1.1.2. Art. 4 – 1.1.3. Art. 5 – 1.1.4. Art. 17 – 1.2. La giurisprudenza europea – 1.2.1. CGUE, 16.2.2017, C 578/16 – 1.2.2. CGUE 23.1.2019, C-661/17 – 1.2.3. CGUE 19.3.2019, C-163/17. – 2. Le carenze sistemiche – 2.1. La disciplina europea in tema di carenze sistemiche – 2.2. La pronuncia delle Sezioni Unite 8044/2018 – 2.3. La giurisprudenza successiva della Corte. – 3. Gli obblighi informativi e la loro violazione – 3.1. Il contenuto degli obblighi informativi – 3.2. La giurisprudenza della Corte – 3.3. La tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento – 3.4. La tesi della nullità del provvedimento determinativo della competenza – 3.5. La tesi della necessità di un pregiudizio in concreto – 3.6. Suggestioni varie. – 4. La clausola discrezionale – 4.1. Le origini della clausola discrezionale – 4.2. I principi generali di riferimento – 4.3. Le opzioni possibili – 4.4. La giurisprudenza della Corte di cassazione – 4.5. La clausola discrezionale e il *refoulement* indiretto. – 5. Il principio di non respingimento – 5.1. Interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino» – 5.2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Roma – 5.3. La giurisprudenza della Corte di cassazione – 5.4. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze. – 6. La rilevanza dell'art 19, comma 1.1. (integrazione sociale in Italia) in caso di trasferimento in altro Stato UE – 6.1. Cenni sulla protezione complementare di diritto interno – 6.2. Protezione complementare e «sistema Dublino» – 6.3. Le interferenze fra i due sistemi – 6.4. Indipendenza o pregiudizialità? – 6.5. Una ipotesi di distinzione: la domanda già definitivamente rigettata.

1. Premessa

La presente relazione funge da supporto e traccia scritta per l'intervento alla tavola rotonda su alcuni temi particolarmente controversi proposti dall'applicazione del Regolamento UE 2013/604, c.d. «Dublino III», affrontati nella prospettiva nazionale di legittimità, ossia avuto riguardo alle prime pronunce, decisorie e interlocutorie, della Suprema Corte di cassazione e agli orientamenti che questa giurisprudenza inizia a delineare.

I temi su cui occorre soffermarsi sono la disciplina delle carenze sistemiche, gli obblighi informativi, la clausola di discrezionalità e i limiti dell'intervento del giudice ordinario, gli obblighi informativi, le interferenze con il principio di non respingimento e la rilevanza dell'integrazione e radicamento in Italia del richiedente asilo.

1.1. Le norme rilevanti del Regolamento UE 2013/604

Le norme del Regolamento UE n. 604 del 2013 che vengono principalmente in rilievo ai fini dei temi oggetto dell'indagine sono gli artt. 3, 4, 5 e 17.

1.1.1. Art. 3

L'art.3 del Regolamento, dopo aver premesso che gli Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito, sancisce il principio di univocità della determinazione della competenza, affermando che una domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro, cioè quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III, e detta quindi la regola sussidiaria (par. 2) che quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei predetti criteri è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata.

Il successivo terzo paragrafo considera il caso dell'impossibilità di trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente per la sussistenza di fondati motivi di ritenere «carenze sistemiche» nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tal caso lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente deve proseguire l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente; se non è possibile eseguire il trasferimento verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente.

1.1.2. Art. 4

L'art. 4 in tema di «*Diritto di informazione*» prevede che non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale le autorità competenti dello Stato membro che la riceve debbano assolvere una serie di obblighi informativi nei confronti del richiedente relativi all'applicazione del Regolamento.

In particolare, essi devono specificare:

- a) le finalità del Regolamento e le conseguenze dell'eventuale presentazione di un'altra domanda in uno Stato membro diverso, nonché le conseguenze dello spostarsi da uno Stato membro a un altro durante le fasi in cui si determina lo Stato competente e in cui viene esaminata la domanda di protezione internazionale;
- b) i criteri di determinazione dello Stato membro competente, la gerarchia di tali criteri nelle varie fasi della procedura e la loro durata, compreso il fatto che una domanda di protezione internazionale presentata in uno Stato membro può comportare che tale Stato membro diventi competente ai sensi del Regolamento anche se tale competenza non si basi su tali criteri;
- c) il colloquio personale ai sensi dell'articolo 5 e la possibilità di presentare informazioni relative alla presenza di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela negli Stati membri, compresi i modi in cui il richiedente può presentare tali informazioni;
- d) la possibilità di impugnare una decisione di trasferimento e, ove applicabile, di chiedere la sospensione del trasferimento;
- e) il fatto che le autorità competenti degli Stati membri possono scambiarsi dati relativi al richiedente al solo scopo di rispettare i loro obblighi derivanti dal presente Regolamento; f) il diritto di accesso ai propri dati e il diritto di chiedere che tali dati siano rettificati se inesatti o che siano cancellati se trattati illecitamente, nonché le procedure da seguire per esercitare tali diritti, compresi gli estremi delle autorità di cui all'articolo 35 e delle autorità nazionali garanti per la protezione dei dati personali che sono responsabili in merito alla tutela dei dati personali.

Le predette informazioni debbono essere fornite al richiedente per iscritto in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, avvalendosi dell'opuscolo comune a tal fine predisposto.

Se necessario per la corretta comprensione del richiedente, le informazioni debbono essere fornite anche oralmente.

1.1.3. Art. 5

L'art. 5 del Regolamento in tema di «*Colloquio personale*», al fine di agevolare la procedura di determinazione dello Stato membro competente, dispone che lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione effettui un colloquio personale con il richiedente anche al fine di verificare la corretta comprensione delle informazioni fornitegli ai sensi dell'articolo 4, da svolgersi in tempo utile e, in ogni caso, prima che sia adottata la decisione di trasferimento verso lo Stato membro competente.

Il colloquio deve svolgersi in una lingua compresa o presumibilmente comprensibile¹ dal richiedente e nella quale questi è in grado di comunicare adeguatamente con l'interlocutore, avvalendosi di un interprete; deve rispettare condizioni tali da garantire un'adeguata riservatezza e deve venir condotto da una persona qualificata a norma del diritto nazionale.

Deve essere redatta una sintesi scritta che contenga almeno le principali informazioni fornite dal richiedente, che può assumere la forma di una relazione o di un modulo *standard*, e deve esser accessibile al richiedente o al suo legale.

1.1.4. Art. 17

L'art. 17, in tema di «*Clausole discrezionali*», nel primo paragrafo prevede che in deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel Regolamento.

Lo Stato membro che decide in tal modo di esaminare una domanda di protezione internazionale diventa lo Stato membro competente e assume gli obblighi connessi a tale competenza.

1.2. La giurisprudenza europea

Le principali pronunce della Corte di Giustizia che vengono in rilievo sono le seguenti.

1.2.1. Corte di Giustizia UE, 16.2.2017, C 578/16

La Corte di Giustizia UE, con sentenza del 16.2.2017, nella causa C 578/16, ha affermato il principio secondo il quale:

«L'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea va interpretato nel senso che: anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, ai sensi di tale articolo; in circostanze nelle quali il trasferimento di un richiedente asilo, che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente

¹ La formulazione, un po' barocca, del Regolamento si riferisce a «una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile».

grave, comporterebbe il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato, detto trasferimento costituirebbe un trattamento inumano e degradante, ai sensi di tale articolo; spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici, eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato, adottando le precauzioni necessarie affinché il suo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute di tale persona. Nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a garantire che il suo trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto, e eventualmente, se dovesse ritenere che lo stato di salute del richiedente asilo interessato non dovrebbe migliorare a breve termine, o che una sospensione di lunga durata della procedura rischierebbe di aggravare lo stato dell'interessato, lo Stato membro richiedente potrebbe scegliere di esaminare esso stesso la domanda di quest'ultimo facendo uso della clausola discrezionale prevista dall'art. 17, paragrafo 1, del Regolamento n. 604/2013».

1.2.2. Corte di Giustizia UE, 23.1.2019, C-661/17

La Corte di Giustizia con la sentenza del 23.1.2019, C-661/17 ha affermato:

«Come è stato rilevato al punto 10 di questa sentenza, il Regolamento Dublino III ha sostituito il Regolamento n. 343/2003. Quanto alla clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, di questo primo Regolamento, la Corte ha già avuto modo di precisare che, dal momento che i termini di questa disposizione coincidono essenzialmente con quelli della clausola di sovranità che si trovava nell'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento n. 343/2003, l'interpretazione di quest'ultima disposizione è parimenti trasponibile all'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III (sentenza del 16 febbraio 2017, C.K. e a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 53). 56 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III, una domanda di protezione internazionale è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III di tale Regolamento. 57 Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del summenzionato Regolamento, in deroga a detto articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base a tali criteri. 58 Risulta chiaramente dal disposto dell'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III che detta

disposizione possiede natura facoltativa ove lascia alla discrezionalità di ogni Stato membro la decisione di procedere all'esame di una domanda di protezione internazionale che è presentata allo stesso, anche se tale esame non incombe ad esso in forza dei criteri di determinazione dello Stato membro competente definiti da detto Regolamento. L'esercizio di tale facoltà, peraltro, non è soggetto a condizioni particolari (v., in tal senso, sentenza del 30 maggio 2013, Halaf, C-528/11, EU:C:2013:342, punto 36). Detta facoltà è intesa a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda di protezione internazionale, anche se esso non è competente in applicazione dei suddetti criteri (sentenza del 4 ottobre 2018, Fathi, C-56.17, EU:C:2018:803, punto 53). 59 In considerazione della portata del potere discrezionale in tal modo accordato agli Stati membri, spetta allo Stato membro interessato determinare le circostanze in cui intende far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III e accettare di esaminare direttamente una domanda di protezione internazionale per la quale non è competente in forza dei criteri definiti da detto Regolamento. 60 Tale rilievo, d'altronde, è coerente, da una parte, con la giurisprudenza della Corte relativa alle disposizioni facoltative, secondo la quale esse riconoscono un ampio potere discrezionale agli Stati membri (sentenza del 10 dicembre 2013, Abdullahi, C-394.12, EU:C:2013:813, punto 57 e giurisprudenza ivi citata) e, d'altra parte, con l'obiettivo di detto articolo 17, paragrafo 1, che consiste nel salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere una protezione internazionale (sentenza del 5 luglio 2018, X, C-213/17, EU:C:2018:538, punto 61 e giurisprudenza ivi citata). 61 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione affermando che l'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III va interpretato nel senso che la circostanza che uno Stato membro, determinato come «competente» ai sensi di detto Regolamento, abbia notificato il proprio intento di recedere dall'Unione a norma dell'articolo 50 TUE non obbliga lo Stato membro che procede a tale determinazione ad esaminare direttamente, in applicazione della clausola discrezionale di cui al detto articolo 17, paragrafo 1, la domanda di protezione in parola.»

1.2.3. Corte di Giustizia UE, 19.3.2019, C-163/17

Successivamente la Corte di Giustizia con la sentenza del 19.3.2019, C-163/17, Jawo, ha affermato che l'art. 17, pur se squisitamente discrezionale, può essere utilizzato per consentire di non applicare automaticamente il Regolamento in tutti i casi in cui il Paese competente non sia affetto da gravi carenze sistemiche nel suo sistema di asilo e pur tuttavia il trasferimento verso tale Stato non ga-

rantisca una piena tutela dei diritti del richiedente protezione internazionale, sia pure solo in ragione della condizione personale di vulnerabilità del richiedente ovvero nel caso in cui il Paese si trovi in una situazione «problematica», ancorché non strutturalmente carente, sotto il profilo delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o delle procedure di accesso alla protezione internazionale.

Le «carenze sistemiche».

La disciplina europea in tema di carenze sistemiche.

I «*considerando*» da 21 a 23 del Regolamento 604 del 2013 riguardano le ipotesi di carenze o collassi dei sistemi di asilo, spesso aggravati dalle particolari pressioni alle quali detti sistemi sono sottoposti, che possono mettere a repentaglio il regolare funzionamento del sistema di accoglienza e asilo europeo, con conseguente possibile rischio di violazione dei diritti dei richiedenti previsti dall'*acquis* dell'Unione in materia di asilo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da altri diritti umani internazionali e dai diritti dei rifugiati.

Per garantire una solida cooperazione nell'ambito del Regolamento e per sviluppare la fiducia reciproca tra Stati membri riguardo alla politica in materia di asilo, è stato istituito un meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione in caso di crisi nel settore dell'asilo, atto a prevenire un deterioramento o il collasso dei sistemi di asilo, in cui l'EASO svolge un ruolo determinante avvalendosi delle sue competenze ai sensi del Regolamento (UE) n. 439/2010.

Tale meccanismo deve assicurare che l'Unione sia avvisata il prima possibile in caso di rischio di non corretto funzionamento del sistema a causa di una particolare pressione esercitata sui sistemi di asilo di uno o più Stati membri e/o di loro carenze al fine di promuovere misure preventive in una fase precoce e di prestare la debita attenzione politica a tali situazioni, alla luce dei principi di solidarietà e fiducia reciproca.

È stato inoltre stabilito che gli Stati membri collaborino con l'EASO nella raccolta d'informazioni riguardanti la loro capacità di gestire pressioni particolari sui rispettivi sistemi di asilo e di accoglienza, in particolare nell'ambito dell'applicazione del Regolamento.

La pronuncia delle Sezioni Unite 8044/2018.

Un punto di riferimento e orientamento essenziale va colto nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 8044 del 30.3.2018, a cui si deve soprattutto l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

È stato in quell'occasione affermato che la controversia avente ad oggetto la procedura di determinazione dello Stato europeo competente sulla domanda dello straniero richiedente protezione internazionale e sul conseguente, eventuale, provvedimento di trasferimento emesso dalla P.A., ai sensi dell'art. 3, comma

3, del d.lgs. n. 25 del 2008² è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, perché la situazione giuridica soggettiva dello straniero che chiede protezione internazionale ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali. La cui giurisdizione spetta, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, all'autorità giurisdizionale ordinaria.

La stessa sentenza ha poi ulteriormente chiarito che la determinazione dello Stato competente ai sensi del Reg. 604/2013 non costituisce un diverso e autonomo procedimento, ma rappresenta una fase, necessariamente preliminare, all'interno del procedimento di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale. Di conseguenza l'accertamento della competenza all'esame della domanda e la decisione sulla domanda medesima, pur costituendo fasi distinte, sono inserite in un procedimento unitario attivato dalla manifestazione di volontà del cittadino straniero o apolide alle autorità competenti.

Ove tale fase preliminare sfoci in una decisione di trasferimento, il procedimento continua il proprio corso naturale presso lo Stato membro designato come competente, posto che il riconoscimento della protezione internazionale nei Paesi dell'Unione è fondato su un «sistema comune di asilo» (art. 78 T.F.U.E.), che postula un principio generale di «reciproca fiducia» tra i sistemi di asilo nazionali e il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali.

Le Sezioni Unite hanno poi aggiunto che ogni decisione di trasferimento impone all'autorità amministrativa di valutare sia che le procedure di asilo e le condizioni di accoglienza nello Stato designato come competente non soffrano di «carenze sistemiche» (art. 3, par. 2), sia, a prescindere dalla sussistenza di tali criticità generali, che il suddetto trasferimento non comporti per il richiedente un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., situazione la cui sussistenza è idonea vincere la presunzione (relativa) di sicurezza e pari rispetto dei diritti fondamentali negli Stati membri³.

Coerentemente la giurisprudenza afferma che l'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale e il conseguente eventuale trasferimento del richiedente asilo spetta, in base all'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, all'Amministrazione e, precisamente, all'Unità di Dublino e non al giudice ordinario, al quale compete però il controllo sui relativi provvedimenti.

² Anche prima della espressa previsione contenuta nel comma 3 *bis* dello stesso articolo, introdotta dal d.l. n. 13 del 2017 convertito con modificazioni dalla legge n. 46 del 2017.

³ CGUE, sent. 16.2.2017, C-578.2016, PPU, C.K. c. Slovacchia, par. 65.

Tale conclusione deriva dalla impostazione del Regolamento n. 604 del 2013, che fissa i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale ed è nel complesso diretto, da un lato, a scongiurare i conflitti negativi, ossia a prevenire che ciascuno Stato appartenente all'UE possa dichiararsi incompetente ad esaminare la domanda, dall'altro, ad impedire «*movimenti interni*» dei richiedenti protezione, conferendo agli Stati, e non alle persone, la facoltà di decidere dove il richiedente abbia diritto di veder esaminata la domanda medesima.

In applicazione di tali principi, è stato cassato il decreto con il quale il giudice del merito, ritenendosi incompetente, aveva dichiarato inammissibile la domanda di protezione internazionale del richiedente asilo, entrato in territorio europeo varcando il confine della Grecia sul presupposto che essa avrebbe dovuto essere proposta non in Italia, ma in Grecia, in quanto in tal modo il giudice si era sostituito all'Unità Dublino nella individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, non essendo menzionata una ripresa in carico da parte della Grecia, considerata dal giudice Stato di primo arrivo (Sez.1, n. 31675 del 06.12.2018).

2.3. La giurisprudenza successiva della Corte di cassazione

L'ordinanza della Sez.1, n. 31566 del 3.12.2019, in un caso in cui si discuteva delle carenze del sistema di accoglienza della Norvegia, ha confermato la decisione di merito, ponendo, fra l'altro, in evidenza il fatto che lo stesso ricorrente si era limitato ad argomentare circa la «severità» delle decisioni adottate dalle autorità norvegesi.

Analogamente l'ordinanza della Sez.1, n. 24045 del 26.9.2019 ha superato le contestazioni, versanti nel merito, proposte dai ricorrenti contro la pronuncia che aveva accertato l'insussistenza di carenze nel sistema di accoglienza norvegese.

La decisione della Sez.3, n. 25150 del 15.7.2020 – per vero a titolo di *obiter dictum* – ha affermato che il Regolamento inserisce una deroga generale ai criteri di competenza nell'art. 3, par. 2, secondo comma, che opera, in funzione di garanzia individuale, soltanto qualora il trasferimento di un richiedente verso un altro Stato membro designato come competente appaia impossibile, sussistendo fondati motivi per ritenere esistenti carenze sistemiche nelle procedure di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in detto Stato, tali da implicare il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte ha affermato che si tratta di una «*regola di chiusura a tutela del migrante*», destinata ad operare, in ambito europeo, in casi estremi in cui l'assetto interno di un paese membro non dia più le garanzie minime del rispetto dei diritti

ti umani, al punto tale che il migrante possa correre il rischio concreto di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

La decisione della Sez. 1, n. 23584 del 27.10.2020, al pari delle coeve n. 23586 e 23587, ha affermato – tra l'altro – che il sindacato del giudice ordinario deve ritenersi limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sempre che tale situazione sia tale da superare l'art. 78 del TFUE.

L'ordinanza della Sez.1, n. 5262 del 25.2.2021 ha cassato la decisione di merito, ritenendo che non fosse stata espletata correttamente la valutazione circa le condizioni di accoglienza dei profughi in Bulgaria e le carenze sistemiche nella procedura di asilo.

Il Tribunale si era limitato ad affermare che *«i bassi standards delle condizioni dei centri di accoglienza, l'assenza di adeguati meccanismi di individuazione dei soggetti vulnerabili, l'eliminazione dell'indennità mensile e l'insufficienza delle tutele e delle garanzie per i richiedenti asilo...(erano)... stati dedotti in via del tutto generica..., senza alcun riferimento alle vicende personali del ricorrente»* e, con riguardo al richiamo di parte ricorrente al *report* aggiornato di Amnesty International circa *«l'uso della forza e il compimento di atti discriminatori da parte delle autorità»* bulgare nei confronti dei richiedenti asilo, aveva sostenuto che dal racconto del ricorrente emergeva *«che la violenza nei suoi confronti da parte della polizia di frontiera era stata esercitata al solo fine di bloccare il suo tentativo di fuga attuato per sottrarsi ai dovuti controlli di frontiera e si era conclusa in quel contesto»*

Il Tribunale aveva quindi ritenuto la Bulgaria un Paese sicuro, senza che fossero ravvisabili motivi che potessero indurre lo Stato italiano ad affermare la propria competenza, basandosi su informazioni, acquisite in forza dei poteri ufficiali, non aggiornate rispetto all'ultimo *report* citato, e che attestavano comunque solo il sostegno operativo ed istituzionale fornito dall'EASO alla Bulgaria per ottimizzare e accelerare le procedure di registrazione e di esame delle domande di asilo, nonché per incrementare le condizioni di accoglienza, con adeguato aumento dei posti letto.

Secondo la Corte, invece, era mancata un'analisi approfondita, sulla base di riscontri puntali ed aggiornati, circa il sistema di accoglienza e di asilo vigente in Bulgaria e circa l'assenza di un concreto rischio, per il ricorrente, di subire trattamenti inumani e degradanti con violazione dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 17 Reg. n. 604/2013 UE.

La questione relativa ai presupposti e ai limiti della deduzione di «carenze sistemiche» del sistema di accoglienza e asilo dello Stato membro destinatario

del trasferimento, in deroga al principio della fiducia reciproca fra Stati (*mutual trust*) e alla presunzione (relativa) di adeguatezza, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2, secondo periodo, del Regolamento 2013/604 e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, anche alla luce della sentenza della Corte giustizia UE del 19.03.2019, n. 163, è stata recentemente oggetto di rinvio da parte della 6° sezione alla pubblica udienza della 1° sezione civile (ordinanze interlocutorie coeve, Sez.6.1, da n. 11726 a n. 11732 del 5.5.2021).

