

Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale

di Davide Strazzari

Title: The Right to an Effective Remedy and the National Procedural Autonomy Principle: the Case of the Personal Hearing of the Recurrent in the International Protection Judicial Phase

Keywords: Right to an effective remedy; Right to be heard personally; Procedural autonomy of Member States.

1. – La sentenza della Corte di giustizia che qui si commenta aggiunge un ulteriore, rilevante chiarimento in merito agli obblighi scaturenti dal diritto dell'UE nell'ambito della protezione internazionale e, più in particolare, in relazione alla fase giurisdizionale volta all'impugnazione della decisione amministrativa di diniego dello *status* di rifugiato o altrimenti bisognoso di protezione internazionale.

Prima di considerare da vicino la pronuncia in questione, sembra conveniente evidenziare come il settore relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che include anche le materie dell'immigrazione e dell'asilo, sia uno degli ambiti di maggiore contenzioso attualmente risolto dalla Corte di giustizia, in cui l'incidenza del meccanismo del rinvio pregiudiziale è particolarmente elevata (si vedano, in proposito, le statistiche giudiziarie per l'anno 2016 disponibili sul sito curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_it_web.pdf).

Già questo aspetto sembra meritevole di una prima sottolineatura. La politica dei visti, dell'immigrazione, e dell'asilo è stata pienamente “comunitarizzata” solo con il Trattato di Amsterdam, dopo che il Trattato di Maastricht l'aveva qualificata come settore di mero interesse comune, ma profili marcatamente intergovernativi (in particolare voto all'unanimità da parte del Consiglio, ruolo meramente consultivo del Parlamento Europeo, iniziativa legislativa della Commissione condivisa con quella degli Stati membri) si sono mantenuti per un lasso di tempo significativo anche dopo tale avvenuta “comunitarizzazione” (fino almeno alla Decisione del Consiglio del 22.12.2004. In argomento, S. Peers, *Transforming Decision-Making on EC Immigration and Asylum Law*, in *E. L. Rev.*, 2005, n. 30, 283 ss.).

Soprattutto, per quel che qui più interessa, sarà solo con il Trattato di Lisbona che, oltre a determinarsi l'applicazione del cd. metodo comunitario all'intero settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (ivi inclusa la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, retta fino a questo momento dalle regole del cd. III pilastro), si rimuoverà la limitazione, di cui all'originario art. 68.1 TCE, che riservava alle sole corti nazionali di ultima istanza l'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione.

Tenendo a mente la centralità di tale strumento per l'edificazione e la piena effettività del diritto dell'UE, unitamente al fatto che la materia dell'immigrazione e dell'asilo vedono,

per la natura del contenzioso e il tipo di ricorrenti, un minore coinvolgimento delle giurisdizioni superiori, è facile capire come l'eliminazione di quella strozzatura abbia portato ad una decisa centralità della Corte di giustizia negli ambiti in questione.

Si tratta, peraltro, di un settore, quello dell'immigrazione e dell'asilo, che per i diversi profili di contatto che esso presenta sia in relazione al tema dei diritti fondamentali, sia di quello dell'interazione tra fonti (con particolare riguardo a quelle internazionali pattizie, tra cui spiccano la Convenzione di Ginevra del 1951 e la Cedu) rende il coinvolgimento della Corte di giustizia particolarmente auspicabile e rilevante.

L'essenziale ricostruzione storica della progressiva estensione delle competenze dell'Unione in materia permette di evidenziare la relativa celerità con cui il diritto dell'Unione ha finito oggi per imporsi in ambiti rispetto ai quali non molti anni fa era dato riscontrare una riaffermazione forte della sovranità nazionale. Di ciò è del resto possibile ancora oggi cogliere traccia nell'applicazione territorialmente differenziata del diritto dell'UE in tale settore, come conseguenza dei due Protocolli che garantiscono a Danimarca, da un lato, a Regno Unito e Irlanda, dall'altro, di non partecipare in assoluto, nel caso della Danimarca, o di partecipare in maniera selettiva nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda all'adozione di atti dell'UE (su questi aspetti, v. S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd ed., OUP, 2011, 73 ss.).

In definitiva, dunque, sebbene oggi la materia dell'asilo rappresenti un ambito in cui il diritto dell'Unione è presente in maniera incisiva, al punto che il Trattato non esita a parlare di politica comune d'asilo (v. art. 78 TFUE), sembra importante sottolinearne la formazione relativamente recente.

A ben guardare, peraltro, si può osservare che l'effettiva armonizzazione delle normative statali in materia di asilo, ad opera del diritto dell'UE, ha avuto ad oggetto soprattutto i profili sostanziali, intendendosi per tali le situazioni meritevoli di tutela e che determinano il conferimento di uno *status* di protezione, meno, invece, il fronte delle garanzie procedurali, in particolare di quelle giurisdizionali (è da ricordare, per completezza, che gli interventi dell'UE in materia di asilo comprendono anche la dir. 2013/33/UE, del Parlamento e del Consiglio, del 26.6.2013 sull'accoglienza dei richiedenti asilo e il Regolamento 604/2013, cd. Dublino III relativo alla determinazione dello Stato competente per l'esame della domanda di protezione d'asilo).

Sotto il primo profilo, infatti, l'odierna direttiva qualifiche (dir. 2011/95/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011 che procede alla rifusione della precedente dir. 2004/83/CE) individua le situazioni meritevoli di tutela in quella di rifugiato – la cui nozione ricalca quella della Convenzione di Ginevra – e di protezione sussidiaria, di matrice europea e per la cui delimitazione si è rivelato sostanziale l'apporto della Corte di giustizia (sent. 17.2.09, causa C-465/07, *Elgafaji*; sent. 30.1.2014, Causa C-285/12, *Diakité*). Nonostante quindi l'utilizzo ambiguo del termine "asilo" da parte del TFUE, è evidente che tale politica si risolve, più specificamente, in una politica sullo *status* di rifugiato, salva la correzione rappresentata dalla protezione cd. sussidiaria, e non ha alcun rapporto con le nozioni di asilo costituzionale previste in talune Costituzioni, come in quella italiana (art. 10.3) o in quella tedesca (soprattutto nella versione originaria di cui all'art. 16, c. 2, poi modificato in senso più restrittivo e oggi codificato all'art. 16 *bis*. In argomento, G. Mangione, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milano 1999).

Ciò ha determinato il rischio di un allineamento sostanziale delle situazioni di tutela più ampie presenti a livello costituzionale con quelle più restrittive delineate dalla direttiva (in dottrina, v. L. Grasso, *L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in DPCE, 2012, 1598 ss., sul piano giurisprudenziale, v. Cass. 1.9.2006, n. 18940 secondo cui l'art. 10 Cost. si limita a garantire il diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo *status* di rifugiato politico, unica misura di protezione internazionale riconosciuta in mancanza di una legge attuativa del diritto costituzionale d'asilo). Infatti, se, da un lato, la direttiva "qualifiche" prevede la possibilità di introdurre o mantenere disposizioni nazionali più favorevoli, dall'altra, però, subordina appunto detti standard più benevoli alla compatibilità con le disposizioni della direttiva (v. art. 3, dir. 2011/85/UE).

La Corte di giustizia ha così escluso che fosse compatibile con le disposizioni della direttiva attribuire lo *status* di rifugiato a una persona che fosse affiliata a un'organizzazione riconosciuta come terroristica (e ciò in virtù della clausola di esclusione di cui all'art. 12 della dir. qualifiche, v. Corte giust., sent. 9.11.2010, causa C-57/09 e C-101/09, *B.D.*) o garantire la protezione sussidiaria a un soggetto straniero bisognoso di cure non disponibili nel suo Paese d'origine (sent. 18.12.2014, causa C-542/13, *M'Body*). In tali ipotesi, gli Stati dell'UE possono solo conferire uno *status* di tutela che avrà la sua fonte nel diritto interno nazionale, nonché negli obblighi discendenti dagli artt. 2 e 3 della Cedu, e che dovrà essere ben distinto nel grado e nell'intensità di tutela così da non comportare un rischio di confusione con gli *status* derivanti dal diritto dell'Unione (nel contesto italiano, ciò avviene attraverso l'istituto della protezione umanitaria, ai sensi dell'artt. 5.6 e 19.1 del TU Immigrazione).