3. Gli obblighi informativi e la loro violazione

3.1. Il contenuto degli obblighi informativi

Il «*considerando*» 18 del Regolamento n. 604 del 2013 afferma che è opportuno organizzare un colloquio personale con il richiedente al fine di agevolare la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale e che non appena sia presentata la domanda di protezione internazionale, il richiedente dovrebbe essere informato dell'applicazione del Regolamento e della possibilità, nel corso del colloquio, di fornire informazioni sulla presenza negli Stati membri di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela, al fine di agevolare il processo di determinazione dello Stato membro competente

Il «*considerando*» 19, al fine di assicurare una protezione efficace dei diritti degli interessati, prevede che si dovrebbero stabilire garanzie giuridiche e il diritto a un ricorso effettivo avverso le decisioni relative ai trasferimenti verso lo Stato membro competente, ai sensi, in particolare, dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Al fine di garantire il rispetto del diritto internazionale è opportuno che un ricorso effettivo avverso tali decisioni verta tanto sull'esame dell'applicazione del presente Regolamento quanto sull'esame della situazione giuridica e fattuale dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito.

L'art. 4 in tema di «*Diritto di informazione*» prevede che non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale le autorità competenti dello Stato membro che la riceve debbano assolvere una serie di obblighi informativi nei confronti del richiedente relativi all'applicazione del Regolamento riepilogati nel § 1.2.

Le predette informazioni debbono essere fornite al richiedente per iscritto in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, a tal fine avvalendosi dell'opuscolo comune a tal fine predisposto. Ove necessario per la corretta comprensione del richiedente, le informazioni debbono essere fornite anche oralmente.

L'art. 5 del Regolamento in tema di «*Colloquio personale*» dispone al fine di agevolare la procedura di determinazione dello Stato membro competente, che lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione effettui un colloquio personale con il richiedente anche al fine di verificare la corretta comprensione delle informazioni fornite al richiedente ai sensi dell'articolo 4, da svolgersi in tempo utile e, in ogni caso, prima che sia adottata la decisione di trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente.

3.2. La giurisprudenza della Corte

Quid juris in caso di violazione degli obblighi informativi sopra illustrati da parte delle autorità dello Stato che riceve la domanda di protezione internazionale?

La giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di obblighi informativi e conseguenze della loro violazione si è divisa in un contrasto che contrappone varie tesi:

- la tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento;
- la tesi della rilevanza determinante della violazione degli obblighi informativi, a prescindere dalle loro concrete conseguenze nel caso di specie, con la conseguente nullità del provvedimento determinativo della competenza;
- la tesi della nullità conseguente alla violazione del diritto informativo solo in presenza di concrete ricadute pregiudizievoli, che debbono essere specificamente allegate dal richiedente asilo che intende farla valere.

Lo sbocco di questo contrasto non è stato la rimessione alle Sezioni unite ex art. 374, comma 2, cod.proc.civ., perché la 2° sezione civile con ordinanza interlocutoria n. 8668 del 29.3.2021 ha invece preferito provocare sul punto la risposta della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale interpretativa del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

3.3. La tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento

Una prima tesi (Sez.1, 25385, 25386 e 25387 del 27.10.2020) nega più radicalmente ingresso alla sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento.

L'orientamento in parola ritiene che la violazione dell'art. 4 del Regolamento non può essere fatta valere nel caso in cui venga impugnata una decisione di trasferimento per ripresa in carico ai sensi dell'art. 18 del Regolamento, perché in tale sede il richiedente asilo può lamentare solo carenze sistemiche nella proce-

dura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza nello Stato membro designato alla luce dell'art. 3, paragrafo 2, comma 2 del Regolamento.

Secondo queste pronunce, l'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale secondo il Regolamento Dublino III spetta, in base all'art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 25 del 2008, all'amministrazione e precisamente all'Unità di Dublino, operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno e non al giudice ordinario.

Pertanto, laddove sia stato impugnato un provvedimento di ripresa in carico di un richiedente già accettato da parte di uno Stato membro UE, il giudice ordinario nazionale non può rilevare violazioni formali del Regolamento Dublino verificatesi nel corso della procedura, essendo sfornito di competenza al riguardo. Infatti, il relativo sindacato è limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Situazione, peraltro, che deve tale da superare l'art. 78 TFUE.

3.4. La tesi della nullità del provvedimento determinativo della competenza

Secondo l'orientamento più severo, riconducibile alla soluzione prospettata *sub b)*, invece le norme in questione hanno carattere essenziale e devono essere inderogabilmente applicate in ogni caso in cui sia avviata una qualsiasi procedura di determinazione dello Stato competente all'esame di una domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento Dublino III.

In tal senso si è pronunciata la Sez. 2, con ordinanza n. 17963 del 27.08.2020, laddove è stato affermato che le garanzie informative e partecipative di cui agli artt. 4 e 5 del Reg. UE n. 604 del 2013, che vanno assicurate allo straniero sottoposto a procedimento di trasferimento presso altro Stato dell'Unione Europea, che sia competente ad esaminare la sua domanda di protezione internazionale, sono finalizzate a garantire l'effettività ed uniformità dell'informazione, nonché del trattamento del procedimento di trasferimento, in tutto il territorio dell'Unione.

Di conseguenza la loro inosservanza determina la nullità del provvedimento di trasferimento, senza che rilevi, in senso contrario, l'eventuale loro conoscenza acquisita *aliunde* da parte dello straniero, né la mancata allegazione o dimostrazione, da parte dell'interessato, di uno specifico *vulnus* al suo diritto di azione e difesa, giacché il rispetto della citata normativa euro-unitaria, finalizzata ad assicurare il trattamento uniforme della procedura di trasferimento in tutto il territorio dell'Unione, non può essere condizionata dalle modalità con cui, in concreto, i singoli interessati reagiscono alla sua eventuale violazione.

La stessa tesi è stata sostenuta dalla Sez.2 con ordinanza n. 8282 del 24.3.2021.

3.5. La tesi della necessità di un pregiudizio in concreto

L'orientamento più elastico, di cui alla tesi riassunta *sub c)*, ritiene che il giudice non possa annullare la decisione di trasferimento a seguito di ripresa in carico già accettata da parte di uno Stato membro, per violazioni solo formali, come quella della mancata consegna dell'opuscolo informativo prevista dall'art. 4, della procedura finalizzata al trasferimento.

Tale opinione è stata sostenuta nella ordinanza della Sez. 1, n. 21553 del 7.10.2020 che ha affermato « *gli obblighi informativi di cui all'art. 4 del Reg. EU n. 604 del 2013 sono finalizzati a rendere edotto il destinatario di un eventuale provvedimento di trasferimento, delle scansioni e degli effetti della c.d. 'procedura Dublino', nonché dei rimedi impugnatori della decisione adottata al termine di essa, e se è pacifico che, nel caso al vaglio, il richiedente sia stato assistito, nel corso del colloquio ex art. 5 del Reg. EU n. 604 del 2013, da un interprete e che abbia potuto proporre tempestivamente ricorso avverso il decreto di trasferimento, sarebbe stato necessario che il Tribunale desse conto, in motivazione, di quale fosse stato il danno concreto patito dal richiedente, vuoi nel proprio diritto di interlocuzione con l'Autorità, vuoi nel proprio diritto di difesa*»

Lo stesso assunto è stato ripreso in un inciso (per vero rafforzativo *ad abundantiam*) della ordinanza della Sez.lav. n. 7520 del 25.3.2021, ove si legge «*nulla è detto, nel decreto impugnato, di quali sarebbero state le concrete conseguenze, subite dal richiedente, della denunciata lesione dei diritti di informazione previsti dall'art. 4 del Reg. EU n. 604 del 2013*».

L'orientamento corrisponde alla tesi «preferenziale» sostenuta dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione n. 8668 del 29.3.2021; con tale ordinanza, anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia 26.7.2017, Mengesteab, C-670/2016, punti 93 e 95, e in considerazione dell'effettività del rimedio, ma anche del ruolo specifico che il Regolamento Dublino III assegna al primo Stato membro nel quale viene presentata una domanda di protezione internazionale, è stato chiesto se in caso di impugnazione della decisione di trasferimento ai sensi degli artt. 26 e 18, paragrafo 1, lettera b), l'art. 4 del Regolamento debba essere interpretato nel senso che la violazione dell'obbligo informativo in esso previsto, possa essere fatta valere solo a condizione che il richiedente asilo indichi quali informazioni avrebbe fornito all'amministrazione per consentirle di applicare correttamente i criteri di competenza previsti dal Regolamento e indichi anche in che modo queste informazioni sarebbero state determinanti per l'adozione di una decisione di trasferimento di diverso contenuto o avrebbero indotto l'autorità amministrativa a non adottarla.

La Corte ha anche dubitato della conformità al Regolamento dell'orientamento che ritiene sufficiente, per annullare una decisione di trasferimento ai sensi dell'art. 18, paragrafo 1, lettera b), la mera denuncia di una violazione formale del procedimento perché, in tal modo, si consentirebbe di contestare, indirettamente, la competenza dello Stato membro dove per prima è stata presentata la domanda di protezione per motivi diversi dalla corretta applicazione dei criteri fissati dal Regolamento stesso.

Secondo l'ordinanza, lo scopo del Regolamento, che è di giungere a una celere e corretta individuazione dello Stato membro competente nel rispetto dei diritti fondamentali del richiedente asilo e al contempo di scoraggiare i movimenti secondari, sarebbe in contrasto con il diverso orientamento che ritiene che in caso di accertata violazione degli artt. 4 e/o 5 del Regolamento, il giudice debba necessariamente annullare la decisione amministrativa di trasferimento; ciò anche perché in tal modo, oltre a non consentire una tempestiva individuazione dello Stato membro competente, si rischierebbe di far decorrere i termini massimi per l'esecuzione della decisione di trasferimento.

Al contrario, un'interpretazione che valorizzi la specifica allegazione da parte del richiedente delle circostanze rilevanti a condurre ad una diversa decisione, assicurerebbe l'effettività del rimedio predisposto dal Regolamento e consentirebbe, al contempo, il tempestivo ed efficace funzionamento delle procedure previste dal Regolamento per la determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale.

Sono state così formulate le seguenti questioni interpretative:

«1) se l'art. 4 del Regolamento debba essere interpretato nel senso che con il ricorso proposto, ai sensi dell'art. 27 del Regolamento (UE) 604/2013, nei confronti di una decisione di trasferimento adottata da uno Stato membro, secondo il meccanismo dell'art. 26 del Regolamento ed in base all'obbligo di ripresa in carico di cui all'art. 18, paragrafo 1, lettera b) del medesimo Regolamento, possa farsi valere la sola mancata consegna dell'opuscolo informativo disciplinata dall'art. 4, paragrafo 2, del Regolamento, da parte dello Stato che ha adottato il provvedimento di trasferimento;

2) se l'art. 27 del Regolamento, letto in combinazione con il "considerando" 18 e il "considerando" 19 e con l'art. 4 del medesimo Regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi previsti dall'art. 4 impone al giudice l'adozione di una decisione di annullamento della decisione di trasferimento;

3) in caso di risposta negativa al quesito sub 2) se l'art. 27 del Regolamento, letto in combinazione con il "considerando" 18 e il "considerando" 19 e con l'art. 4 del medesimo Regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi previsti dall'art. 4 impone

al giudice di verificare la rilevanza di tale violazione alla luce delle circostanze allegare dal ricorrente e consente di confermare la decisione di trasferimento tutte le volte che non emergano ragioni per l'adozione di una decisione di trasferimento di contenuto diverso».

Analogamente, con ordinanza del 2.4.2021⁴, il cui *iter* presumibilmente si è temporalmente incrociato con la rimessione disposta dal giudice di ultima istanza, anche il Tribunale di Trieste ha proposto, in via accelerata o prioritaria (diversamente dalla Corte di cassazione), una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia UE, chiedendo:

«... di chiarire quali siano le conseguenze giuridiche imposte dal diritto dell'Unione europea in ordine ai provvedimenti di trasferimento per ripresa in carico di cui al capo VI, sezione III, Reg. (UE) n. 604/2013, qualora lo Stato abbia omesso di fornire le informazioni previste dall'art. 4 Reg. (UE) n. 604/2013 e dall'art. 29 Reg. (UE) n. 603/2013.

In particolare, nel caso in cui sia stato attivato un rimedio pieno ed effettivo avverso la decisione di trasferimento, si chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

- a) se l'art. 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013 debba essere interpretato nel senso che l'omessa consegna dell'opuscolo informativo previsto dall'art. 4, par. 2 e 3 Reg. (UE) n. 604/2013 ad una persona che versi nelle condizioni descritte dall'art. 23 par. 1 Reg. (UE) n. 604/2013 determina di per sé l'insanabile nullità del provvedimento di trasferimento (ed eventualmente anche la competenza a conoscere della domanda di protezione internazionale da parte dello Stato membro al quale la persona ha proposto la nuova domanda) oppure nel senso che è onere del ricorrente dimostrare in giudizio che, se gli fosse stato consegnato l'opuscolo, il procedimento avrebbe avuto un esito diverso;*
- b) se l'art. 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013 dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che l'omessa consegna dell'opuscolo informativo previsto all'art. 29 Reg. (UE) n. 603/2013 ad una persona che versi nelle condizioni descritte dall'art. 24, par. 1, Reg. (UE) n. 604/2013, determina di per sé l'insanabile nullità del provvedimento di trasferimento (ed eventualmente anche la conseguente necessaria offerta della possibilità di presentare una nuova domanda di protezione internazionale), oppure nel senso che è onere del ricorrente dimostrare in giudizio che, se gli fosse stato consegnato l'opuscolo, il procedimento avrebbe avuto un esito diverso.»*

⁴ Consultabile in allegato all'articolo di MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

3.6. Suggestioni varie

La tesi più severa potrebbe trovar alimento anche alla stregua di considerazioni spese dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione in ben altra materia e cioè nel campo della intermediazione finanziaria, con riferimento al tema della rilevanza causale dell'inadempimento degli obblighi informativi dell'intermediario sulle scelte dell'investitore.

In questo filone interpretativo si è dato ingresso ad una presunzione legale di rilevanza causale dell'inadempimento informativo, affermando che dalla funzione sistematica assegnata all'obbligo informativo gravante sull'intermediario finanziario, preordinato al riequilibrio dell'asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentirgli una scelta realmente consapevole, dalla quale scaturisce una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio, pur suscettibile di prova contraria da parte dell'intermediario. (Sez. 1, n. 16126 del 28.07.2020; Sez. 1, n. 9460 del 22.05.2020). Analogamente si potrebbe ipotizzare che dalla funzione sistematica delle informazioni previste dal Regolamento n. 604 del 2013 e dalla loro preordinazione a garantire l'esercizio informato dei diritti del richiedente asilo scaturisca una presunzione di efficienza causale del debito informativo, rilevante ai fini del procedimento. Tuttavia l'ipotizzata assimilazione offre il fianco all'obiezione che nel caso del danno scaturito da investimento finanziario disinformato il pregiudizio economico per l'investitore è accertato e si discute solamente del nesso eziologico.

A sostegno dell'opposta tesi si potrebbe invece invocare, *mutatis mutandis*, un orientamento granitico della Suprema Corte in tema di violazioni processuali incidenti sul diritto di difesa, secondo il quale la parte che propone ricorso per cassazione deducendo la nullità della sentenza per un vizio dell'attività del giudice lesivo del proprio diritto di difesa, ha l'onere di indicare il concreto pregiudizio derivato, atteso che, nel rispetto dei principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, la impugnazione non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma mira a eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte, sicché l'annullamento della sentenza impugnata è necessario solo se nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata (*ex plurimis*: Sez. 3, n. 26419 del 20.11.2020; Sez.2, 2.8.2019, n. 20874; Sez.1, 6.3.2019 n. 6518; Sez.3, 13.2.2019 n. 4159; Sez.2, 9.8.2017 n. 19759; Sez.3, 27.1.2014 n. 1612; Sez. 3, 13.05.2014, n. 10327).

Nella stessa prospettiva potrebbe assumere rilievo il principio espresso dall'art. 21 *octies*, della legge n. 241 del 7.8.1990, secondo il quale non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla

forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, regola del resto conforme ai principi dell'art. 263 TFUE , laddove si riferisce alla violazione delle «*forme sostanziali*».

V'è da considerare che recentemente la giurisprudenza europea sembra aver messo in discussione il passato orientamento, secondo cui la violazione dei diritti della difesa in tanto poteva comportare l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento in quanto potesse ritenersi che, in assenza di tale irregolarità, il procedimento sarebbe potuto pervenire ad un risultato diverso.

È stato infatti affermato (Corte di Giustizia UE, sentenza 16.07.2020, C-517/17 *Milkiyos Addis*) che tale principio non è applicabile alla violazione degli artt. 14, 15 e 34 della Direttiva 2013/32/UE, in quanto tali disposizioni prevedono, in termini vincolanti, l'obbligo per gli Stati membri di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale, nonché norme specifiche e dettagliate sulle modalità con cui tale colloquio deve svolgersi, con la finalità di garantire che il richiedente sia invitato a fornire, in collaborazione con l'autorità responsabile, tutti gli elementi pertinenti per valutare l'ammissibilità e, se del caso, la fondatezza della sua domanda, in tal modo conferendo a tale colloquio un'importanza primaria nel procedimento in esame.

Si tratta di comprendere se la Corte di Giustizia riterrà tale principio estensibile anche alle garanzie informative nel procedimento di determinazione della competenza, che tuttavia appaiono molto più riversate sul fronte processuale che impregnate di rilievo intrinsecamente sostanziale.

4. La clausola discrezionale

4.1. Le origini della clausola discrezionale

L'art. 17, par. 1, del Reg. UE 604/2013 (c.d. "Dublino III") recita: *"In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente Regolamento"*.

La disposizione non offre, sul piano letterale, immediati elementi che consentano al giudice di sindacare la legittimità della scelta di uno Stato membro di ricorrere o meno a tale clausola; è quindi necessario ricorrere a una preventiva lettura sistematica dell'istituto, volta a comprenderne le finalità e quindi la funzione.

Da un punto di vista generale, il Regolamento «*introduce un sistema di individuazione della competenza volto, da un lato, a impedire che ciascuno Stato ap-*

*partenente all'Unione Europea possa dichiararsi incompetente ad esaminare la domanda, dall'altro a ostacolare movimenti interni dei richiedenti protezione, dando agli Stati e non alle persone la facoltà di decidere dove il richiedente abbia diritto di veder esaminata la domanda medesima, e in tale ambito prevede espressamente, al suo art. 3, che la domanda d'asilo sia esaminata da un solo Stato membro*⁵.

Il sistema è dunque orientato a garantire che vi sia sempre, indefettibilmente, un solo Stato membro competente ad esaminare la richiesta di protezione.

I «*considerando*» n. 32⁶ e 39⁷ al Regolamento impongono di interpretarne le disposizioni conformemente alla giurisprudenza CEDU e alla Carta di Nizza. Con specifico riguardo a quest'ultima, il «*considerando*» n. 39 sottolinea che «*il presente Regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli articoli 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa*»⁸.

In origine, la Commissione europea aveva proposto di inserire la clausola al fine di «*consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda d'asilo, anche se detto Stato non sarebbe competente in applicazione dei criteri previsti dal Regolamento*»⁹. Tale finalità è stata pienamente recepita anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰.

Secondo questa concezione, l'esercizio o il mancato esercizio della clausola in questione «*non è soggetto a condizioni particolari*», poiché risponde semplicemente a «*considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico*»¹¹.

⁵ Sez. 1, 23724/2020.

⁶ Secondo cui «*Per quanto riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente Regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*».

⁷ Secondo cui «*Il presente Regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...]. Il presente Regolamento dovrebbe pertanto essere applicato di conseguenza*».

⁸ Art. 1 rubricato «*Dignità umana*»; art. 4 rubricato «*Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*»; art. 7 rubricato «*Rispetto della vita privata e della vita familiare*»; art. 24 rubricato «*Diritti del minore*»; art. 47 rubricato «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*».

⁹ Relazione alla «*Proposta di Regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*», [COM(2001) 447 def.].

¹⁰ CGUE, causa C-528/11, par. 37; id., causa C-56/17, par. 53.

¹¹ CGUE, causa C-661/17, par. 58.

Partendo da tali premesse (la sostanziale libertà nell'esercizio della clausola con l'unico limite dei diritti fondamentali), la Corte di Giustizia, sotto la vigenza del precedente Regolamento CE n. 343 del 2003 (cd. Dublino II)¹², aveva affermato che:

- «uno Stato membro che esercita tale potere discrezionale deve essere ritenuto attuare il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, n. 1, della Carta [di Nizza];

- di conseguenza, «gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo «Stato membro competente» ai sensi del Regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione»;

- in questo caso, «l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso un altro Stato membro dell'Unione europea che risulti essere lo Stato membro competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto Regolamento impone allo Stato membro che doveva effettuare tale trasferimento di proseguire l'esame dei criteri di cui al medesimo capo, per verificare se uno dei criteri ulteriori permetta di identificare un altro Stato membro come competente a esaminare la domanda di asilo»;

- tuttavia, se detta procedura di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria rischia di aggravare la violazione dei diritti fondamentali del richiedente a causa di una durata irragionevole, «detto Stato è tenuto a esaminare esso stesso la domanda» esercitando la clausola discrezionale¹³.

Questa giurisprudenza della Corte di Giustizia è stata poi codificata all'interno dell'art. 3, par. 2, del Regolamento Dublino III, che ora recita che «Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente».

Il *decisum* della Corte di Giustizia è stato quindi recepito quanto ai primi tre punti ma il legislatore europeo è rimasto silente in merito al quarto punto, relativo cioè alla durata irragionevole del procedimento di determinazione dello Stato

¹² Art. 3, par. 2, Reg. CE 343/2003.

¹³ Cfr. CGUE, C-411/10 e C-493/10.

competente in via sussidiaria. Da questa scelta legislativa potrebbero discendere due ipotesi:

- seguendo il principio *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*, si potrebbe sostenere che attualmente il Regolamento Dublino III non obblighi più gli Stati ad esercitare la clausola di discrezionalità nei casi di “durata irragionevole” della procedura, rendendo tale scelta sostanzialmente insindacabile¹⁴;

- in senso contrario, poiché sia la clausola discrezionale sia il parametro della Carta di Nizza hanno mantenuto lo stesso tenore letterale nel passaggio da Dublino II a Dublino III¹⁵, si potrebbe sostenere che il *dictum* sull’obbligo di esercitare la clausola discrezionale nel caso di durata irragionevole del procedimento di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria sia ancora valido. Tale seconda opzione ermeneutica potrebbe trarre forza anche dalla giurisprudenza della CGUE, secondo cui «*occorre ricordare che la Corte ha già avuto modo di affermare, con riguardo alla “clausola di sovranità” che si trovava nell’articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento Dublino II, i cui termini coincidono essenzialmente con quelli della «clausola discrezionale» prevista dall’articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III e la cui interpretazione è, pertanto, ad essa trasponibile, che il potere discrezionale che essa riconosce agli Stati membri fa parte integrante del sistema di determinazione dello Stato membro competente elaborato dal legislatore dell’Unione*»¹⁶.

¹⁴ In questo senso, in dottrina, M. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e Diritto Internazionale*, 2014, fasc. 1, 178-179, la quale critica la scelta legislativa affermando che “*l’assenza di ogni riferimento a tale clausola accanto alla previsione dell’impossibilità di procedere al trasferimento in caso di carenze sistemiche, rischia di compromettere la funzione che la giurisprudenza ha nel tempo assegnato alla clausola di sovranità. Tanto nell’impostazione della Corte europea, quanto nella prospettiva della Corte di giustizia infatti, tale clausola, ancorché caratterizzata da un certo grado di indeterminatezza, ha rappresentato un importante strumento di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo e si è rivelata un utile meccanismo di salvaguardia della compatibilità tra ordinamenti*”.

¹⁵ Il nuovo Reg. Dublino III, all’art. 17 par. 1, riproduce la clausola di sovranità di cui all’art. 3, par. 2 del previgente Reg. Dublino II, con due sole differenze che possono individuarsi (i) nella previsione secondo la quale lo Stato membro che diventa competente in base a tale clausola è tenuto ad indicarlo nel sistema Eurodac; (ii) nell’inserimento del neo-introdotta art. 17 in un autonomo Capo, il IV, sotto la rubrica “*Persone a carico e clausole discrezionali*”. Differente era, invece, la formulazione della suddetta clausola nella Convenzione di Dublino, il cui art. 3 par. 4 subordinava l’esercizio della facoltà di procedere all’esame di una domanda di asilo, pur in assenza di criteri di collegamento, al consenso dell’interessato. Di questo elemento non v’è traccia nelle successive versioni.

¹⁶ CGUE, 16.2.2017, C-578/16, par. 53.

Successivamente, come ricordato in premessa, la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 17, pur se squisitamente discrezionale, può essere utilizzato per consentire di non applicare automaticamente il Regolamento in tutti i casi in cui il Paese competente non sia affetto da gravi carenze sistemiche nel suo sistema di asilo e pur tuttavia il trasferimento verso tale Stato non garantisca una piena tutela dei diritti del richiedente protezione internazionale, sia pure solo in ragione della condizione personale di vulnerabilità del richiedente¹⁷ ovvero nel caso in cui il Paese si trovi in una situazione «problematica», ancorché non strutturalmente carente, sotto il profilo delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o delle procedure di accesso alla protezione internazionale¹⁸.

4.2. I principi generali di riferimento

Appaiono necessarie alcune precisazioni preliminari.

Bisogna innanzitutto ricordare che la Corte di Giustizia ha ribadito più volte che nel sistema del Regolamento Dublino vige il principio della fiducia reciproca fra Stati membri, ossia del c.d. *mutual trust*, sicché sussiste una presunzione relativa che ciascuno degli Stati membri rispetti i diritti fondamentali¹⁹. Tale presunzione può essere però superata solo quando gli Stati membri riscontrino «*motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti*»²⁰.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia ha anche chiarito che «*l'articolo 27, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III va interpretato nel senso che non impone di prevedere un ricorso avverso la decisione di non far uso della facoltà prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento medesimo, fermo restando che detta decisione potrà essere contestata in sede di ricorso avverso la decisione di trasferimento*»²¹.

La Corte di Giustizia con la sentenza del 23.1.2019, C-661/17 ha affermato: «*Risulta chiaramente dal disposto dell'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III che detta disposizione possiede natura facoltativa ove lascia alla discrezionalità di ogni Stato membro la decisione di procedere all'esame di una domanda di protezione internazionale che è presentata allo stesso, anche se tale esame non incombe ad esso in forza dei criteri di determinazione dello Stato membro competente definiti da detto Regolamento. L'esercizio di tale facoltà,*

¹⁷ CGUE 23.1.2019, C-661/17 e 16.2.2017, C578/16.

¹⁸ CGUE, 19.3.2019, C-163/17.

¹⁹ CGUE, cause C-411/10 e C-493/10, par. 80-81.

²⁰ CGUE, causa C-411/10, par. 30.

²¹ CGUE, C-661/17 par. 79.

peraltro, non è soggetto a condizioni particolari Detta facoltà è intesa a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda di protezione internazionale, anche se esso non è competente in applicazione dei suddetti In considerazione della portata del potere discrezionale in tal modo accordato agli Stati membri, spetta allo Stato membro interessato determinare le circostanze in cui intende far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III e accettare di esaminare direttamente una domanda di protezione internazionale per la quale non è competente in forza dei criteri definiti da detto Regolamento. Tale rilievo, d'altronde, è coerente, da una parte, con la giurisprudenza della Corte relativa alle disposizioni facoltative, secondo la quale esse riconoscono un ampio potere discrezionale agli Stati membri e, d'altra parte, con l'obiettivo di detto articolo 17, paragrafo 1, che consiste nel salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere una protezione internazionale»

4.3. Le opzioni possibili

Il sistema di Dublino, quindi, non obbliga gli Stati membri a garantire uno strumento di tutela giurisdizionale immediata contro le decisioni relative alla clausola discrezionale, ma impone soltanto di assicurare che tale tutela venga concessa “a valle” sui provvedimenti di trasferimento dei richiedenti.

Secondo una prima opzione, più restrittiva, i giudici potrebbero (solo) esercitare un sindacato di mera legalità, «*da svolgersi come giudice dell'atto e non del rapporto, e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e/o la violazione di legge procedimentale*».

Oppure, secondo un'opzione più ampia di intervento, i giudici potrebbero condurre un ulteriore sindacato di legittimità circoscritto a due soli aspetti:

(a) la mancata applicazione dell'art. 3, par. 2, del Regolamento Dublino III (*i.e.* il rischio di trattamenti disumani e degradanti)

(b) l'irragionevole durata del procedimento di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria, che si traduce in una illegittima mancata applicazione della clausola discrezionale²².

Infine, con terza opzione ermeneutica ancora più estensiva, si potrebbe ipotizzare che i giudici esercitino un sindacato di legittimità esteso non soltanto al fatto che vi siano “*motivi seri e comprovati*” di temere che il richiedente corra un

²² CGUE, C-411/10 e C-493/10.

“rischio serio” di subire “trattamenti disumani e degradanti”, ma anche al rispetto degli altri parametri di legittimità contenuti nella Carta di Nizza e richiamati dallo stesso Regolamento Dublino III nel “considerando” n. 39, che rinvia agli artt. 1 (Dignità umana), 4 (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare), 24 (Diritti del minore); 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

4.4. La giurisprudenza della Corte di cassazione

La questione dei limiti di sindacabilità giudiziale della «clausola discrezionale» di cui all'art. 17 Reg. UE 2013/604 (già «clausola di sovranità» nel previgente Regolamento), è stata recentemente rimessa alla pubblica udienza della 1° sezione civile (ordinanze interlocutorie, Sez. 6.1, da n. 11726 a n. 11732 del 5.5.2021).

Secondo una recente pronuncia (Sez. L, n. 26603 del 23.11.2020) la questione della c.d. «clausola discrezionale» dovrebbe essere risolta nel senso della spettanza di un potere discrezionale dello Stato membro di decidere se avvalersene, non suscettibile di essere sindacata dal giudice o sindacabile in limiti puramente formali. In tal senso è stato infatti affermato che *«In tema di protezione internazionale, nella vigenza del Regolamento di Dublino III, al giudice investito del ricorso del richiedente asilo avverso il decreto di trasferimento nello Stato membro che lo aveva preso in carico compete unicamente il sindacato di legalità riguardo detto atto, ai fini della verifica del rispetto del procedimento e dei criteri di competenza, mentre è preclusa ogni rivalutazione della domanda di protezione già esaminata dallo Stato di prima accoglienza, sia perché ogni domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro, sia perché l'operatività delle clausole discrezionali di cui all'art. 17 del citato Regolamento, che consentono a ciascuno Stato di esaminare comunque una domanda di protezione internazionale, pur non essendo quello di presa in carico del richiedente, ha come destinatari gli Stati e non il giudice».*

In questa stessa pronuncia in motivazione si legge *«Il controllo che residua, per il giudice ordinario (in quanto si verte comunque in materia di diritti soggettivi, cfr. Cass. n. 31127/2019), in sede di ricorso avverso il decreto di trasferimento emesso dall'Unità Dublino è, pertanto, unicamente un sindacato di legalità, da svolgersi come giudice dell'atto e non del rapporto, e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e/o la violazione di legge procedimentale.»*

Analogamente nella decisione della Sez. L. n. 29447 del 23.12.2020, in motivazione si legge *«... va, in particolare rilevato che la Corte di giustizia, con due note pronunzie (CGUE 23.01.2019 causa C- 661/17 e CGUE 04.10.2018) ha chiarito che la c.d. clausola discrezionale è intesa a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico,*

umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda di protezione internazionale, anche se esso non è competente in applicazione dei suddetti criteri; orbene, in considerazione della portata del potere discrezionale in tal modo accordato agli Stati membri, spetta esclusivamente alle autorità statali determinare le circostanze in cui lo Stato membro intenda far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale prevista dall'art. 17, par. 1, del Regolamento di Dublino e accettare di esaminare direttamente una domanda di protezione internazionale per la quale non è competente in forza dei criteri definiti dal Regolamento stesso».

In altre pronunce, traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è stato invece distinto fra il sindacato sull'esercizio del potere discrezionale, in sé e per sé considerato, dal sindacato che compete al giudice sul provvedimento di trasferimento a valle della decisione dell'Amministrazione.

Si è così affermato che *«In materia di protezione internazionale, il ricorso alla «clausola discrezionale», prevista dall'art. 17, par. 1, del Regolamento (UE) n. 604 del 2013 (cd. Regolamento Dublino III), di natura facoltativa, è demandato all'Amministrazione (e segnatamente all'Unità di Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno), in ragione delle considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, che ne determinano l'esercizio, e non può essere operato direttamente dal giudice ordinario, fermo restando che la relativa scelta non rimane al di fuori di ogni controllo, sicché il rifiuto di esercitare tale facoltà, risolvendosi nella decisione di trasferire il cittadino straniero, può essere contestato in sede giurisdizionale, mediante l'impugnazione di tale decisione, al fine di verificare se l'Amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Regolamento menzionato e, più in generale, dall'impianto normativo eurounitario.»* (Sez. 1, n. 23724 del 28.10.2020, conforme anche 23727/2020).

In passato, in uno dei primi casi che avevano investito la Cassazione sul Regolamento Dublino III, nell'ordinanza della Sez. 1, n. 26045 del 26.9.2019 il motivo di ricorso venne ritenuto inammissibile perché i ricorrenti si erano limitati ad affermare che il Tribunale non aveva minimamente considerato che l'art. 17 attribuisce ampia facoltà discrezionale agli Stati membri in ordine all'esame delle domande di protezione internazionale ai medesimi presentate, senza chiarire che cosa in effetti il Tribunale avrebbe dovuto fare e non censurando specificamente il mancato esercizio di tale facoltà da parte dell'autorità amministrativa, con l'indicazione del contenuto e dei presupposti del provvedimento a loro parere doveroso.

L'ordinanza della Sezione 1, n. 23911 del 29.10.2020 ha rimesso la decisione alla pubblica udienza, per i dubbi ingenerati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In motivazione si legge: «*La peculiarità e la complessità della problematica oggi prospettata con il primo motivo (riassumibile nel quesito se, in tema di competenza dello Stato nazionale all'esame della domanda di protezione internazionale, il ricorso contro la decisione di trasferimento in un altro Stato dell'Unione di quella proposta dal richiedente asilo, reso dalla cd. Unità Dublino, investa la sola sussistenza delle condizioni e dei presupposti del trasferimento stesso, come desumibili dal Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, o pure le determinazioni dello Stato membro investito dell'istanza circa l'esercizio del suo potere discrezionale ex art. 17.1 del menzionato Regolamento), la sua rilevanza e la carenza di specifici precedenti editi nella giurisprudenza di legittimità, rendono opportuno – anche tenuto conto dei pronunciamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea riguardanti la cd. clausola di sovranità già presente nell'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento n. 343.2003, poi sostituito dal vigente Regolamento UE n. 604/2013 (Dublino III), nonché di quanto osservato dalla medesima Corte nella sentenza del 23 gennaio 2019, M.A., S.A., A.Z. c. The International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Attorney General, Ireland, Causa C-661.17, proprio in relazione alla clausola di cui all'art. 17 del citato Regolamento n. 604/2013 – disporre la trattazione della causa in pubblica udienza, a ciò non ostando l'originaria sua fissazione in sede camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 cod. proc. civ. (cfr. Cass. n. 15796 del 2020; Cass. n. 5082 del 2020; Cass. n. 3098 del 2020; Cass. n. 17371 del 2019; Cass., SU, n. 14437 del 2018; Cass. n. 19115 del 2017; Cass. n. 5533 del 2017)*».

4.5. La clausola discrezionale e il refolement indiretto

In vari giudizi²³ la Cassazione si è occupata di ricorsi proposti avverso provvedimenti resi dai Tribunali in sede di impugnazione di un provvedimento emesso dall'Unità Dublino di trasferimento del richiedente asilo in uno Stato diverso dall'Italia – Stato membro dell'Unione europea o comunque firmatario del Trattato di Dublino, che aveva accettato la domanda proposta dall'Italia di ripresa in carico ex art. 18 Reg. n. 604/2013, essendo pacifico che quest'ultimo fosse lo Stato di primo arrivo dell'interessato, sulla base della procedura EU-RODAC.

²³ Una ampia sintesi, con il relativo commento, è contenuta nella relazione dell'8.4.2021 a margine dell'incontro di studi SSM, codice corso D21074 «*Protezione internazionale, diritti fondamentali e accesso alla giustizia tra dovere di cooperazione del giudice e diritto al rimedio effettivo*», a cura di TRIA, «*Finestrelle su alcuni diritti fondamentali dei migranti nella prospettiva dei giudici dell'immigrazione e della protezione internazionale*».

L'esito dei giudizi era stato variegato: in alcuni di essi il Tribunale aveva rigettato il ricorso del richiedente asilo; in altri casi, invece, il ricorso era stato accolto, poiché i giudici avevano ritenuto che un eventuale trasferimento del richiedente nello Stato indicato dall'Unità Dublino avrebbe condotto con certezza al suo rimpatrio nel Paese di origine, in quanto l'interessato aveva ormai esaurito in tale Paese tutti i mezzi giuridici per l'esame della propria richiesta di protezione, senza alcun esito positivo.

A tale ultimo riguardo si sosteneva che un simile trasferimento avrebbe provocato una situazione di rischio per i diritti fondamentali e l'incolumità personale del richiedente, in considerazione della criticità della situazione esistente nel Paese di provenienza, con la conseguente violazione dagli artt. 1, 2 e 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

I giudici del merito avevano quindi ritenuto di fare diretta applicazione dell'art. 17, par. 1, Reg. CE 604/2013, cogliendo in tale disposizione un criterio di competenza che poteva legittimamente giustificare l'individuazione dello Stato italiano come competente, per assicurare la tutela dei diritti fondamentali del richiedente asilo.

La Cassazione:

- ha preso le mosse dalla sentenza delle Sezioni unite n. 8044 del 30.03.2018 e ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, relative alle cause C-661/17, C-56/17 e C-578/16;

- ha quindi affermato che nel giudizio di impugnazione di un provvedimento dell'Unità Dublino di trasferimento di un richiedente protezione internazionale in altro Stato, che abbia accettato la domanda proposta dall'Italia di ripresa in carico *ex art. 18* Reg. n. 604/2013, la competenza ad individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, spetta, in base all'art. 3, comma 3 del d. lgs. n. 25 del 2008, all'Unità Dublino;

- ha sostenuto che il sindacato del giudice ordinario deve ritenersi limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sempre che tale situazione sia tale da superare l'art. 78 del TFUE (Sez.1. n. 23584 del 27.10.2020; Sez.1. n. 23724 del 28.10.2020; Sez.L. n. 26603 del 23.11.2020)

In queste pronunce si è osservato che:

- il ricorso alla "clausola discrezionale", prevista dall'art. 17, par. 1, del Regolamento (UE) n. 604 del 2013 (cd. Regolamento Dublino III), di natura facoltativa, è demandato all'Amministrazione (e segnatamente all'Unità di Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno), in ragione delle considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico,

che ne determinano l'esercizio, e non può essere operato direttamente dal giudice ordinario;

- la relativa scelta non rimane però al di fuori di ogni controllo, sicché, ad esempio l'eventuale rifiuto di esercitare tale facoltà, risolvendosi nella decisione di trasferire il cittadino straniero, può essere contestato in sede giurisdizionale, mediante l'impugnazione di tale decisione, al fine di verificare se l'Amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Regolamento menzionato e, più in generale, dall'impianto normativo UE;

- pertanto, l'illegittimo rifiuto dell'Amministrazione di fare uso, che si risolve necessariamente nell'adozione di una decisione di trasferimento ugualmente illegittima, potrà eventualmente, essere contestato in sede di ricorso dinanzi al giudice ordinario nazionale, al pari della relativa impropria applicazione;

- un simile ricorso servirà non già per sostituire la discrezionalità del giudicante alla discrezionalità dell'amministrazione competente, ma piuttosto per verificare se l'esercizio di quest'ultima sia eventualmente avvenuto in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal reg. CE 604/2013 e, più in generale, dall'impianto normativo UE;

il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento Dublino III deve essere operato soltanto in condizioni che escludono che tale trasferimento comporti un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta UE;

- questa norma va intesa nel senso che, anche in assenza di ragioni serie per ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e accertato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti;

- tuttavia l'esaurimento della procedura non implica affatto in via automatica la disapplicazione del principio di non respingimento in sede di espulsione e infatti non solo lo Stato italiano, ma anche quello designato, al pari di ogni altro Stato membro UE, è tenuto al rispetto del predetto principio;

- inoltre avverso i provvedimenti dello Stato indicato come competente che siano contrari alle norme del Sistema europeo comune di asilo o della Carta dei diritti fondamentali UE è riconosciuto all'interessato il diritto di ricorrere alla Corte di giustizia UE (anche in sede di PPU – procedimento pregiudiziale d'urgenza, come si è verificato nella causa C-578/16);

- l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali deve essere interpretato nel senso che esso non osta a un trasferimento di un richiedente protezione internazionale, in applicazione dell'articolo 29 del Regolamento n. 604/2013, verso lo

Stato membro che, conformemente a tale Regolamento, è di regola competente per l'esame della sua domanda di protezione internazionale, a meno che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di trasferimento non constati, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati e in considerazione del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto dell'Unione, l'esistenza di un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante per il richiedente a causa del fatto che, in caso di trasferimento, quest'ultimo si verrebbe a trovare, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema deprivazione materiale.

5. Il principio di non respingimento

5.1. Interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino»

Il primo tema da affrontare riguarda le interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino».

Il tema del *refoulement* indiretto evoca il rischio di respingimento verso il Paese di origine del richiedente asilo determinato dal diniego già opposto dal Paese membro di ritrasferimento alla richiesta di protezione internazionale, alla luce di una diversa valutazione circa la nozione giuridica che dà titolo alla protezione o circa la situazione di tale Paese.

5.2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Roma

In ordine a tale problematica il Tribunale di Roma²⁴ ha proposto una serie di questioni pregiudiziali interpretative, centrate in particolare sul c.d. *refoulement* indiretto, chiedendo alla Corte di Giustizia se:

«1. se il diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impone di ritenere che gli artt. 4 e 19 della stessa Carta, offrano protezione anche contro il rischio di refoulement indiretto a seguito di un trasferimento verso uno Stato membro dell'Unione che non ha carenze sistemiche ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2, del Regolamento Dublino (in assenza di altri Stati membri competenti sulla base dei criteri di cui al Capo III e IV) che ha già esaminato e respinto la prima domanda di protezione internazionale;

²⁴ Consultabile in allegato all'articolo di MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

2. se il giudice del Paese membro dove è stata presentata la seconda domanda di protezione internazionale, investito di un ricorso ai sensi dell'art. 27 del Regolamento Dublino – e quindi competente a valutare il trasferimento all'interno dell'Unione ma non a decidere la domanda di protezione – debba valutare come esistente il rischio di *refoulement* indiretto verso un paese terzo, allorquando il Paese membro dove è stata presentata la prima domanda di protezione internazionale abbia diversamente valutato la nozione di “Protezione all'interno del Paese d'origine” ai sensi dell'art. 8 della Direttiva 2011.95.UE;

3. se la valutazione del *refoulement* indiretto, a seguito della diversa interpretazione del bisogno di “Protezione all'interno del paese di origine” tra due Stati membri, sia compatibile con l'articolo 3, paragrafo 1 (seconda parte) del Regolamento e con il generale divieto per i cittadini di un paese terzo di decidere il Paese dell'Unione dove presentare la domanda di protezione internazionale:

4. in caso di risposta affermativa ai precedenti quesiti:

a) se la valutazione dell'esistenza del *refoulement* indiretto, operata dall'autorità giurisdizionale dello Stato dove il richiedente ha presentato la seconda domanda di protezione internazionale a seguito del rigetto della prima domanda, obblighi all'applicazione della clausola di cui all'art. 17, paragrafo 1, definita dal Regolamento “clausola discrezionale”;

b) quali siano i criteri che il giudice adito ex art 27 del Regolamento debba utilizzare, per poter valutare il rischio di *refoulement* indiretto, oltre quelli individuati al Capo III e IV, tenuto conto che tale rischio è stato già escluso dal Paese che ha esaminato la prima domanda di protezione internazionale.»

A tale riguardo il Tribunale romano ha mostrato tutte le sue perplessità sul fatto che il giudice – investito di un ricorso ex art. 27 avverso un provvedimento di trasferimento – possa compiere una valutazione del rischio presente nel Paese di origine del richiedente asilo per garantire l'applicazione degli artt. 4 e 19 della Carta, pur riconoscendo che la tutela contro il *refoulement*, anche indiretto, fa parte degli obblighi che gli Stati membri hanno assunto con la ratifica della Convenzione di Ginevra ed è uno degli obiettivi della normativa dell'Unione; il Tribunale ha tuttavia dubitato che questa tutela possa avere ingresso anche nelle relazioni tra gli Stati membri nel contesto della procedura di trasferimento, una volta stabilito che lo Stato membro di destinazione non presenta carenze sistemiche, in assenza di condizioni individuali di particolare vulnerabilità del ricorrente o di situazioni di particolare difficoltà (anche transitoria e non “sistemica”) dello Stato membro di destinazione.

Siffatto esame è parso estraneo per i giudici romani all'ambito di applicazione del Regolamento Dublino, perché appartenente al diverso contesto della protezione internazionale ed al diverso ambito applicativo della Direttiva CE

13.12.2011 n. 95 (la c.d. «Direttiva qualifiche») e, dal punto di vista procedurale, della Direttiva 2004/83/CE (la c.d. «Direttiva procedure»), tenuto anche conto del rischio di sovrapporre il rimedio di cui all'articolo 27 del Regolamento con un nuovo esame della (prima) domanda di protezione internazionale, già svolto dallo Stato membro competente che ha applicato, legittimamente, i propri criteri interpretativi delle informazioni disponibili sui Paesi di origine (COI) e/o applicato, altrettanto legittimamente, gli accordi stipulati con tali Paesi per il rimpatrio dei loro cittadini in zone ritenute sicure.

5.3. La giurisprudenza della Corte di Cassazione

In alcune pronunce la Cassazione si è già espressa sulla possibilità di valutazione del rischio di *refoulement indirecto* con riferimento alla situazione del Paese di origine del richiedente asilo nell'ambito dell'impugnazione del provvedimento di trasferimento.

Con le ordinanze n. 23724 e 23727 del 28.10.2020, già ricordate nel precedente § 3.5, la 1° Sezione è partita dalla giurisprudenza europea, ricordando, da un lato, che le disposizioni del Regolamento Dublino III devono essere interpretate e applicate nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, ambito all'interno del quale il divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 4 – di carattere assoluto e strettamente connesso al rispetto della dignità umana previsto al precedente art. 1 – è di importanza essenziali e, dall'altro, che tutti gli Stati membri sono vincolati, nella sua applicazione, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché dall'art. 4 della Carta.

Il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento Dublino III deve perciò essere operato soltanto in condizioni che escludono un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta. La disciplina europea deve essere allora intesa nel senso che, anche in assenza di ragioni serie per ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca perciò trattamenti inumani o degradanti.

Ne discende che:

- il trasferimento di un richiedente asilo che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave, ove comporti il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, costituirebbe un trattamento inumano e degradante;

- spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici, eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo

all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato, adottando le precauzioni necessarie affinché il medesimo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute della persona;

- nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a garantire che il trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché le condizioni personali rendano possibile lo spostamento;

- eventualmente lo Stato membro, se dovesse ritenere che le condizioni di salute del richiedente asilo interessato non debbano migliorare a breve termine, o che una sospensione di lunga durata della procedura rischi di aggravare lo stato dell'interessato, può scegliere di esaminare esso stesso la domanda di quest'ultimo facendo uso della «clausola discrezionale» prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento n. 604/2013.

Secondo la Cassazione, i giudici del merito non possono però, preso atto dell'esaurimento in termini definitivi e negativi della procedura volta al riconoscimento della protezione internazionale nello Stato riconosciuto come competente alla sua valutazione, trarne la convinzione che il trasferimento del migrante implicherebbe con certezza il suo rimpatrio nel Paese in cui correrebbe gravi rischi.

Così ragionando, infatti, essi non tengono in alcun conto il quadro normativo di riferimento in cui il trasferimento viene disposto e primariamente il tenore dei «considerando» 32 e 39 del Regolamento 604/2013, che prevedono sia che «*per quanto riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente Regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*», sia che «*il presente Regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta. In particolare, il presente Regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli articoli 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa. Il presente Regolamento dovrebbe pertanto essere applicato di conseguenza*».

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea a sua volta prescrive che «*il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*» (art. 18), che «*nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani*

o degradanti» (art. 19, rubricato «*Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione*») e che «*le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati*» (art. 51).

Inoltre l'art. 33 della Convenzione relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, rubricato «*Divieto d'espulsione e di rinvio al confine*», al suo paragrafo 1 prevede che «*nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche*».

Infine, l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4.11.1950, e l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato «*Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*», sanciscono, all'unisono, che «*nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti*».

In sostanza, l'esaurimento della procedura di riconoscimento della protezione internazionale non comporta affatto in via automatica la disapplicazione del principio di non *refoulement*, al cui rispetto è ogni Stato membro in sede di espulsione e la tutela da esso accordata contro il rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti che non solo lo Stato italiano, ma ogni altro Stato membro, è tenuto al rispetto di tali principi nell'applicazione del diritto dell'Unione, quale è il Regolamento 604/2013.

Lo Stato membro di trasferimento, quindi non può essere considerato paese insicuro sotto questo profilo, posto che, a mente del «*considerando*» n. 3, gli Stati membri, tutti tenuti al principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi, allorché non ricorrano le condizioni previste dall'art. 3, par. 2.

La Cassazione ha poi ricordato che il riconoscimento della protezione internazionale nei Paesi dell'Unione è fondato su un sistema comune di asilo (art. 78 T.F.U.E.), che postula un principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi di asilo nazionali e il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali (Sez. Un. 8044/2018). Questo spirito di reciproca fiducia si fonda su un sistema comune di valori e di regole che li incarnano e che tutti gli Stati membri sono chiamati a rispettare.

La determinazione dello Stato competente in uno diverso dallo Stato italiano non produce l'effetto di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione in quello Stato membro e, conseguentemente, detto diritto, di cui fanno parte il sistema europeo comune di asilo, nonché la fiducia reciproca e la presunzione di rispetto, da parte degli Stati membri, dei diritti fondamentali, continua ad essere pienamente vigente in tale Stato membro fino al suo effettivo recesso dall'Unione.

Il Regolamento introduce un sistema di individuazione della competenza volto, da un lato, a impedire che ciascuno Stato appartenente all'Unione Europea possa dichiararsi incompetente ad esaminare la domanda, dall'altro a ostacolare movimenti interni dei richiedenti protezione, dando agli Stati e non alle persone la facoltà di decidere dove il richiedente abbia diritto di veder esaminata la domanda medesima, e in tale ambito prevede espressamente, al suo art. 3, che la domanda d'asilo sia esaminata da un solo Stato membro.

L'improprio utilizzo dei criteri di competenza finisce invece per accordare al richiedente che abbia già inutilmente presentato in altro Stato membro una domanda di protezione internazionale una seconda possibilità, a dispetto del disposto della disciplina sopra illustrata e del principio generale di reciproca fiducia sopra evocato.

Infine, avverso provvedimenti dello Stato indicato come competente che siano contrari alle norme del Sistema europeo comune di asilo o della Carta dei diritti fondamentali UE è riconosciuto all'interessato il diritto di ricorrere alla Corte di giustizia UE (anche in sede di procedimento pregiudiziale d'urgenza) oppure alla Corte EDU, per far valere violazioni della CEDU.

Dello stesso tema si è occupata anche l'ordinanza 29461 del 23.12.2020 della 3° sezione

Il ricorrente sosteneva di avere sottoposto alla corte di merito tre motivi di illegittimità del provvedimento impugnato, che il giudice aveva indebitamente rifiutato di considerare, ossia: a) il ricorrente aveva prospettato una violazione del principio di non *refoulement* verso Paesi in cui v'è rischio di discriminazione razziale o religiosa o politica, come l'Afghanistan, nazione di sua provenienza. Sosteneva in sostanza che, poiché la Germania lo avrebbe rimpatriato, avendo rigettato la richiesta di protezione, l'esito sarebbe stato indirettamente un rimpatrio verso un Paese, l'Afghanistan, pericoloso e oppressivo; b) questo motivo era stato sottoposto alla corte di merito, anche sotto altro aspetto: l'affermazione della competenza tedesca a decidere significava implicitamente rimpatrio in Afghanistan, dove la situazione di violazione dei diritti umani è nota; c) l'autorità amministrativa non aveva considerato proprio questo aspetto, ossia che la Germania aveva già rigettato la richiesta di protezione.

La Cassazione ha ritenuto il motivo infondato e ha sostenuto che la *ratio* della decisione impugnata stava infatti nella regola di competenza: se lo straniero, che ha chiesto in uno Stato membro la protezione internazionale, non reitera la richiesta in altro Stato (nella fattispecie, in Italia) quest'ultimo può chiedere che il primo prenda in carico il richiedente, onde completare la procedura di decisione o comunque adottare le misure conseguenti al rigetto della richiesta.

Questa *ratio* rendeva irrilevanti le valutazioni pretese dal ricorrente, sotto diversi aspetti: intanto la decisione dello Stato membro (nella fattispecie la Germania) circa il riconoscimento o meno della protezione internazionale non era sindacabile, se non ritenendo che vi fossero carenze sistemiche nel diritto di quel paese, che però non erano affatto emerse, e dovevano essere tali da ritenere che la domanda di protezione non fosse equamente valutata. Inoltre, la *ratio* della decisione era solo di affermare la competenza della Germania, ed era decisione che andava presa a prescindere dagli esiti indiretti che potevano prodursi.

Le linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità paiono quindi nel senso di escludere rilievo al principio di non respingimento indiretto nell'ambito delle procedure «Dublino», fuor dai casi sopra ricordati, delineati alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A tale approdo si è pervenuti ragionando in due diverse e concorrenti direttrici:

- a) la prima, ponendo in evidenza come la decisione negativa maturata nell'ambito della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale non significhi affatto l'esaurimento dei rimedi assicurati dal diritto dell'Unione contro il respingimento verso un Paese in cui il richiedente asilo rischi la morte, la tortura o trattamenti inumani e degradanti;
- b) la seconda, coerente con i principi fondanti dell'asilo comune e della fiducia reciproca fra gli Stati membri, preclusiva di un riesame incidentale in seno al procedimento di determinazione della competenza della correttezza della decisione sul riconoscimento della protezione internazionale, alla luce delle regole sostanziali e procedurali delle direttive 2011/95 e 2013/32.

5.4. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze

Nelle more di preparazione di questo studio è sopraggiunta una ulteriore ordinanza di proposizione della questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia, emessa il 29.4.2021 dal Tribunale di Firenze²⁵, per investire la Corte

²⁵ Consultabile in allegato all'articolo di MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti

di interrogativi sostanzialmente sovrapponibili a quelli sollevati dal Tribunale di Roma con la pronuncia di diciassette giorni prima (presumibilmente ancora non conosciuta) in tema di rischio di *refoulement* indiretto, in alternativo riferimento all'art. 17, par.1 o all'art. 3, par.2 del Regolamento 2013/604.

I giudici fiorentini hanno chiesto alla Corte di Giustizia:

«In via principale, se l'art. 17.1. del Regolamento UE 604/2013 debba essere interpretato, in ossequio agli articoli 19 e 47 della CDFUE e 27 del Regolamento UE 604/2013 nel senso che al giudice dello Stato membro, investito dell'impugnazione del provvedimento dell'Unità Dublino, sia consentito, affermare la competenza dello Stato nazionale che dovrebbe eseguire il trasferimento in base all'art. 18.1 lett. d), qualora accerti la sussistenza, nello Stato membro competente, del rischio di violazione del principio di non refoulement per respingimento del richiedente verso il proprio paese di origine, dove il richiedente sarebbe esposto a pericolo di morte o di trattamenti inumani e degradanti.

In via subordinata, se l'art. 3.2 del Regolamento UE 604/2013 debba essere interpretato in ossequio agli articoli 19 e 47 della CDFUE e 27 del Regolamento UE 604/2013, nel senso che sia consentito al giudice di affermare la competenza dello Stato tenuto ad eseguire il trasferimento ai sensi della lett. d) dell'art. 18.1. del medesimo Regolamento, qualora risulti accertata: a) la sussistenza nello Stato membro competente del rischio di violazione del principio di non refoulement per respingimento del richiedente verso il proprio paese di origine, dove sarebbe esposto a pericolo di morte o di subire trattamenti inumani o degradanti; b) l'impossibilità di eseguire il trasferimento verso altro Stato designato ai base ai criteri di cui al capo III del Regolamento UE 604/2013.»

L'ordinanza così riassume i due orientamenti contrapposti:

un primo orientamento ritiene che il giudice, in sede di ricorso avverso una decisione di trasferimento emessa ai sensi dell'art. 18, par. 1, lett. d) del Regolamento UE 2013/604, debba, eventualmente anche attraverso l'esercizio della clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Reg cit., sempre garantire il rispetto dei diritti assoluti sanciti nell'articolo 3 della CEDU e nell'articolo 4 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea anche con riferimento alle condotte espulsive dello "Stato intermedio"; quindi, qualora si accerti il pericolo di violazione del principio di non *refoulement* nello Stato membro competente, e il conseguente concreto rischio del ricorrente di essere respinto verso il suo paese e lì esposto a trattamenti inumani e degradanti, l'organo giudiziario debba annullare il trasferimento e dichiarare la competenza dello Stato italiano in base all'articolo 17, par. 1 del Regolamento UE 2013/604;

italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», Questione Giustizia, 11.5.2021.

- una variante di tale orientamento giurisprudenziale di merito perviene alle medesime conclusioni, richiamando l'interpretazione evolutiva dell'art. 3, par. 2 del medesimo Regolamento: a fronte di una generalizzata e crescente situazione di violenza indiscriminata derivante da conflitto armato, accertata l'esistenza di un serio rischio per il ricorrente di essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti per l'ipotesi di rimpatrio si giustificerebbe l'applicazione dell'articolo 3, par.2, del Regolamento Dublino III, accertando la competenza dello Stato italiano, attesa l'impossibilità di eseguire il trasferimento verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III del medesimo Regolamento, oltre che verso quello che disporrebbe il rimpatrio;

- il secondo orientamento sostiene invece che l'esercizio della facoltà attribuita dall'articolo 17, par. 1, del Regolamento 2013/604, poiché rientra nel potere discrezionale di ogni Stato membro, è in Italia attribuito alla sola Unità di Dublino e non è, come conseguenza della disciplina UE, sottoposto al sindacato giurisdizionale, nel senso che il giudice non potrebbe imporre all'amministrazione l'esercizio della predetta clausola di sovranità, né potrebbe esercitarla in sua sostituzione, ma dovrebbe limitarsi a verificare se vi sia stata una violazione, nell'ambito della procedura, dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Dublino III, più in generale dall'ordinamento euro-unitario, e se nel paese competente, dove deve attuarsi il trasferimento, sussistano carenze sistemiche riconducibili alla previsione dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento UE 604/2013 (con riferimento alle ordinanze della Corte di cassazione nn. 23584-23585-23586/2020 e 23724/2020).

Desta tuttavia perplessità il fatto che il Tribunale fiorentino, nel rimettere successivamente e ulteriormente la questione pregiudiziale interpretativa già sollevata dal Tribunale di Roma, auspicando una soluzione diversa da quella ipotizzata dai giudici capitolini, abbia riassunto gli argomenti del cosiddetto «secondo orientamento», quello attribuito alla Suprema Corte di cassazione, dimenticando le ragioni principali proposte a suo sostegno e cioè:

il vincolo scaturente dal principio di non *refoulement* gravante anche per lo Stato membro di trasferimento, al pari dell'Italia; il che significa, in parole povere, che nonostante l'esito negativo del procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, lo Stato membro UE non può comunque espellere uno straniero, esponendolo, in caso di rimpatrio, a rischio di morte, tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti;

- il principio della fiducia reciproca fra Stati e il contrasto ai «movimenti interni» in funzione della prevenzione di fenomeni di *asylum shopping*.

La dottrina²⁶, recentemente, senza tacere il diffuso senso di inadeguatezza ingenerato dal Sistema Dublino, ha ipotizzato alcuni possibili scenari di risposta da parte della Corte di Giustizia che *«potrebbe valorizzare una nozione europea di non respingimento, statica o dinamica, ovvero porsi nell'ottica della protezione multi-level dei diritti fondamentali, oppure fornire elementi utili ai giudici nazionali per un apprezzamento caso per caso, tramite la tecnica dell'interpretazione conforme; potrebbe chiarire i limiti del sindacato giurisdizionale sulle procedure di trasferimento "Dublino" e le possibilità di ricorso contro, o riesame di, una decisione già adottata da altra autorità giurisdizionale UE; potrebbe "aprire" o "chiudere" ad una valutazione di elementi diversi o nuovi o successivi, ed illustrare le relative conseguenze giuridiche.»*

6. La rilevanza dell'art. 19, comma 1.1. (integrazione sociale in Italia) in caso di trasferimento in altro paese UE

L'ultimo punto da esaminare attiene alla possibile rilevanza dell'integrazione sociale e lavorativa in Italia del richiedente asilo.

In argomento recentemente la 6° sezione della Corte di cassazione ha rimesso alla pubblica udienza della 1° sezione la questione circa la possibilità di invocare a sostegno di un motivo di impugnazione del provvedimento dell'Unità Dublino inerente alla domanda di protezione internazionale (istituto armonizzato del diritto dell'Unione) il diritto alla protezione umanitaria o altro istituto complementare di diritto nazionale, in quanto configurante questione nuova non esaminata in precedenza nella giurisprudenza della Corte (ordinanze interlocutorie, Sez.6.1, da n. 11726 a n. 11732 del 5.5.2021).

6.1. Cenni sulla protezione complementare di diritto interno

Il fattore di integrazione sociale e lavorativa, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 29459 del 13.11.2019), può assumere rilievo ai fini del giudizio comparativo a cui il giudice è tenuto ai fini della concessione della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e disposizioni consequenziali, riconoscibile in regime transitorio a titolo di permesso di soggiorno *«per casi speciali»* previsto dall'art. 1, comma 9, del d.l. 113 del 2018 in relazione alle domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi

²⁶ MICHELINI, *«Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale»*, *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova e più restrittiva disciplina introdotta dal d.l. n. 113 del 2018, convertito nella legge n. 132 del 2018.

Secondo le Sezioni Unite, a tali fini, l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza, senza che abbia rilievo l'esame del livello di integrazione raggiunto in Italia, isolatamente ed astrattamente considerato (Sez. U, n. 29459 del 13.11.2019).

Con l'intento di ridurre la discrezionalità nel riconoscimento della protezione umanitaria, il d.l. 4.10.2018, n. 113 convertito, con modificazioni, dalla legge 1.12.2018, n. 132, ha sostanzialmente abrogato la protezione umanitaria come categoria generale e aperta, sostituendo il permesso *«per motivi umanitari»* con ipotesi specifiche e tipiche di permessi speciali.

È stata soppressa, all'interno dell'art. 5, comma 6, del t.u. imm., la clausola inerente ai presupposti per il rilascio del permesso per motivi unitari (*«salvo che ricorrano motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»*); è stato inoltre integralmente sostituito l'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 con la previsione del rilascio nei casi di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, di un permesso di soggiorno annuale per *«protezione speciale»*, rinnovabile, abilitante a svolgere attività lavorativa ma non convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Il d.l. 21.10.2020, n. 130 ha modificato nuovamente la disciplina, senza reintrodurre il permesso per motivi umanitari, ma mantenendo la dicitura *«protezione speciale»* ed estendendo le ipotesi in cui tale permesso, reso però convertibile in permesso di lavoro, può essere rilasciato.

Il d.l. n. 130 del 2020 ha parzialmente ripristinato la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 286 del 1998, restaurando il richiamo agli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, ma non il riferimento ai seri motivi di carattere umanitario; ha poi inciso sull'art. 19 dello stesso testo unico, a cui fa rinvio il modificato art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008, allargando le ipotesi di divieto di respingimento del comma 1.1 al caso in cui lo straniero rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (equiparati alla tortura) e a quello in cui vi siano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua *«vita privata e familiare»* (in chiara evocazione del contenuto dell'art. 8 della CEDU): a tal fine la nuova norma prevede che si tenga conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia,

della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

Ulteriori ritocchi sono stati poi apportati in sede di conversione, prevedendo che il divieto di respingimento operi anche qualora ricorrano gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato di cui all'art. 5, comma 6 e introducendo una clausola che comunque consente l'allontanamento dal territorio nazionale del richiedente asilo, quando ciò sia necessario *«per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica»*.

È stata recentemente rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza della Sez.1, n. 28316 dell'11.12.2020 la questione di massima di particolare importanza avente ad oggetto la configurabilità del diritto alla protezione umanitaria, nella vigenza dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 e in continuità con la collocazione nell'alveo dei diritti umani quando sia stato allegato ed accertato il radicamento effettivo del cittadino straniero, fondato su decisivi indici di stabilità lavorativa e relazionale, la cui radicale modificazione, mediante il rimpatrio, possa ritenersi idonea a determinare una situazione di vulnerabilità dovuta alla compromissione del diritto alla vita privata e/o familiare *ex art. 8 CEDU*, sulla base di un giudizio prognostico degli effetti dello sradicamento che incentri la valutazione comparativa sulla condizione raggiunta dal richiedente nel paese di accoglienza, con attenuazione del rilievo delle condizioni del paese di origine non eziologicamente ad essa ricollegabili.

6.2. Protezione complementare e «sistema Dublino»

Il provvedimento dell'Unità Dublino, di per sé, non riguarda, né potrebbe riguardare, la protezione umanitaria o la protezione speciale (istituti complementari di diritto nazionale) e attiene alla domanda di protezione internazionale che è invece istituto armonizzato del diritto dell'Unione.

L'art. 1 del Regolamento UE 604 del 2013 infatti delimita il suo ambito come volto a stabilire i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (*«Stato membro competente»*).

Ai sensi dell'art. 2, lettera b), del Regolamento 604/2013 per *«domanda di protezione internazionale»* si intende la domanda di protezione internazionale quale definita all'articolo 2, lettera h), della Direttiva 2011/95/UE.

Anche molti altri ordinamenti degli Stati membri UE posseggono istituti analoghi e ciascuno segue le sue regole e i suoi presupposti; il *«considerando»* 15 della Direttiva n. 95 del 2011 chiarisce che la sua disciplina non si applica ai cittadini di paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno

Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per «*motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale*».

Dalle protezioni «*caritatevoli o umanitarie*» di diritto interno dei singoli Stati occorre tener distinta la facoltà riconosciuta agli Stati membri di stabilire o mantenere disposizioni più favorevoli, purché compatibili con la normativa dell'Unione, sia sotto il profilo sostanziale, e cioè in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale (art. 3 della «Direttiva qualifiche» n. 95 del 2011), sia sotto il profilo procedurale, in ordine alle procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di protezione internazionale (art. 3 della «Direttiva procedure» n. 32 del 2013).

L'art. 3, par.3, della Direttiva n. 32 del 2013 consente infine agli Stati membri di decidere di applicare la «Direttiva procedure» anche nei procedimenti di esame di domande intese a ottenere qualsiasi forma di protezione che esula dall'ambito di applicazione della «Direttiva qualifiche» e quindi anche in relazione alle forme di tutela cosiddette «*caritatevoli o umanitarie*» di diritto interno.

Ben vero, il Regolamento Dublino III, conformemente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, attribuisce al rispetto della vita familiare il rilievo di criterio fondamentale nella sua applicazione («*considerando*» 14) e modula conseguentemente la sua disciplina per consentire il trattamento congiunto delle domande di protezione internazionale degli appartenenti alla stessa famiglia da parte di un unico Stato membro, come previsto dai «*considerando*» dal 15 al 17 e dalla serie di disposizioni del Capo III, articoli da 7 a 11.

6.3. Le interferenze fra i due sistemi

La disciplina dell'interferenza fra i due sistemi relativi al riconoscimento della protezione internazionale armonizzata di diritto europeo e della protezione complementare di diritto nazionale potrebbe atteggiarsi in termini di indipendenza e indifferenza reciproca ovvero di interdipendenza e pregiudizialità.

Il nostro attuale sistema di protezione non esclude che la protezione speciale possa essere richiesta e valutata separatamente (art. 19, comma 1.2, secondo periodo, d.lgs. 286 del 1998).

In passato, la stessa composizione della sezione specializzata mutava da collegiale e monocratica se il ricorso giurisdizionale verteva solo sulla protezione umanitaria. Tanto che la Cassazione ha puntualizzato che nella vigenza dell'art. 3, comma 1, lett. d) e comma 4, d.l. n. 13 del 2017, convertito nella legge n. 46 del 2017, successivamente modificato dall'art. 1, comma 3, lettera a) del d.l. n.

113 del 2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018, qualora sia stata proposta esclusivamente la domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia appartiene alla sezione specializzata del Tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario *ex art. 281-bis* ss. c.p.c. o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis* ss. c.p.c. e pronuncia sentenza o ordinanza impugnabile in appello, atteso che il rito previsto dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, con le peculiarità che lo connotano (composizione collegiale della sezione specializzata, procedura camerale e non reclamabilità del decreto), ha un ambito di applicazione espressamente limitato alle controversie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 e a quelle relative all'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino²⁷.

Attualmente l'art. 19, comma 1.2., del d.l. 286 del 1998²⁸ stabilisce che nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilasci un permesso di soggiorno per protezione speciale. È così previsto un circuito autonomo per il rilascio del permesso per protezione speciale indipendente dalla richiesta di protezione internazionale.

6.4. Indipendenza o pregiudizialità?

Il quesito circa le relazioni fra la protezione speciale e il sistema Dublino non è semplice e occorre procedere per ipotesi.

In linea generale non sembra, però, sostenibile che le regole di riparto fra gli Stati membri della competenza in tema di domande di protezione internazionale, contenute nel Regolamento dell'Unione possano essere sensibili e dipendere dalle richieste dei richiedenti asilo delle forme di protezione complementare previste dalle varie legislazioni nazionali.

Pertanto la presentazione di una domanda di protezione umanitaria o speciale, di natura complementare, beninteso, al di fuori dei casi in cui il Regolamento n. 604 del 2013 assegna rilievo alla tutela dei rapporti familiari, non potrebbe determinare un diritto assoluto di non essere trasferiti altrove, presso lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale già proposta dal richiedente.

In tale prospettiva si potrebbe valorizzare la natura prettamente «complementare» delle forme di protezione nazionali «minori», che si applicano

²⁷ Sez. 1, n. 16458 del 19.06.2019.

²⁸ Comma inserito dall'articolo 1, comma 1, lettera e), numero 2), del d.l. 21.10.2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla legge 18.12.2020, n. 173.

nella misura in cui non sia riconoscibile la protezione internazionale europea, per trarne la conseguenza che se una procedura europea è in corso, la protezione complementare debba essere chiesta in quello Stato.

In altri termini, poiché si tratta di protezione complementare, allorché il ricorrente ha chiesto la protezione internazionale e non vi ha rinunciato, potrebbe essere ritenuto prioritario l'esame della domanda di protezione internazionale, ovviamente secondo le regole di competenza del Regolamento Dublino III; allo Stato membro competente il richiedente potrebbe chiedere anche la protezione complementare.

Se il richiedente invece vuol chiedere la protezione complementare all'Italia, quando essa non è lo Stato membro competente per la domanda di protezione internazionale, per esempio perché *medio tempore* vi si è radicato, creandosi una vita privata e familiare, dovrebbe aspettare l'esame della domanda principale e pregiudiziale sulla protezione internazionale.

Oppure, seguendo un diverso percorso argomentativo, si potrebbe, in alternativa, ipotizzare che non sussista alcuna interferenza fra le due procedure, suscettibili di seguire separatamente il loro corso. In questa prospettiva le autorità italiane potrebbero esaminare la domanda e rilasciare il permesso per protezione speciale a prescindere dal corso e dall'esito della domanda di protezione internazionale che seguirebbe le sorti e le competenze disegnate dal Regolamento Dublino III; ovvero ancora, in considerazione della sua natura sussidiaria e residuale, che scaturisce dallo stigma di complementarità della tutela, il procedimento nazionale in tema di protezione speciale potrebbe essere sospeso fin visto l'esito dell'altro, sino al diniego non più impugnabile, e proseguire solo successivamente.

L'argomento presenta stretta attinenza con il tema sottoposto alla Corte di Giustizia dall'ordinanza del Tribunale di Firenze, basato sulla maggior estensione del diritto di asilo costituzionale riconosciuto dall'art. 10, comma 3, della Costituzione italiana rispetto alla tutela accordata dal diritto dell'Unione, trattato nell'ordinanza anche con riferimento alla cosiddetta «dottrina dei controlimiti», e con l'ulteriore tema, pure toccato dalla predetta ordinanza, dell'ammissibilità per il diritto dell'Unione delle tutele complementari attribuite da normative nazionali che accordino il diritto d'asilo in misura più ampia rispetto alle norme europee.

Questi argomenti, pur suggestivi, non paiono però spesi in modo pertinente, anziché per giustificare l'attribuzione allo straniero della protezione più generosamente concessa dall'ordinamento italiano, per sollecitare alla Corte di Giustizia l'interpretazione del diritto dell'Unione e in particolare per incidere sulla corretta lettura delle norme distributive della competenza all'esame delle domande di protezione internazionale armonizzata.

Il diritto dell'Unione certamente consente all'Italia, come agli altri Stati membri, in conformità ai loro ordinamenti costituzionali, sia di riconoscere il diritto

di asilo in modo più generoso rispetto alle regole comuni europee, sia di concedere forme di tutele complementari più incisive a favore di stranieri migranti che versano in situazione di particolare disagio sotto il profilo dei diritti umani. Non è affatto evidente, però, il fondamento giuridico delle ipotizzate ricadute di tali forme di tutela sulle regole europee circa la distribuzione della competenza all'esame delle domande di protezione internazionale, soggetta a una disciplina regolamentare uniforme.

6.5. Una ipotesi di distinzione: la domanda già definitivamente rigettata

Una diversa soluzione degli interrogativi proposti potrebbe essere individuata distinguendo fra le varie ipotesi previste dall'art. 18 del Regolamento n. 604 del 2013²⁹.

L'art. 18 prevede che lo Stato membro competente sia tenuto a:

- a) prendere in carico, alle condizioni specificate negli articoli 21, 22 e 29, il richiedente che ha presentato domanda in un altro Stato membro;
- b) riprendere in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, il richiedente la cui domanda è in corso d'esame e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno;
- c) riprendere in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, un cittadino di un paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d'esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno;

²⁹ L'art. 27, par. 1, del Regolamento 604 del 2013 riconosce il diritto al ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale avverso le decisioni di trasferimento in capo al *«richiedente»* [come definito dall'art. 2, par. 1, lettera c)] o ad altra persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera c) o d). Nei casi di cui alle lettere a) e b) vi è sicuramente un soggetto richiedente ai sensi dell'art. 2, mentre il richiamo ai casi di cui alle lettere c) e d) ha la funzione di garantire il diritto al ricorso anche a quei soggetti che non potrebbero essere considerati richiedenti o per aver ritirato la domanda [lettera c)] o perché sulla loro domanda è scesa decisione definitiva ([in parte lettera d)].

Il *«considerando»* 19, più in generale, assicura una protezione efficace dei diritti degli interessati e prevede che si debba garantire il diritto a un ricorso effettivo avverso le decisioni relative ai trasferimenti verso lo Stato membro competente, ai sensi, in particolare, dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia relativamente all'applicazione del Regolamento Dublino II, sia relativamente alla situazione giuridica e fattuale dello Stato membro di trasferimento.

^{Nel} diritto interno l'art. 3 del d.l. n. 13 del 17.2.2017, alla lettera *e-bis* del comma 1, aggiunto dall'articolo 1, comma 1, della legge 13.4.2017 n. 46, in sede di conversione, attribuisce alla competenza delle sezioni specializzate le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013.

d) riprendere in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, un cittadino di un paese terzo o un apolide del quale è stata respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno.

I primi tre casi [di cui alle lettere a), b) e c)] riguardano ipotesi in cui l'esame della domanda di protezione internazionale deve essere attivato o riattivato dallo Stato membro competente; non a caso, il par. 2 prevede che nei casi di cui alle lettere a) e b), lo Stato membro competente esamini o porti a termine l'esame della domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente; nei casi di cui alla lettera c), di interruzione dell'esame della domanda per ritiro da parte del richiedente prima di una decisione sul merito di primo grado, lo Stato membro competente deve garantire il completamento dell'esame o la ripresentazione della domanda.

Il quarto caso, *sub* d), riguarda l'ipotesi del rigetto della domanda di protezione internazionale; il par.3 dell'art. 18 aggiunge che, qualora la domanda sia stata respinta solo in primo grado, lo Stato membro competente assicura che l'interessato abbia o abbia avuto la possibilità di ricorrere a un mezzo di impugnazione efficace ai sensi dell'articolo 46 della direttiva 2013/32/UE.

Nei casi in cui il rigetto della domanda sia definitivo per il mancato o infruttuoso esperimento dei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento dello Stato membro competente, conformi allo *standard* di efficacia di cui all'art. 46 della Direttiva n. 32 del 2013, la ripresa in carico del richiedente non mira a un esame o a un riesame della domanda di protezione internazionale.

In quel caso la richiesta di ripresa in carico tende solo ad affidare allo Stato membro competente le procedure di rimpatrio dello straniero, come chiarisce il par.4 dell'art. 24, secondo il quale qualora una persona di cui all'articolo 18, par. 1, lettera d), la cui domanda di protezione internazionale sia stata respinta con decisione definitiva in uno Stato membro, si trovi nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno, quest'ultimo Stato membro può chiedere al primo Stato membro di riprendere in carico l'interessato o di avviare una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE.

Non vi sarebbe quindi in questo caso una ragione dipendente dalle regole di competenza nell'esame della domanda di protezione che impedisca l'esame immediato da parte dello Stato italiano della domanda di protezione complementare di diritto nazionale.

In tal caso vi è da chiedersi se il giudice dell'impugnazione *ex art.* 27 del Regolamento Dublino III possa considerare illegittimo il provvedimento di trasferimento emesso dall'autorità amministrativa in violazione del diritto soggettivo del richiedente asilo all'esame della sua domanda di protezione complementare, anche e soprattutto a tutela del suo diritto alla vita privata e familiare *ex art.* 8

CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali, rispetto al quale potrebbe apprezzarsi come doverosa l'attivazione della clausola discrezionale.

In caso di risposta positiva a tale interrogativo, parrebbe logico e ragionevole che il giudice dell'impugnazione, senza alcun automatismo, in effetti non previsto dalla legge, valuti incidentalmente il *fumus boni iuris* della domanda di protezione speciale con cui sia stata fatta valere una istanza di tutela della vita privata e familiare dello straniero radicato in Italia, quale presupposto della necessità di attivazione della clausola di discrezionalità.

SEZIONE QUARTA

PROCEDIMENTI DIVERSI:
RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE E CONVALIDE
DEI TRATTENIMENTI

Le controversie in materia di rilascio/rinnovo dei permessi di soggiorno per motivi familiari e il bilanciamento con i motivi di sicurezza

Questioni ricorrenti in materia di impugnazione dei dinieghi di rilascio/rinnovo dei permessi di soggiorno: “question time” a due voci sui profili problematici processuali e sostanziali della concessione e del rinnovo dei permessi umanitari e per protezione speciale, dei permessi per motivi familiari, del bilanciamento con i motivi di sicurezza.

28 maggio 2021

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. In estrema sintesi la disciplina dettata dal d.lgs. 30/2007. – 3. In estrema sintesi la disciplina prevista dal d.lgs. 286/98. – 4. Quale disciplina è applicabile al coniuge straniero di cittadino dell’U.E. (e di cittadino italiano)? – 5. Il divieto di espulsione dello straniero titolare di permesso di soggiorno per motivi familiari perchè convivente con il coniuge o parente entro il secondo grado di nazionalità italiana (art. 19, co.2, lett. c), d.lgs. 286/98). – 6. Le controversie in materia di espulsioni/allontanamenti disposti in conseguenza del diniego/revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari.

1. Note introduttive

La materia delle autorizzazioni al soggiorno per motivi familiari incontra un profilo di criticità derivante dalla coesistenza di due sistemi normativi: il d.lgs. 286/98 (artt. 28-30) che si applica ai cittadini di paesi terzi ed agli apolidi, ed il d.lgs. 30/2007 (artt. 5, 7, 9,13 e 20) – di attuazione della Direttiva 38/2004 sulla libera circolazione dei cittadini dell’Unione – che non si applica solo ai cittadini dell’UE, ma pure ai loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro secondo la definizione di cui all’art. 2.

Inoltre, l’art. 23, d.lgs. 30/2007 estende l’applicabilità delle relative disposizioni ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana, a condizione che siano più favorevoli di quelle contenute nel T.U.I. che, a sua volta, prevede una disposizione analoga all’art. 28, co. 2.

Infine, l'art. 19 co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98 prevede il divieto di espulsione dello straniero convivente con parenti entro il secondo grado, o con il coniuge, di nazionalità (da intendersi come cittadinanza) italiana, salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1 (che disciplina le espulsioni disposte dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato), mentre l'art. 28, co. 1, lett. b), d.P.R. 394/99 obbliga il questore al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari a coloro che si trovano nelle condizioni d'inespellibilità di cui all'art. 19, co. 2, lett. c).

Al fine dell'analisi dell'incidenza dei motivi di sicurezza in senso lato sui permessi di soggiorno per motivi familiari, è prioritario definire l'ambito di applicazione e di reciproca interferenza tra i due sistemi normativi citati.

2. In estrema sintesi la disciplina dettata dal d.lgs. 30/2007

Il familiare non avente la cittadinanza unionale, a condizione che abbia fatto ingresso munito di passaporto valido e di visto d'ingresso ove richiesto (art. 5, d.lgs. 30/2007), decorsi tre mesi dall'ingresso nello Stato membro, deve chiedere la carta di soggiorno di familiare di cittadino dell'Unione europea, della durata di 5 anni, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 30/2007.

Il cittadino UE e i suoi familiari mantengono il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante – tra l'altro – finché non costituiscono un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica (art. 13, co.1, d.lgs. 30/2007), tant'è che le limitazioni al diritto di libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, qualsiasi sia la loro cittadinanza, può essere limitata solo per motivi di sicurezza dello Stato (con provvedimento del Ministro dell'interno), per motivi imperativi di pubblica sicurezza, o per altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, con provvedimento del Prefetto (art. 20, d.lgs. 30/2007).

È importante rilevare che nella valutazione dei motivi imperativi di pubblica sicurezza, si tiene conto – ai sensi del co. 3 dell'art. 20 – anche di eventuali condanne, pronunciate in Italia o all'estero, per i delitti ivi indicati.

I provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità, non possono essere motivati da ragioni economiche, né da ragioni estranee a comportamenti individuali che debbono consistere in una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine o alla sicurezza pubblica.

L'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti (infatti il co. 3 dell'art. 20 prevede che se ne tenga conto come elemento di valutazione non esclusivo), il che però significa che si può anche prescindere dalle condanne penali, quando la pericolosità sia desumibile *aliunde* da

condotte non sanzionate (o non ancora sanzionate) penalmente. L'effettività della convivenza è criterio estraneo alla disciplina derivante dalla Direttiva 2004/38/CE, di cui il d.lgs.30/2007 costituisce attuazione (che, sotto questo profilo è più favorevole, rispetto al TUD).

Ai sensi dell'art. 20, co. 5, d.lgs. 30/2007 nell'adozione dei provvedimenti di allontanamento occorre tenere conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, della sua situazione familiare ed economica, del suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dei suoi legami con il Paese di origine.

In buona sostanza si tratta di una disciplina elastica, molto calibrata sul singolo caso, scevra da automatismi espulsivi/preclusivi dove i legami familiari costituiscono un indice importante ma non esclusivo di valutazione.

3. In estrema sintesi la disciplina prevista dal d.lgs. 286/98

La preclusione assoluta all'ingresso e al soggiorno degli stranieri che si desume dal combinato disposto di cui agli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, in conseguenza automatica di talune condanne penali per titoli di reato tassativamente indicati è temperata, nei casi di ricongiungimento familiare, dall'art. 5, co. 5, che prescrive la necessità di bilanciamento dell'interesse pubblico, consistente nell'impedire l'ingresso e il soggiorno di persone pericolose *ex lege*, con la natura e l'effettività dei vincoli familiari, l'esistenza di legami familiari e sociali con il paese di origine e la durata del soggiorno dello straniero in Italia.

Viene quindi meno ogni automatismo, al pari della disciplina dei cittadini comunitari.

Tale previsione è poi stata ampliata con la nota sentenza n. 202/2013 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità di questa disposizione nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in questione si applichi solo a chi ha esercitato il ricongiungimento familiare secondo la specifica procedura di cui all'art. 29 e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato (costituisce questione aperta se debba farsi riferimento solo ai familiari per cui sarebbe possibile il ricongiungimento ai sensi dell'art. 29, ovvero anche ad altri familiari).

Però l'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, prescrive che nel valutare la pericolosità per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato ai fini della revoca o del diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per motivi familiari si tiene conto anche di eventuali condanne per tutti i reati per cui è astrattamente previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p., per i gravi reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. e per i reati di favoreggiamento illegale delle migrazioni di

cui all'art. 12, co. 1 e 3, d.lgs. 286/98: qui si registra un parziale coincidenza con le condanne che possono concorrere nella valutazione dei motivi imperativi di pubblica sicurezza ex art. 20, co. 3, d.lgs. 30/2007.

L'effettività della convivenza, oltre che essere espressamente prevista all'art. 19, co. 2, lett. c) come condizione d'inespellibilità, per lo straniero convivente con cittadino italiano, è altresì prevista all'art. 30, co. 1 *bis* nel peculiare caso di straniero regolarmente soggiornante ad altro titolo da almeno un anno che abbia contratto matrimonio in Italia con cittadino italiano, pena la revoca del titolo di soggiorno.

4. Quale disciplina è applicabile al coniuge straniero di cittadino dell'U.E. (e di cittadino italiano)?

Sullo sfondo c'è il rischio dei matrimoni di comodo, in frode alla legge, che pure debbono essere contrastati secondo l'art. 35 della direttiva 38/2004: *“gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio”*, rispetto ai quali l'accertamento della mancata convivenza può essere un indice rivelatore. Ed infatti questo è il tema di cui si è principalmente occupata la giurisprudenza, più raro è il rischio di abuso del diritto tra parenti entro il secondo grado.

La questione, con riferimento alla prima richiesta di permesso per motivi familiari del coniuge, fu risolta nei seguenti termini oltre dieci anni fa:

“Il familiare coniuge del cittadino italiano (o di altro Stato membro dell'Unione europea), dopo aver trascorso nel territorio dello Stato i primi tre mesi di soggiorno « informale », è tenuto a richiedere la carta di soggiorno ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 30 del 2007 e, sino al momento in cui non ottenga detto titolo (avente valore costitutivo per l'esercizio dei diritti nell'Unione europea), la sua condizione di soggiornante regolare rimane disciplinata dalla legislazione nazionale, in forza della quale, ai fini della concessione del permesso di soggiorno per coesione familiare (art. 19, comma 2, lett. C), del d.lg. n. 286 del 1998 e 28 del d.P.R. n. 394 del 1999), nonché ai fini della concessione e del mantenimento del titolo di soggiorno per coniugio, è imposta la sussistenza del requisito della convivenza effettiva il cui accertamento compete all'Amministrazione ed è soggetto al controllo del giudice.” (Cass. civ. sez. I, sent. n. 17346 del 23.7.2010 est. Macioce).

Questo orientamento, ancorché non ancorato ad alcun riferimento normativo nell'ambito della Direttiva 38/2004 (anzi pure in contrasto con l'art. 25), è comunque diventato un caposaldo di riferimento giurisprudenziale, per stabilire un punto d'incontro tra le due normative. Tuttavia si registra un orientamento man

mano meno rigido, a cominciare dal rinnovo del pds per motivi familiari, così Cass. civ. sez. VI sent. n. 12745 del 23.5.2013, est. Acierno ha stabilito che *“In caso di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare del coniuge del cittadino italiano o Ue, nel regime introdotto con il d.lg. febbraio 2007 n. 30, non è più necessario il requisito della convivenza effettiva, trattandosi di criterio rimasto estraneo sia all’art. 7 comma 1 lett. d), relativo al diritto di soggiorno del familiare del cittadino italiano, sia alle previsioni di cui agli art. 12 e 13 d.lg. n. 30 del 2007, che regolano il primo il mantenimento del diritto di soggiorno in caso di divorzio o annullamento del matrimonio e pongono, il secondo, il limite del pericolo per l’ordine e la sicurezza pubblica.”*

Col tempo, la giurisprudenza mette l’accento sulla prova del matrimonio simulato e, parallelamente, affievolisce la rigida impostazione basata solo sull’effettività della convivenza (anche perché pure questa potrebbe essere ben simulata): la recente Cass. civ. sez. I, ord. 10.3.2021, n. 6747, est. Acierno afferma che *“risulta necessario richiamare il consolidato orientamento di questa Corte, secondo il quale il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari [recte la carta di soggiorno per familiare non comunitario di cittadino dell’Unione], disciplinato dal d.lgs. n. 30 del 2007, non implica il requisito della convivenza effettiva tra i coniugi e, tantomeno, quello del pregresso regolare soggiorno del richiedente [in questi casi opera la causa d’inespellibilità prevista dall’art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. 286/98, se un dei coniugi è italiano], salve le conseguenze dell’accertamento di un matrimonio fittizio o di convenienza ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 30, comma 1-bis (Cass., Sez. I, n. 5378/2020; Cass., Sez. I, n. 10925/2019; Cass., Sez. VI, n. 5303/2014).*

E come si accerta la natura fraudolenta del matrimonio? Osserva la Corte che *“la Commissione Europea ha elaborato delle Linee Guida contenenti una serie di criteri indicativi in forza dei quali è possibile escludere un abuso dei diritti comunitari. Essi tengono conto della circostanza che il cittadino straniero non avrebbe avuto difficoltà ad ottenere da solo il diritto di soggiorno, del fatto che la coppia stava insieme da molto tempo, aveva un domicilio comune, aveva assunto o meno un importante impegno giuridico-finanziario (per esempio un’ipoteca per l’acquisto di una casa), nonché della durata del matrimonio. La Commissione ha anche redatto un Manuale contenente i c.d. indizi di abuso che fanno ragionevolmente presumere la natura fittizia del matrimonio, quali l’entrata o il soggiorno irregolare del cittadino straniero nello Stato membro, la mancanza di incontro personale dei coniugi prima della celebrazione, la corresponsione di una somma di denaro od altra utilità e la mancata convivenza dopo il matrimonio”.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0604>

In conclusione, può ritenersi che lo straniero convivente con il coniuge cittadino italiano sia comunque protetto dall’espulsione ex art. 19, co. 2, lett. c), TUI,

nel caso in cui soggiorni irregolarmente, ma, dal momento in cui acquisisce la carta di soggiorno per familiare di cittadino UE la sua condizione giuridica sia regolata dal d.lgs. 30/2007.

5. Il divieto di espulsione dello straniero titolare di permesso di soggiorno per motivi familiari perché convivente con il coniuge o parente entro il secondo grado di nazionalità italiana (art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98)

Esclude in radice la possibilità di negare il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, pur in presenza di seri profili di pericolosità sociale ma senza che il Ministro dell'interno abbia disposto l'espulsione di sua competenza?

Questo è un tema assai controverso, a mio avviso perché si confondono due piani in parte diversi:

1) la protezione dall'espulsione ex art. 19, salva l'ipotesi dell'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato

2) la possibilità di denegare il rinnovo/revocare il permesso di soggiorno per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato prevista sia dall'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, che dall'art. 13, co. 1, d.lgs. 30/2007 che pone un espresso limite al mantenimento del diritto al soggiorno nel pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, per i cittadini UE e i loro familiari (anche extra UE) e dall'art. 20, co. 3, d.lgs. 30/2007.

La questione è stata ben approfondita da Cass. civ. sez. VI, ord. 19337/2016, est. Acierno (alla cui lettura rimando), che ricostruisce bene il complicato intreccio normativo in un caso di revoca del pds rilasciato per matrimonio con cittadina italiana, partendo dalla previsione di cui all'art. 5, co. 5 e 5 bis, d.lgs. 286/98 che espressamente riserva al questore la valutazione della pericolosità dello straniero per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato del permesso di soggiorno per motivi familiari, tenendo conto anche di eventuali condanne per i reati previsti dagli artt. 380 e 407, co. 2, lett. a) c.p.p. e 12, co. 1 e 3, d.lgs. 286/98.

Quanto al concetto di "sicurezza dello Stato" indicato nell'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98, che richiama l'art. 13, co. 1 (espulsioni ministeriali) secondo la pronuncia 19337/2016 deve essere interpretato con riferimento alle tipologie di condanne citate dalla stessa norma, quindi con riferimento allo Stato non solo come territorio, istituzione o ordinamento, ma avendo riguardo anche alla sicurezza collettiva di tutti i consociati. Insomma occorre considerare, sia pure senza alcun automatismo, sia tutte le condanne per i delitti indicati nell'art. 20, co. 3, d.lgs. 30/2007 che possono essere sintomatiche dei motivi imperativi di pubblica sicurezza, sia quelle indicate all'art. 5, co. 5 bis, d.lgs. 286/98.

In conclusione, si ritiene che sia possibile negare il rinnovo, o consentire la revoca, del permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciato allo straniero convivente con il coniuge o con i familiari entro il secondo grado di nazionalità (*rectius* cittadinanza) italiana in presenza di chiari elementi indicatori di pericolosità sociale tenendo conto – sia pure senza alcun automatismo – di eventuali condanne penali indicate sia nell’art. 20, d.lgs. 30/2007 che nell’art. 5, co. 5 *bis*, d.lgs. 286/98, nell’ambito di una valutazione complessiva che tenga conto di tutti gli indici valutativi previsti dall’art. 5, co. 5, d.lgs. 286/98 (natura ed effettività dei vincoli familiari, esistenza dei legami familiari e sociali con il Paese di origine, durata del soggiorno sul territorio nazionale).

Altra giurisprudenza, peraltro molto seguita dalle pronunce di merito, distingue tra primo rilascio del permesso di soggiorno e rinnovo (Cass, civ, sez. I, sent. 14159/2017, est. Acierno) affermando che, *“poiché il permesso di soggiorno per motivi familiari oggetto del presente giudizio costituisce una conseguenza del divieto di espulsione previsto dall’art. 19, co. 2. lett. c), è a tale paradigma normativo che occorre riferirsi nell’individuazione delle ragioni ostative al rilascio iniziale del predetto permesso di soggiorno ... Deve concludersi che al cittadino straniero che soggiorna irregolarmente in quanto già attinto da decreto espulsivo o perché privo dei requisiti per un diverso titolo di soggiorno, si applica il combinato disposto dell’art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. 286/98 e dell’art. 28, d.P.R. 394/99 ... Ne consegue che, ancorché limitatamente al primo rilascio del permesso di soggiorno derivante dall’accertamento della condizione d’inespellibilità stabilita dall’art. 19 ... la condizione ostativa al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, costituita dalla “pericolosità sociale” può essere desunta esclusivamente dal parametro normativo costituito dall’art. 13, co. 1”*. Finché lo straniero è irregolare è protetto dal divieto di espulsione, quindi può essere espulso solo in via Ministeriale, nel momento in cui diventa titolare di carta di soggiorno per familiare di cittadino UE (e, quindi, anche italiano) soggiace alla disciplina del d.lgs. 30 /2007 e può essere allontanato ai sensi dell’art. 20 dello stesso decreto legislativo.

Assai significativamente l’ordinanza 19337/2016 sottolinea la non omogeneità dei requisiti previsti per rilascio/rinnovo/revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari e quelli previsti per le espulsioni, sia quelle disposte direttamente dal Ministro dell’interno che quelle disposte dal prefetto per motivi di pericolosità sociale. La differenza è giustificata dal fatto che mentre il permesso di soggiorno consente l’esercizio di un ampio spettro di diritti, anche sociali, all’interno del nostro ordinamento, e, quindi, giustifica un maggior rigore nella verifica del rispetto delle norme della civile convivenza, specie in correlazione con la violazione di norme penali, l’annullamento di un provvedimento di espulsione mette lo straniero solo al riparo dal rimpatrio nel suo Paese di origine, ma non lo metterebbe in condizione di ottenere/mantenere un titolo di soggiorno.

Questa conclusione mostra, all'evidenza, un nodo irrisolvibile. Infatti, anche in caso di diniego di rilascio/rinnovo o revoca del permesso familiare finché lo straniero continua a vivere effettivamente con il coniuge o parente entro il secondo grado italiano, continua a non essere espellibile ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/9, fino a che o viene adottato un provvedimento ministeriale, ovvero viene accertato il venir meno della convivenza.

V'è quindi da riflettere sulla effettiva utilità dei provvedimenti di revoca o mancato rinnovo del titolo di soggiorno, se, comunque, la persona non può essere espulsa: il rischio è quello di creare una categoria di "inespellibili" ma privi di permesso di soggiorno, cioè di stranieri "tollerati" in precarie condizioni.

Al netto dell'ovvia considerazione che l'ordinamento prevede un'apposita categoria di permessi di soggiorno per gli stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento: è l'art. 28, d.P.R. 394/99 il cui *incipit* prevede che "*Quando la legge dispone il divieto di espulsione, il questore rilascia [trattasi di attività amministrativa vincolata, senza margini discrezionali] il permesso di soggiorno ...*".

Come accennavo poc'anzi, tenere distinti il piano dell'inespellibilità da quello del permesso di soggiorno è importante, nè si può giungere ad un'interpretazione abrogante delle cause d'inespellibilità.

Insomma, che senso ha negare o revocare un permesso di soggiorno se poi comunque la persona è inespellibile *ex lege*?

6. Le controversie in materia di espulsioni/allontanamenti disposti in conseguenza del diniego/revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari

La gradita partecipazione di alcuni giudici di pace induce ad una breve analisi delle problematiche concrete che possono insorgere in questi casi.

La prima cosa da verificare indipendentemente dal *nomen iuris* del provvedimento adottato dall'Amministrazione è la sicura appartenenza del destinatario del decreto di espulsione (così come della convalida del trattenimento/accompagnamento) alla categoria degli stranieri soggetti alla disciplina del d.lgs. 286/98, per la ovvia ragione che qualora emerga, anche dalle allegazioni difensive, che si tratta di familiare di cittadino UE non avente la cittadinanza di uno Stato membro (secondo la definizione di familiare fornita dall'art. 2, d.lgs. 30/2007) il provvedimento è illegittimo anche se è stata disposta la revoca della carta di soggiorno per familiare di cittadino UE per ragioni di pericolosità, posto che detta revoca non fa venir meno lo status di familiare. In questo caso l'Amministrazione deve disporre l'allontanamento ai sensi dell'art. 20, d.lgs. 30/2007 le cui controversie sono attribuite alle sezioni specializzate dei tribunali e non ai giudici di pace.

Se il decreto di espulsione consegue al rifiuto/rigetto di rinnovo/revoca di

un permesso di soggiorno per motivi familiari, occorre verificare se l'espellendo abbia presentato impugnazione avverso tale provvedimento. Perché in tali ipotesi l'art. 1, d.l. 241/2004, convertito con modificazioni dalla l. 271/2004, nel prevedere al comma secondo la sostituzione della competenza del tribunale in composizione monocratica prevista dall'art. 13, co. 8, d.lgs. 286/1998 con quella del giudice di pace, stabilisce al comma 2 *bis* che «rimane ferma la competenza del tribunale in composizione monocratica e del tribunale per i minorenni ai sensi del comma 6 dell'art. 30 e del comma 3 dell'art. 31 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni», ed aggiungendo che *«in pendenza di un giudizio riguardante le materie sopra citate, i provvedimenti di convalida di cui agli artt. 13 e 14 dello stesso decreto legislativo e l'esame dei relativi ricorsi sono di competenza del tribunale in composizione monocratica»*. L'attribuzione di tale competenza, non modificata dal d.lgs. 150/2011, e nemmeno dal decreto Minniti, è stata più volte confermata dalla giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass, civ, sez. VI, ord. 16075 pubblicata il 14.6.2019; Cass., sez. VI, 13/07/2018, n. 18622; Cass., sez. I, 18/06/2010, n. 14849. In senso contrario Cass. civ. sez. VI, ord. 25722/2016). Pertanto, provata la pendenza di un giudizio inerente l'art. 31, co. 3, ovvero l'art. 30, co. 6 cit. sussiste la competenza del Tribunale a conoscere della legittimità del decreto espulsivo e alla convalida dei provvedimenti di trattamento e accompagnamento.

Ma è competente la sezione specializzata in materia di immigrazione del tribunale in cui ha sede la Corte d'appello?

Secondo logica apparentemente sì, invece secondo Cass. civ. sez. VI, ord. 5111/2021 si evidenzia che l'art. 3, D.L. 13/2017 non ricomprende nell'elenco delle materie di competenza della sezione specializzata le controversie sulle espulsioni di cittadini extraUE, e conseguentemente *“in adesione al criterio di collegamento territoriale con il luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione”* è competente il Tribunale in cui ha sede la Prefettura che ha disposto l'espulsione, a prescindere dall'esistenza della sezione specializzata. È una soluzione che non mi convince perché è in aperta contraddizione con la *ratio* delle sezioni specializzate, forse, ma azzardo, si potrebbe applicare l'art. 3, co.3, DL 13/17 ritenendo il procedimento inerente l'espulsione connesso con quello avente ad oggetto il diritto all'unità familiare.

Infine, una brevissima considerazione sollecitata da alcuni dei quesiti posti inerente il permesso di soggiorno per assistenza minore ex art. 31, co. 3, T.U.I., rilasciabile esclusivamente previa decisione del Tribunale per i minorenni, e la nuova protezione speciale. Occorre precisare un'importate novità: il D.L. 130/20, modificando l'art. 6, d.lgs. 286/98, ha previsto la convertibilità in permesso per motivi di lavoro del permesso per assistenza minori, ovviamente sussistendone i presupposti. La riforma è destinata ad avere un forte impatto pratico, e si inse-

risce nel solco della giurisprudenza amministrativa (suffragata da un importante parere del CdS del 2016) che da anni consente la convertibilità di tale permesso di soggiorno nel permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Quindi, se il familiare del minore ha un'occupazione lavorativa può convertire il titolo per motivi di lavoro, ovviamente prima che il minore raggiunga la maggiore età.

Qualora, invece, ciò non avvenga, al raggiungimento della maggiore età il familiare sarebbe effettivamente privo di permesso di soggiorno, salva la possibilità di un permesso di soggiorno per motivi familiari ovvero, in subordine, per la nuova protezione speciale ex art. 19, co. 1.1 e 1.2 sempre che possa chiederlo direttamente al questore.

Il Sindacato Giurisdizionale nei giudizi concernenti il trattenimento

SOMMARIO: 1. La natura del trattenimento amministrativo presso i Centri di permanenza per i rimpatri (C.P.R.). – 2. Il tradimento della Corte Cost., n. 105/01. – 3. Il superamento del cd. doppio binario e i nuovi poteri del giudice della convalida. – 4. L'ampiezza del sindacato giurisdizionale in sede di proroga. – 5. Il riesame del trattenimento. – 6. La persistenza dell'interesse ad agire dopo la cessazione della misura. – 7. Il trattenimento del richiedente protezione internazionale. – 8. La procedura accelerata e le conseguenze della violazione della disciplina. – 9. Il trattenimento ai sensi del cd. Regolamento Dublino. – 10. Conclusioni.

L'istituto del trattenimento amministrativo dello straniero è protagonista di una vicenda singolare. Nonostante la peculiarità di una detenzione senza reato e l'attinenza alla sfera della libertà personale, la giurisprudenza di legittimità ha proceduto a ritmo sincopato, alternando alcune sentenze fondative a lunghe stagioni di immobilismo. All'ossessiva spinta alla rimodulazione legislativa – ben 15 modifiche in 24 anni – non è corrisposta un'adeguata attenzione da parte della magistratura e dell'avvocatura, nonostante i numeri della detenzione amministrativa siano tutt'altro che trascurabili¹.

¹ Nel momento di massima estensione, il sistema della detenzione amministrativa in Italia prevedeva 15 centri di trattenimento per una capienza complessiva che sfiorava i 2mila posti. Nel 2011 e nel 2012 il numero delle persone trattenute fu di 8mila per ciascun anno (Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani16/Rapporto_carceri712.pdf, p. 109, MEDU, *Arcipelago CIE, Indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*, <http://www.mediciperidirittiumani.org/pdf/ARCIPELAGOCIESintesi.pdf>, p. 18; MEDU, *L'iniquo ingranaggio dei CIE. Breve analisi dei dati nazionali completi del 2011 sui centri di identificazione ed espulsione*, http://www.mediciperidirittiumani.org/pdf/LINIQUO_INGRANAGGIO.pdf, p. 1). Nel 2020, secondo il Ministero dell'Interno, erano operativi 10 C.P.R., per una capienza di circa 650 posti (<https://www.garantenzionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/ed5a1c8e1e34e7a92c1c22ed4d9c4f23.pdf>).

I principali temi esaminati nel presente contributo riguardano la natura della misura restrittiva, l'estensione del sindacato giurisdizionale, i termini e i presupposti per la convalida e la proroga del trattenimento, l'istituto del riesame e l'interesse ad agire dello straniero già trattenuto. Inoltre verranno analizzate le principali pronunce in materia di trattenimento amministrativo dello straniero richiedente protezione internazionale, oggetto di contrasti interpretativi a causa di una disciplina di difficile lettura.

1. La natura del trattenimento amministrativo presso i Centri di permanenza per i rimpatri (C.P.R.)

La pietra miliare della giurisprudenza nazionale in tema di detenzione amministrativa è la sentenza n. 105/01 della Corte Costituzionale, che è opportuno richiamare testualmente per la chiarezza: *“Il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell’articolo 13 della Costituzione [...] se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale”, di cui pure si fa menzione nell’articolo 13 della Costituzione. Lo si evince dal comma 7 dell’articolo 14, secondo il quale il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata”*.

Tutta la gravità della misura traspare dalle parole della Corte, che sottolinea la *“mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale”*, per affermare *“il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”*.

Accertata la natura di misura restrittiva della libertà personale del trattenimento, *“legittimamente realizzabile soltanto in presenza delle condizioni giustificative previste dalla legge e secondo una modulazione dei tempi rigidamente predeterminata”* (Cass., n. 11451/13), l’applicazione della misura deve essere accompagnata dalle garanzie previste dall’art. 13, Costituzione, e in particolare da un adeguato controllo giurisdizionale, poiché *“La disciplina normativa dei tempi (periodo iniziale; proroghe, periodi massimi di durata del trattenimento) è del*

tutto vincolata. L'autorità amministrativa è priva di qualsiasi potere discrezionale in ordine alla modulazione delle fasi temporali intermedie e dello sbarramento finale, in virtù del rango costituzionale e della natura inviolabile del diritto inciso, la cui conformazione e concreta limitazione è garantita dalla riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost." (*ibidem*).

Nella misura del trattenimento la Corte Costituzionale, n. 105/01, coglie infatti *"quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione"*. Da ciò deriva la necessità di un controllo giurisdizionale pieno, *"che non può fermarsi ai margini del procedimento di espulsione, ma deve investire i motivi che hanno indotto l'amministrazione procedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell'espulsione – l'accompagnamento alla frontiera – che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento"*².

Il sindacato giurisdizionale non può dunque limitarsi al decreto di trattenimento, ma deve investire *"anche l'espulsione amministrativa nella sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, regolata dall'articolo 13"*. Non a caso, rileva la Corte, *"l'articolo 14, comma 3, dispone che il questore del luogo in cui si trova il centro trasmetta al giudice copia degli "atti": non quindi del solo provvedimento di trattenimento, ma di tutti gli atti del procedimento, incluso evidentemente il provvedimento di espulsione amministrativa corredato dalle valutazioni del prefetto sulle circostanze che lo hanno indotto a ritenere che lo straniero potesse sottrarsi all'esecuzione di una semplice intimazione e lo hanno persuaso a scegliere l'accompagnamento immediato come modo di esecuzione dell'espulsione. Un simile onere di trasmissione, entro il termine perentorio di quarantotto ore, non può avere altro significato se non quello di rendere possibile un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà infatti rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione con accompagnamento manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge"*.

² Il provvedimento amministrativo presupposto del trattenimento, la cui legittimità deve essere esaminata dal giudice della convalida, può consistere in un decreto di espulsione (prefettizio o giudiziale) o in un decreto questorile di respingimento.

Oltre che giudice del trattenimento, egli è dunque garante della legittimità dell'intera procedura di accompagnamento, situata all'interno del perimetro dell'art. 13 della Costituzione.

2. Il tradimento della Corte Cost., n. 105/01

Nonostante un dettato apparentemente cristallino, la sentenza n. 105/01 è stata disattesa dalla giurisprudenza successiva. Per quasi 15 anni la Corte di Cassazione ha infatti ridotto il ruolo del giudice del trattenimento a mero controllore dell'esistenza e dell'efficacia del decreto di espulsione, secondo una lettura ultra-formalistica: *“In tema di immigrazione, al giudice della convalida del temporaneo restringimento dello straniero compete soltanto un controllo limitato alla esistenza ed efficacia del decreto espulsivo, non esteso (neppure in via incidentale) alle ragioni che avrebbero potuto portare al suo annullamento, se rappresentate in sede di ricorso avverso l'espulsione”* (ex multis, nn. 5715/08, 17575/10). Un giudice dunque strabico, chiamato alla semplice verifica cartolare, il cui sguardo doveva deliberatamente ignorare anche i profili di macroscopica illegittimità del decreto di espulsione. L'unica ipotesi che imponeva il diniego della convalida o della proroga era quella di un decreto di espulsione la cui efficacia fosse stata, *“pur indebitamente”*, sospesa (Cass., n. 20869/11)³.

Per quanto in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, il sistema della cd. doppia tutela (o doppio binario) sarebbe stato *“coerente ai precetti della effettività della tutela proveniente dalla Corte Europea e dalle direttive dell'Unione, poichè il sistema nazionale assegna all'espellendo una doppia e completa tutela, quella a cognizione piena ed a domanda propria del ricorso avverso la espulsione, e quella officiosa (ma immediata) sulle condizioni di legalità della misura restrittiva incidente sulla libertà personale”* (Cass., n. 2731/13). Affermazione quantomeno azzardata, se si ricorda che sin dal 2002 il decreto di espulsione è atto immediatamente esecutivo anche se sottoposto a impugnativa (art. 13, c. 3, d.lgs. 286/98), e dunque – qualora seguito da un decreto di trattenimento – immediatamente lesivo della libertà personale.

³ La facoltà di sospendere l'efficacia esecutiva di un decreto di espulsione è stata affermata dalla Corte Costituzionale nelle ordinanze nn. 161/00 e 485/00, oltre ad essere prevista in via residuale dalla stessa Direttiva 2008/115/CE: *“L'autorità o l'organo menzionati al paragrafo 1 hanno la facoltà di rivedere le decisioni connesse al rimpatrio di cui all'articolo 12, paragrafo 1, compresa la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione, a meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno”* (art. 13, par. 2).

La tensione tra astratta protezione della libertà dello straniero e concreta ineffettività delle garanzie è esplosa nel 2014, con le sentenze nn. 12069 e 17407 della Suprema Corte. Secondo quest'ultima, in particolare, *“La c.d. doppia tutela, fondata sulla separatezza ed autonomia dei due giudizi, quello a cognizione piena relativo all'opposizione all'espulsione, e quello esclusivamente limitato al controllo dell'esistenza ed efficacia del provvedimento presupposto (oltre che al riscontro delle condizioni di legge per il trattenimento), può produrre una rilevante lesione del diritto a non essere privati ingiustificatamente della libertà personale, a fronte d'ipotesi di manifesta illegittimità del provvedimento di espulsione”*. Il nodo critico è evidente: se il giudice della convalida deve pronunciarsi entro 48 + 48 ore dall'adozione del decreto di trattenimento, il giudice dell'espulsione ha 20 giorni dal deposito del ricorso per definire il giudizio, termine peraltro meramente ordinatorio (art. 18, c. 7, d.lgs. 150/11). Pertanto impedire al giudice della convalida di sindacare incidentalmente la legittimità del decreto di espulsione consente la privazione della libertà personale anche in virtù di provvedimenti palesemente viziati, ma concretamente non (ancora) giustiziabili.

In realtà già nel 2004 la Corte Costituzionale aveva rilevato l'inadeguatezza del sistema di tutela del doppio binario – *“Sarebbe infatti elusa la portata prescrittiva dell'art. 13 Cost., giacché il ricorso sul decreto di espulsione (art. 13, comma 8) non garantisce immediatamente e direttamente il bene della libertà personale su cui incide l'accompagnamento alla frontiera”* (sent., n. 222/04) – ma anche questa affermazione veniva sorprendentemente trascurata dalla giurisprudenza di legittimità⁴.

⁴ Con la pronuncia in esame la Corte dichiarò l'incostituzionalità della procedura di allontanamento immediato dello straniero, che ne consentiva il rimpatrio prima della convalida del trattenimento (in tale caso limitato a un massimo di 48 + 48 ore): *“Il procedimento regolato dall'art. 13, comma 5-bis, contravviene ai principi affermati da questa Corte nella sentenza sopra ricordata: il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale. È, quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore. E insieme alla libertà personale è violato il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile. La disposizione censurata non prevede, infatti, che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore”* (Corte Cost., n. 222/04).

3. Il superamento del cd. doppio binario e i nuovi poteri del giudice della convalida

Facendo leva sugli arresti della Corte europea dei diritti dell'uomo – in particolare ric. 3449/09, sentenza del 17/12/2009, Hovic e Hrustic contro Italia, e ric. 12921/04, sentenza del 8/2/2011, Seferovic contro Italia – Corte di Cassazione n. 17407/14, ha esteso l'ampiezza dello scrutinio del giudice del trattenimento, imponendo l'esame dei profili di manifesta illegittimità del decreto di espulsione presupposto: *“Il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di convalida del trattenimento del cittadino straniero non deve essere limitato alla verifica delle condizioni giustificative dell'adozione della misura indicate nel d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 4 bis, e art. 14, comma 1, nella formulazione attualmente vigente, ma deve essere esteso oltre che all'esistenza ed efficacia del provvedimento espulsivo anche alla verifica della sussistenza di condizioni di manifesta illegittimità del medesimo, in quanto indefettibile presupposto della disposta privazione della libertà personale”*⁵.

Il tortuoso percorso che ha portato alla piena cognizione del giudice del trattenimento sulla procedura di espulsione, peraltro nemmeno oggi immune da resistenze (da ultimo, Cass., nn. 21213/21 e 5321/22), non rappresenta altro che la piena valorizzazione di Corte Costituzionale, n. 105/01, che già affermava: *“l'interpretazione restrittiva dei poteri del giudice della convalida fatta propria dalle ordinanze di rimessione si conferma priva di ogni consistenza. Il trattenimento costituisce la modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile, nei casi tassativamente previsti dall'articolo 14, comma 1, che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera ed allontanato dal territorio nazionale. Il decreto di espulsione con accompagnamento, che, giova ribadire, ai sensi dell'articolo 13, comma 3, deve essere motivato, rappresenta quindi il presupposto indefettibile della misura restrittiva, e in quanto tale non può restare estraneo al controllo dell'autorità giudiziaria”*.

Alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza di legittimità rendono tangibile la portata di questo salto di qualità. Si pensi all'ipotesi di omessa informazione allo straniero in merito al diritto di presentare domanda di protezione internazionale: *“Poichè l'avvenuta presentazione di una domanda di protezione internazionale sarebbe ostativa al respingimento, quest'ultimo è illegittimo allorchè sia stato disposto senza il rispetto di tale preventivo dovere d'informazione, che ostacola di*

⁵ Secondo la Suprema Corte, *“Non tutte le ragioni d'illegittimità dell'espulsione possono determinare l'annullamento del titolo detentivo, sussistendo, secondo la Corte, una differenza tra i casi in cui la violazione della libertà personale è grave e manifesta da quelli nei quali l'irregolarità della detenzione si manifesta solo successivamente ad uno specifico accertamento giudiziale”*.

fatto il tempestivo esercizio del diritto a richiedere la protezione internazionale, e tale illegittimità si riverbera anche sul conseguente provvedimento di trattenimento, inficiandolo a sua volta” (Cass., n. 5926/15); oppure, al caso di un decreto di espulsione adottato senza valutazione dei legami familiari dello straniero in Italia, *“ancorchè lo stesso non abbia richiesto formalmente il ricongiungimento, e ciò in conformità della nozione di diritto all’unità familiare emergente dall’art. 8 della CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, e fatta propria dalla Corte costituzionale con sentenza n. 202 del 2013, senza che possa distinguersi tra vita privata e vita familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale tutelato dalla predetta disposizione, che non prevede gradazioni o gerarchie (cfr. Cass., Sez. II, 23/11/2020, n. 26563; Cass., Sez. I, 15/01/2019, n. 781; 22/07/2015, n. 15362)”* (Cass., n. 19493/21)⁶; o, ancora, all’illegittimità di un decreto di espulsione per mancata valutazione dell’applicabilità delle misure alternative al trattenimento: *“la privazione della libertà è una misura talmente grave che si giustifica soltanto quando altre misure, meno severe, sono state prese in considerazione e giudicate insufficienti per salvaguardare l’interesse personale o pubblico che richiede la detenzione. Non è dunque sufficiente che la privazione della libertà sia conforme al diritto nazionale, occorre anche che sia necessaria nelle circostanze del caso di specie”*, ciò che impone al Giudice della convalida di *“motivare anche in ordine alla necessità di tale misura eccezionale limitativa della libertà personale, anzichè di quelle alternative previste dalla legge”* (Cass., n. 27076/19).

Al giudice della convalida del trattenimento spetta dunque oggi un sindacato pieno ed effettivo sulla legittimità dell’intera procedura di allontanamento, anche in virtù dei poteri istruttori derivanti dall’art. 738, c. 3, c.p.c. che *“attribuisce al giudice il potere di assumere informazioni (...) che non ha esclusivamente come destinatario una P.A., ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto, pubblico o privato, in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi*

⁶ Secondo la Suprema Corte, *“per l’applicazione della tutela rafforzata di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 2 bis, i legami familiari devono essere “soggettivamente qualificati ed effettivi”, ed il giudice di merito – ove li ritenga sussistenti – è tenuto a darne conto adeguatamente, sulla base di vari elementi, quali l’esistenza di un rapporto di coniugio e la durata del matrimonio, la nascita di figli e la loro età, la convivenza, la dipendenza economica dei figli maggiorenni e dei genitori, le difficoltà che essi rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione, altri fattori che testimonino l’effettività di una vita familiare. In mancanza di legami familiari “qualificati” in tal senso, non è possibile ricorrere ai criteri suppletivi della durata del soggiorno, dell’integrazione sociale nel territorio nazionale e dei legami familiari, culturali o sociali con il Paese d’origine (Cass. 15/01/2019, n. 781)”* (Cass., n. 22117/19).

quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza, tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata" (Corte Cost., n. 35/02).

4. L'ampiezza del sindacato giurisdizionale in sede di proroga

Minore attenzione è stata dedicata al meccanismo di proroga del trattenimento, ancora oggi non compiutamente disciplinato dalla normativa.

Anche in questo ambito esiste un prima e un dopo, e la data del Big Bang è il 24 febbraio 2010, giorno di pubblicazione della sentenza n. 4454/10, della Corte di Cassazione. Fino ad allora le proroghe del trattenimento venivano concesse in modalità cartolare dai Giudici di Pace, senza la celebrazione di un'udienza né alcun contraddittorio, con un decreto adottato *de plano*. Le parole con cui la Suprema Corte sanziona tale prassi sono impietose: *"nel nostro ordinamento processuale civile non esistono provvedimenti decisori e definitivi (quale è la proroga, difatti assoggettata a ricorso per Cassazione) che siano adottati senza alcun contraddittorio [...] Non è dato riscontrare un provvedimento del giudice civile che, conoscendo di diritti soggettivi limitati dall'Amministrazione, a tanto provveda in via definitiva senza alcun contraddittorio. Tampoco esiste un provvedimento del giudice penale che convalidi od autorizzi un restringimento della libertà personale in difetto delle ridette garanzie. Non si scorge, pertanto, alcuna plausibilità nell'ipotizzare che il legislatore del 1998 dopo aver rettamente correlato la prima misura restrittiva al procedimento in contraddittorio, disinvoltamente (fantasiosamente) abbia affidato la seconda e le successive ad una pura invenzione giuridica, quella di un decreto de plano di merito e definitivo sconosciuto tanto al processo civile quanto al processo penale"*.

La scure della Corte prosegue: *"sarebbe di solare evidenza la incostituzionalità della lettura della norma sulla proroga che facesse di essa un meccanismo di controllo officioso della richiesta, al di fuori delle garanzie della difesa nel regolare contraddittorio e con possibilità di audizione dell'interessato: i principi dettati dalla sentenza n. 222 del 2004 e prontamente recepiti dal legislatore del 2004, per i quali il contraddittorio è garanzia indefettibile le volte in cui il soggetto debba essere pur temporaneamente ristretto in stato di limitazione della libertà, non possono essere applicati per la convalida (di durata oggi non superiore a 30 giorni) e ignorati per la proroga"*. È dunque agevole rilevare *"una macroscopica disparità di trattamento (art. 3 Cost.), ove si riservasse il pieno contraddittorio e l'adeguata difesa alla verifica delle condizioni di accesso alla misura e si affidasse al singolare colloquio cartaceo tra Amministrazione e giudice di pace il controllo della permanenza e dell'aggravamento delle condizioni autorizzanti la protrazione del vincolo"*.

Alla procedura di proroga devono dunque applicarsi le medesime garanzie previste per la convalida dall'art. 14, d.lgs. 286/98 – celebrazione di un'udienza, partecipazione dello straniero⁷, assistenza linguistica, difesa tecnica, diritto al contraddittorio e ammissione al patrocinio a spese dello Stato – secondo una lettura “*naturale*”, per quanto ignorata per 12 anni dai giudici di merito, dei principi costituzionali⁸.

Quanto all'ampiezza del sindacato del giudice della proroga, quest'ultimo è nuovamente chiamato a un controllo pieno e completo: come ha sottolineato la Corte di giustizia dell'Unione europea, egli “*deve necessariamente avere competenza a conoscere di qualsiasi elemento di fatto e di diritto rilevante per stabilire se la proroga sia giustificata, il che implica un esame approfondito degli elementi di fatto. Detta autorità deve poter sostituire la propria decisione a quella che ha disposto il primo trattenimento e ordinare o la proroga del trattenimento o una misura alternativa meno coercitiva oppure la liberazione del cittadino, sussistendone i presupposti*”; a tale scopo, il giudice della proroga “*deve prendere in considerazione ogni elemento rilevante nell'adozione di una siffatta decisione. Ne consegue che i poteri di cui l'autorità giudiziaria dispone nell'esercizio di tale controllo non possono, in ogni caso, essere limitati ai soli elementi prodotti dall'autorità amministrativa*” (causa C-146/14 PPU, Ali Mahdi).

Si è quindi progressivamente affermata l'illegittimità di “*proroghe non rigidamente ancorate a limiti temporali e condizioni giustificative legislativamente imposte*” (Cass., n. 18748/15), nonostante le pronunce della Corte di Cassazione in relazione agli specifici requisiti stabiliti per ciascuna proroga siano rare. Fa eccezione la previsione relativa alla seconda proroga del trattenimento, vale a dire l'estensione della misura oltre i 60 giorni di restrizione, possibile allorché “*siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio*”. Sebbene lungamente ignorata, la norma è stata da ultimo valorizzata da numerose pronunce della Suprema Corte, secondo la quale “*la disciplina normativa relativa alla seconda proroga, disciplinata dal d.lgs. n. 268 del 1998, art. 14, comma 5, prevede presupposti diversi e più stringenti rispetto a quelli sottostanti alla prima proroga, non essendo sufficiente, come per la prima, la sussistenza di “gravi difficoltà per l'accertamento dell'identità del trattenuto o per l'acquisizione di documenti per il viaggio”, ma essendo necessaria, per converso, che siano*

⁷ Secondo la Suprema Corte la garanzia del contraddittorio impone la partecipazione dello straniero all'udienza di proroga anche in assenza di una richiesta dell'interessato (Cass., nn. 28423/18, 12709/16, 5520/21, 25722/21).

⁸ Parla invece di interpretazione “*in modo costituzionalmente orientato*”, Cass., n. 13117/11.

emersi “elementi concreti che consentano di ritenere probabile l’identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatri”, con un conseguente onere motivazionale inerente alla specificità dei presupposti di legge” (Cass., n. 15647/21. Nello stesso senso, *ex multis*, Cass., n. 6066/19, *contra*, Cass., n. 19492/21). A un compito probatorio qualificato in capo alla pubblica amministrazione (Cass., nn. 1322/21, 14842/21), segue quindi uno specifico onere motivazionale a carico del Giudice di Pace, la cui decisione non può limitarsi a formule di stile, moduli prestampati o motivazioni al di sotto del “*minimo costituzionale*” (*ex multis*, Cass., nn. 41673/21, 31535/21), principio applicabile ad ogni decisione di convalida (*ex multis*, Cass., nn. 4781/22, 9435/21, 18227/22, 33144/18) e proroga (*ex multis*, Cass., n. 18939/22, 6064/19, 9440/21, 29081/21, 23450/19).

Quanto infine alla durata del trattenimento dello straniero già detenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a 90 giorni, la Suprema Corte ha ritenuto che ai fini della riduzione del termine massimo di restrizione nel C.P.R.⁹ “*non assume rilievo il periodo di detenzione sofferto presso una struttura carceraria per reati comuni in epoca risalente rispetto alla data del trattenimento presso il centro di identificazione ed espulsione, occorrendo che sussista un rapporto di continuità temporale tra il trattenimento presso la struttura carceraria e quello presso il centro*” (Cass., n. 5871/20. Nello stesso senso, Cass., nn. 32338/19 e 18541/17, *contra*, Cass., n. 16417/18).

5. Il riesame del trattenimento

Ulteriore istituto fantasma nell’universo del trattenimento amministrativo è il riesame della misura restrittiva. Sebbene previsto dalla cd. Direttiva rimpatri – secondo cui “*in ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d’ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un’autorità giudiziaria*” (art. 15, par. 3, direttiva 2008/115/UE) – il legislatore nazionale non lo ha recepito e la giurisprudenza di merito ne ha a lungo escluso l’applicabilità. La prima sterzata è arrivata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, che con la sentenza del 28 aprile 2011 (causa C-61/11, El Dridi), ha affermato il carattere *self executing* della norma: “*Orbene, per costante giurisprudenza, qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non*

⁹ Il termine massimo di trattenimento per questa categoria di persone è di 45 giorni, estensibili a 75 “*qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l’Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri*” (art. 14, c. 5, d.lgs. 286/98).

l'abbia recepita correttamente, i singoli sono legittimati a invocare contro detto Stato membro le disposizioni di tale direttiva che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise (...). Ciò vale anche per gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115, i quali (...) sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto” (§ 46 e 47).

Sulla scia di tale decisione, anche la Suprema Corte ha affermato che l'art. 15 della direttiva “*costituisce diritto direttamente applicabile, in quanto disposizione self-executing*”, prevedendo che la relativa procedura debba “*assicurare il rispetto dei medesimi diritti al contraddittorio ed alla difesa, del tutto compatibili – per le ragioni suesposte – con la struttura del [rit]o camerale ex art. 737 c.p.c., del resto adottata – con previsione del pieno rispetto di tali diritti – per il giudizio di convalida del trattenimento*” (Cass., n. 27076/19).

Il pieno compimento dell'istituto si ha solamente con Cass., n. 24721/21, sentenza cruciale perché individua nel trattenimento amministrativo “*una misura cautelare, funzionale all'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera*”. La Suprema Corte sancisce l'incondizionata proponibilità del riesame della misura restrittiva in ogni tempo, in quanto “*su di essa, in quanto appunto misura cautelare, non può mai formarsi il giudicato (...) e, infatti, la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di convalida e di proroga, prevista dall'art. 14, comma 6 T.U. IMM., si giustifica non già con il carattere decisorio (e dunque di sentenza sostanziale) dei relativi decreti, bensì con il loro carattere di “provvedimenti sulla libertà personale”, ricorribili per cassazione in forza della seconda ipotesi di cui all'art. 111 Cost., comma 7” (in termini analoghi, Cass., n. 41673/21). Pertanto, il decreto di convalida o proroga “è modificabile o revocabile e, come già più volte statuito da questa Corte (Cass. n. 27076/2019; Cass. n. 2457/2021), in mancanza di un'apposita normativa al riguardo, la domanda di riesame del provvedimento di trattenimento presso un centro CIE può essere introdotta con lo strumento del procedimento camerale ex art. 737 c.p.c., il quale prevede, all'art. 742 c.p.c., la modifica o revoca «in ogni tempo» dei decreti pronunciati in camera di consiglio”. L'ammissibilità del riesame non è infine subordinata alla preventiva impugnazione del decreto di convalida, di proroga o di espulsione, né alla sopravvenienza o alla deduzione di nuovi elementi, “non potendo introdursi limiti non previsti né dal modulo processuale interno prescelto, né dalla normativa sovranazionale, fermo restando, in ogni caso, che la motivazione con cui il giudice disattende l'istanza di riesame ben può limitarsi alla confutazione dei soli profili di novità della stessa, in fatto o in diritto, ed a rinviare, per il resto, alla motivazione già esibita dai precedenti provvedimenti”.*

6. La persistenza dell'interesse ad agire dopo la cessazione della misura

La giurisprudenza di legittimità è pressoché unanime nel riconoscere che l'interesse dello straniero a ottenere l'annullamento del provvedimento di convalida e/o proroga del trattenimento, così come del decreto di espulsione o respingimento presupposto, persiste anche in seguito alla cessazione della misura restrittiva¹⁰. L'assunto è di fondamentale rilevanza, essendo notorio che i tempi medi di decisione della Corte di Cassazione superano di gran lunga i termini massimi del trattenimento. La persistenza dell'interesse si impone, in particolare, per una duplice ragione: in primo luogo, in quanto *“secondo il fermo orientamento di questa Corte, coerente con quello espresso dalla CEDU, di recente anche nella causa Seferovic contro Italia (sentenza del giorno 8/2/2011 ric. N. 12921 del 2004), il trattenimento illegittimo determina il diritto al risarcimento del danno per la materiale privazione della libertà personale, non giustificate dalla sussistenza delle condizioni di legge (S.U. 9596 del 2012; 22788 del 2012)”* (Cass., n. 17407/14). Inoltre la pronuncia si rende necessaria al fine di eliminare ogni impedimento illegittimo al riconoscimento delle condizioni per il rientro e il soggiorno in Italia del cittadino straniero già trattenuto (Cass., nn. 18322/20, 41292/21).

Di particolare interesse è la vicenda che ha portato all'affermazione del diritto al risarcimento del danno dello straniero per l'indebito trattenimento presso un C.P.R. L'originario orientamento negativo del Tribunale di Roma è stato infatti oggetto di una completa rivalutazione in seguito alla sentenza della CEDU del 6 ottobre 2016 sui ricorsi riuniti nn. 3342/11, 3391/11, 347/11 (Richmond Yaw ed altri contro Italia). I giudici di Strasburgo hanno sottolineato che, in materia di detenzione amministrativa, l'accertamento della legalità della misura restrittiva e la richiesta di risarcimento per l'indebito trattenimento sono diritti distinti. Per essere legittima, la detenzione non deve solo conformarsi alle previsioni nazionali, ma deve essere necessaria nel caso concreto, mentre nelle fattispecie esaminate dalla Corte la proroga del trattenimento in assenza di contraddittorio costituiva un'irregolarità *“grave e manifesta”* (§ 76), in violazione dell'art. 5, par. 1, lett. f), della Convenzione. Inoltre la CEDU ha condannato l'Italia anche per l'assenza di un rimedio effettivo in grado di garantire il risarcimento del danno al cittadino straniero ingiustamente trattenuto, tale non potendo essere né l'art. 314, c.p.p., né l'azione per responsabilità civile del magistrato.

Coerentemente la giurisprudenza di merito ha modificato il proprio orientamento, riconoscendo che *“una volta che sia esclusa, infatti, la legittimità del trattenimento nel periodo non assistito da una valida proroga, incombe anche sul*

¹⁰ In senso sorprendentemente contrario, Cass., n. 21384/21.

Giudice, quale articolazione dello Stato inteso lato sensu, l'obbligo di prevedere un rimedio alla violazione occorsa nel caso concreto; questo rimedio, appunto, va individuato nella proponibilità dell'azione risarcitoria promossa nei confronti dello Stato al fine di ottenere riparazione per l'indebita limitazione della libertà personale" (C. App. Roma, sent. 20473 del 31.10.17)¹¹. L'interpretazione convenzionalmente orientata impone dunque la riconduzione del trattenimento indebito presso un C.P.R. nel paradigma della responsabilità risarcitoria da fatto illecito ex art. 2043 c.c., cui consegue l'obbligo di risarcimento del danno.

7. Il trattenimento del richiedente protezione internazionale

La normativa euro-unitaria consente il trattenimento degli stranieri richiedenti asilo *"solo dopo che tutte le misure non detentive alternative al trattenimento sono state debitamente prese in considerazione"* (Considerando 20, dir. 2013/33/UE), unicamente in funzione della procedura di riconoscimento della protezione internazionale e per il minore tempo possibile. Pur dichiarando l'istituto compatibile con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha più volte affermato le garanzie di necessità e proporzionalità di ogni limitazione alla libertà rilevante ai sensi dell'art. 6 della Carta, esigendo che *"le autorità nazionali competenti abbiano preventivamente verificato, caso per caso, se il pericolo che le persone interessate fanno correre alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico corrisponde almeno alla gravità dell'ingerenza nel diritto alla libertà delle suddette persone che tali misure costituirebbero"* (causa C-601/15 PPU, J.N., § 69).

Tra le altre fattispecie che giustificano il trattenimento del richiedente asilo secondo la legislazione italiana, di particolare rilievo sono la pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica e il rischio di fuga (art. 6, c. 2, lett. *c*) e *d*), d.lgs. 142/15). Con riferimento a tali nozioni, la Suprema Corte ha sottolineato la necessità di un'interpretazione rigorosa della norma, *"subordinata al riscontro di circostanze specificamente indicate"* (Cass., n. 21423/16). Pertanto, il rischio di

¹¹ Secondo la Corte di Appello di Roma, *"l'obbligo di leale collaborazione impone di tener conto, se non della lettera, certo dello spirito della decisione sottoposta a giudizio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riconoscendo non solo che l'impianto costruito dal legislatore, nella disposizione di cui all'articolo 14 d.lgs. 86/98 fosse in contrasto con la norma convenzionale, (come valutata dalla Corte di Strasburgo che di essa è unico interprete), o illegittima sul piano costituzionalmente orientato, come statuito dalla Corte Suprema di Cassazione, ma anche che il rifiuto di darvi applicazione sulla scorta delle argomentazioni operate che portavano alla declaratoria di inammissibilità della domanda, costituisce uno svuotamento della decisione del giudice europeo"*.

fuga deve essere valutato “caso per caso, sulla base delle circostanze specificate nel prosieguo della medesima disposizione, consistenti nell’aver fatto in precedenza ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità, al solo fine di evitare l’adozione o l’esecuzione di un provvedimento di espulsione, ovvero di non aver ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, commi 5, 5.2 e 13 ed art. 14 cit.”; analogamente la ricorrenza del profilo della pericolosità “è anch’essa subordinata al riscontro di circostanze specificamente indicate, consistenti nell’intervenuta condanna del richiedente per determinati reati”. Pertanto, “in mancanza delle condizioni specificamente previste dall’art. 6, comma 2 trova applicazione il principio stabilito dal comma 1 medesima disposizione, che esclude l’ammissibilità del trattenimento ai soli fini dell’esame della domanda di protezione”.

Pertanto la Corte di Cassazione ha escluso il rischio di fuga in un caso in cui le ipotesi normativamente tipizzate non erano state accertate, non rilevando “la mancanza dei mezzi di sostentamento” o la necessità di “garantire la presenza innanzi alla Commissione” (Cass., n. 26177/16). In altra circostanza, la Suprema Corte ha respinto il ricorso avanzato dallo straniero in quanto “La motivazione della convalida si basa pertanto non solo sulla misura di prevenzione ma altresì sulla condanna riportata per un reato considerato indicativo della pericolosità della ricorrente. Per altro verso la concessione della sospensione condizionale della pena da parte del giudice penale (...) non impone al giudice della convalida una diversa valutazione sulla pericolosità ostativa al trattenimento” (Cass., n. 5582/18). Diversamente, Cass., n. 27739/18, ha ritenuto che “solo il concreto accertamento della pericolosità sociale impedisca la formulazione del giudizio prognostico favorevole, indispensabile per la concessione della sospensione condizionale della pena (Cass., 05/03/2009, n. 14380; Cass., 19/05/1999, n. 2416)”: poiché “il Tribunale di (...) ha concesso all’odierno resistente il beneficio della sospensione condizionale della pena, accertando in concreto che il giudizio prognostico circa la non commissione di ulteriori reati da parte del medesimo era positivo; di conseguenza la pericolosità del A. non si palesa – in concreto – sussistente”. Quanto alle domande di protezione avanzate nel corso del trattenimento presso un C.P.R., l’art. 6, c. 3, d.lgs. 142/15, prevede che lo straniero “rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l’esecuzione del respingimento o dell’espulsione”. In merito a tale norma, la Suprema Corte ha osservato che “il carattere di mera strumentalità della domanda di protezione deve dunque emergere prima facie, in quanto la fondatezza della domanda di protezione interazionale resta soggetta all’autonomo giudizio della Commissione territoriale, in sede amministrativa, e del giudice, in sede giurisdizionale di impugnazione del provvedimento della commissione” (Cass., n. 18128/22).

La durata della convalida del Tribunale in composizione monocratica, competente in luogo del Giudice di Pace allorchè lo straniero trattenuto sia richiedente asilo, dipende dall'origine della domanda: *“Nel caso in cui lo straniero presenti la domanda di riconoscimento della protezione internazionale durante l'esecuzione del trattenimento, quindi, la disciplina della misura restrittiva è contenuta nell'art. 6, comma 5, e pertanto la durata massima inizialmente convalidabile è pari a 60 giorni. Nel caso invece in cui lo straniero abbia presentato la domanda di riconoscimento della protezione internazionale prima di essere trattenuto, la durata iniziale della misura è prevista dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5, prima frase (cui la prima parte del d.lgs. n. 142 del 2015, art. 6, comma 5, rinvia) ed è quindi pari a 30 giorni”* (Cass., n. 2457/21).

Anche nell'ipotesi di trattenimento del richiedente protezione internazionale, il giudice della convalida e della proroga è tenuto alla verifica della legittimità dei provvedimenti presupposti: *“risulta evidente che, nell'esame del presupposto fondante dello stesso – il carattere meramente strumentale e dilatorio della domanda di asilo –, il Tribunale dovesse anche esaminare e rilevare incidentalmente, per la decisione di sua competenza, la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo o di respingimento differito, che può consistere anche nella situazione di inespellibilità dello straniero”* (Cass., n. 18128/22). Coerentemente, la giurisprudenza relativa ai profili di manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo *“è, in realtà, applicabile, ricorrendone eadem ratio, anche ad eventuali profili di manifesta illegittimità del provvedimento di revoca della protezione internazionale posta alla base del decreto di trattenimento (“Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio”)*” (Cass., n. 7841/19), ciò che impone la verifica del rispetto delle garanzie di informazione e contraddittorio del richiedente asilo ex art. 33, d.lgs. 25/08. Ulteriore esempio di manifesta illegittimità del provvedimento presupposto che travolge il trattenimento del richiedente asilo è l'adozione di decreti di espulsione e trattenimento contestuali alla notifica del provvedimento reiettivo della Commissione territoriale. Secondo la Suprema Corte, la violazione dell'art. 32, c. 4, d.lgs. 25/08 – che prevede *“l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale (...) alla scadenza del termine per l'impugnazione”* – non consente la convalida, la proroga o il mantenimento della misura in quanto *“la disposizione è chiara nel subordinare l'allontanamento all'inutile spirare del termine di impugnazione e non al fatto che quest'ultima non sia (ancora) stata proposta al momento della decisione sul trattenimento”* (Cass., n. 41701/21. Nello stesso senso, Cass., n. 13891/19).

Ancora, a fronte della volontà di chiedere la protezione internazionale manifestata prima dell'adozione di un provvedimento di respingimento e successivo trattenimento, la convalida deve essere rifiutata, poiché *“A nulla rileva, invece, il fatto (erroneamente valorizzato dal giudice di merito) che egli, dopo il*

13.4.2019, abbia sottoscritto il foglio notizie, peraltro senza la garanzia della sicura presenza di un interprete abilitato, con il quale avrebbe dichiarato di non voler presentare istanza di protezione, poiché tale dichiarazione non comporta l'automatica decadenza della domanda in precedenza introdotta" (Cass., n. 18189/20). La Corte ha quindi stabilito il principio secondo cui "in presenza di una domanda di protezione internazionale, che non poteva essere ritenuta revocata o comunque superata dalla laconica dichiarazione contenuta nel foglio notizie sottoscritto contestualmente alla notificazione del provvedimento impugnato, la competenza per l'esame della convalida del trattenimento del richiedente asilo spetta alla sezione specializzata istituita presso il Tribunale (...) e non invece al Giudice di Pace". Tale competenza permane per tutta la durata della procedura amministrativa di protezione internazionale, anche durante il decorso dei termini di impugnazione (Cass., nn. 19336/15, 17419/17, 41699/21), e – in caso di ricorso giurisdizionale – si estende "per tutto il tempo in cui (lo straniero, n.d.r.) è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto" (art. 6, c. 7, d.lgs. 142/15), dunque fino alla decisione sull'istanza di sospensione ex art. 35-bis, c. 4, d.lgs. 25/08 o, in caso di accoglimento di quest'ultima, fino alla pubblicazione del decreto che definisce il giudizio.

8. La procedura accelerata e le conseguenze della violazione della disciplina

Come noto, alle domande di protezione internazionale avanzate da stranieri ristretti presso un C.P.R. si applica la cd. procedura accelerata (art. 28-bis, c. 2, d.lgs. 25/08), disciplina che impone una scansione temporale particolarmente rapida. Una volta ricevuta la manifestazione della volontà di chiedere protezione e registrata la domanda, la Questura è infatti tenuta alla trasmissione senza ritardo del fascicolo alla Commissione territoriale, la quale provvede all'audizione entro i 7 giorni successivi e alla decisione entro i 2 giorni seguenti.

Sul punto la Suprema Corte ha osservato che "se da un lato il superamento dei termini previsti dall'art. 28 bis, commi 1 e 2, per la fissazione dell'audizione e la decisione della domanda di protezione non è causa di nullità del relativo procedimento, tuttavia ciò non giustifica la proroga del trattenimento oltre la durata massima consentita dalla predetta disposizione. Ne consegue che il trattenimento del richiedente la protezione internazionale, se disposto ai sensi del combinato – disposto del d.lgs. n. 142 del 2015, art. 6, comma 6 e del d.lgs. n. 25 del 2008, art. 28 bis ovvero sia in presenza di una delle ipotesi di cui al richiamato art. 28 bis, comma 2 non può comunque eccedere la durata massima prevista per besame

della domanda di protezione da quegli introdotta” (Cass., n. 2458/21), periodo attualmente corrispondente a 9 giorni¹².

La peculiarità della procedura accelerata si riflette anche nella diminuzione delle garanzie per il richiedente asilo in sede giurisdizionale: il termine per proporre il ricorso è infatti dimezzato (15 giorni) e l'impugnazione non determina l'automatica sospensione dell'esecutività del rigetto della Commissione territoriale.

La Suprema Corte ha chiarito che la riduzione del termine impugnatorio “*si applica soltanto nelle ipotesi in cui il procedimento amministrativo abbia seguito l'iter acceleratorio previsto dall'art. 28-bis, comma 2, d.lgs. cit., vale a dire nel caso di domanda ritenuta manifestamente infondata dal questore, e non già quando si tratti di decisione della commissione territoriale assunta all'esito di una procedura ordinaria (n. 7520/20), nel qual ultimo caso il termine per proporre il ricorso è quello ordinario di trenta giorni (n. 23021/20)*” (Cass., n. 18518/21).

Va infatti ricordato che il presidente della Commissione territoriale “*determina i casi (...) per i quali applicare la procedura accelerata, ai sensi dell'articolo 28-bis. La Commissione territoriale informa tempestivamente il richiedente delle determinazioni procedurali assunte ai sensi del periodo precedente*” (art. 28, c. 1, d.lgs. 25/08). Sulla base di questa norma, la citata pronuncia di legittimità ha osservato che una decisione di manifesta infondatezza della domanda può ritenersi adottata sulla base di una procedura accelerata ex art. 28-bis, d.lgs. 25/08, “*soltanto quando il presidente della C.T., a seguito della trasmissione degli atti da parte della questura, abbia deciso in tal senso e l'iter processuale abbia rispettato i termini di cui all'art. 28 bis, comma 1, previsti per l'audizione del richiedente e per l'adozione della decisione finale, non potendo la qualificazione peculiare della procedura come “accelerata” discendere dalla mera formula di manifesta infondatezza contenuta nel provvedimento di rigetto della C.T.*”. Quindi, oltre alla necessità di rispettare la rigida scansione temporale, il termine dimezzato per la proposizione del ricorso è applicabile unicamente in presenza di un provvedimento del presidente della Commissione territoriale, debitamente comunicato allo straniero, che dispone l'adozione della procedura accelerata, “*dovendosi*

¹² Prosegue la sentenza: “*Detto termine coincide, di norma, con quello di 14 giorni dalla presentazione della domanda (9 giorni, secondo l'attuale formulazione normativa, n.d.r.), previsto dall'art. 28 bis, comma 2 a meno che non sussistano ulteriori motivi di trattenimento ai sensi del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14 – come previsto dal d.lgs. n. 214 del 2015, art. 6, comma 6, – ovvero ricorra una delle ipotesi previste dal d.lgs. n. 25 del 2008, art. 28 bis, comma 3, che a sua volta rinvia all'art. 27, commi 3 e 3 bis medesimo d.lgs.*”.

applicare in tutti gli altri casi il termine ordinario, pena la violazione del diritto di difesa del richiedente, che ha il diritto di conoscere preventivamente il modello procedimentale con il quale verrà esaminata la sua domanda (n. 6745/21)” (Cass., n. 18518/21).

9. Il trattenimento ai sensi del cd. Regolamento Dublino

Rimane da esaminare l'ipotesi del trattenimento amministrativo nel contesto del Regolamento (UE) 604/13, per la determinazione dello Stato membro competente all'esame di una domanda di protezione internazionale. Il Regolamento prevede il ricorso alla restrizione dello straniero in presenza di un “*rischio notevole di fuga*” (art. 28, par. 2, Reg. 604/13), allo scopo di assicurarne il trasferimento verso lo Stato membro competente. La norma sottolinea i caratteri di proporzionalità, residualità e necessaria individualità della valutazione, ribadendo la “*durata quanto più breve possibile*” della misura¹³.

La definizione del “*rischio di fuga*” ai sensi del Regolamento coincide con “*la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un richiedente o un cittadino di un paese terzo o un apolide oggetto di una procedura di trasferimento possa fuggire*” (art. 2, par. 1, lett. n).

Il rinvio alla legge nazionale è stato esaminato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui “*il trattenimento dei richiedenti, costituendo un'ingerenza grave nel loro diritto alla libertà, è soggetto al rispetto di garanzie rigorose, vale a dire, la sussistenza di un fondamento normativo, la chiarezza, la prevedibilità, l'accessibilità e la protezione contro l'arbitrarietà*”. La garanzia ritenuta idonea dai giudici di Lussemburgo consiste in un atto legislativo nazionale, poiché “*solo una norma di portata generale può soddisfare i requisiti di chiarezza, di prevedibilità, di accessibilità e, in particolare, di protezione contro l'arbitrarietà*” (§ 43). Pertanto gli artt. 2, par. 1, lett. n), e 28, par. 2, Regolamento (UE) 604/13, “*impongono agli Stati membri di fissare, in una norma vincolante di portata generale, i criteri obiettivi su cui si fondano i motivi per temere la fuga del richiedente protezione internazionale oggetto di una procedura di trasferimento. L'assenza di una norma di tal genere determina l'inapplicabilità dell'articolo 28, paragrafo 2, del regolamento medesimo*” (causa C-528/15, Al Chodor).

¹³ Il periodo di trattenimento del richiedente protezione internazionale ai fini della procedura di determinazione dello Stato membro competente e della esecuzione del trasferimento non può complessivamente superare 3 mesi (art. 28, par. 3, Regolamento (UE) 604/13).

La mancata adozione da parte del legislatore italiano di una norma che definisca il rischio notevole di fuga del richiedente asilo soggetto a una procedura di accertamento dello Stato membro competente esclude dunque la possibilità di ricorrere al cd. trattenimento Dublino in Italia.

10. Conclusioni

L'esame dei venti anni di giurisprudenza italiana in materia di detenzione amministrativa restituisce un quadro patologico. Al fallimento statistico della macchina dei rimpatri, il cui tasso di efficacia non supera il 50% dei trattenuti, si accompagna il veleno di decine di migliaia di provvedimenti restrittivi adottati tra *"incostituzionalità solari"*, esempi di *"pura invenzione giuridica"* e letture *"fantasiose"* (Cass., n. 4544/10), violazioni del diritto di difesa *"nel suo nucleo incomprimibile"* (Corte Cost., n. 222/04), una selva di *"crocette su un modulo prestampato"* (Cass., n. 13174/21), *"caselle barrate"* (Cass., n. 26720/21), *"motivazioni inesistenti"* (Cass., n. 15647/21), *"standardizzate"* (Cass., n. 9440/21) o *"apparenti"* (Cass., n. 4918/22), esempi di *"non-motivazione, di una paradigmatica motivazione meramente apparente, in cui il decreto è convalidato perché si dicono sussistenti i presupposti della convalida, senza che gli argomenti difensivi sollevati dall'interessato siano stati anche soltanto approssimativamente e superficialmente presi in considerazione"* (Cass., n. 9435/21). Senza dimenticare i ritardi e le resistenze nell'applicazione di principi fondamentali in materia, dai 12 anni per la celebrazione delle udienze di proroga alla buona decina per il pieno riconoscimento dell'istituto del riesame.

Ogni avanzamento della giurisprudenza di legittimità e della Corte di giustizia è coinciso con la rivelazione di una precedente voragine giuridica, evidente eppure ignorata, che, nell'ambito della detenzione amministrativa, significa violazioni seriali del diritto alla libertà. E che oggi lascia intravedere ulteriori ferite, *"solari"* ma ancora avvolte nell'ombra: stanze ricavate all'interno dei C.P.R., luoghi di pertinenza del Ministero dell'Interno, trasformate in aule di giustizia in spregio dell'art. 110, Cost., proroghe fondate sulla *"mancata collaborazione"* dello straniero, protocolli di polizia non pubblicati e privi di ratifica parlamentare considerati *"accordi in materia di rimpatri"*, trattenimenti reiterati nonostante la chiusura dei confini internazionali etc.

L'elenco è lungo ma soprattutto urgente, perché nei C.P.R., come in ogni luogo di detenzione, la mortificazione dell'essere umano non è solo una metafora.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 19 – Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 20 – Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 21 – Scienza e diritto penale



Finito di stampare nel mese di marzo 2023
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