Se, dunque, sul piano sostanziale il diritto dell'UE ha fatto oggi convergere i sistemi di tutela negli Stati membri, pur residuando alcune forme di protezione umanitaria o caritatevole di derivazione nazionale e/o derivanti dai vincoli previsti dalla Cedu, sul fronte, invece, delle garanzie procedurali, e in particolare giurisdizionali, tale armonizzazione appare ancora molto relativa.

Soffermando l'attenzione, nello specifico, sulla fase dell'impugnazione del provvedimento negativo della fase amministrativa di accertamento dello *status* di protezione internazionale e ricordando, tuttavia, che accanto a questa ipotesi si dà anche quella del vaglio giurisdizionale relativo al trattenimento del richiedente asilo – ex artt. 8-9 dir. 2013/33/UE cd. “accoglienza” – nonché di quello previsto in applicazione dell'art. 27 del Reg. 604/2013 cd. Dublino III, situazioni queste non prese in considerazione in questo scritto, si può osservare che la disciplina dell'UE è rappresentata oggi dalla direttiva cd. “procedure” (dir. 2013/32/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26.6.2013) che ha sostituito la precedente dir. 2005/85/CE (in argomento C. Costello, E. Hancox, *The Recast Asylum Procedures Directives 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, Brill, Leiden, 2016, 377ss). E' questo, tuttavia, un testo primariamente rivolto alla definizione di standard comuni soprattutto nello svolgimento della fase amministrativa di valutazione delle domande di protezione internazionale e che riserva alla fase giurisdizionale dell'impugnazione poche norme, essenzialmente rappresentate dall'art. 46, intitolato “diritto a un ricorso effettivo”.

Non è certamente da sottovalutare l'importanza dei principi contenuti in tale disposizione tra cui è opportuno qui ricordare: la previsione per cui il richiedente ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice avverso la decisione amministrativa di diniego (art. 46.1), la circostanza per la quale gli Stati autorizzano automaticamente il richiedente a rimanere nel territorio dello Stato per tutto il termine necessario a presentare ricorso e fino all'esito del ricorso stesso (art. 46.5), sia pure prevedendosi significative eccezioni in presenza delle quali l'effetto sospensivo non opera automaticamente, ma previa richiesta della parte e vaglio del giudice (art. 46.6 e 46.7), infine, la circostanza per cui gli Stati membri devono assicurare che il ricorso effettivo esperito dal richiedente preveda, da parte del giudice, un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto (art. 46.3). A ciò si aggiunga il principio, previsto all'art. 4 della dir. 2011/95/UE, dell'obbligo di cooperazione con il richiedente nell'esaminare tutti gli elementi della domanda, principio che grava in capo agli Stati e dunque è applicabile tanto nella fase amministrativa quanto in quella giurisdizionale, incidendo sull'assolvimento dell'onere probatorio, ma anche sulle modalità di svolgimento della fase istruttoria (su questo profilo v. M. Acierno, M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2017).

2. – La debole armonizzazione operata dal diritto dell'Unione in relazione ai profili procedurali non è certamente un elemento peculiare della disciplina della protezione internazionale. Infatti, la configurazione delle modalità procedurali attraverso cui dare tutela a posizioni giuridiche soggettive discendenti dal diritto dell'Unione ricade, in assenza di

norme specifiche, nell'ambito dell'autonomia processuale degli Stati, seppure nei limiti del rispetto del principio di equivalenza – le modalità di tutela non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno – e del principio di effettività – dette modalità non devono rendere l'esercizio del diritto di derivazione dell'UE praticamente impossibile o eccessivamente difficile (vedi, tra le tante, Corte giust, sent. 17.3.2016, causa C-161/15, *Bensada Benallal*, § 24).

In effetti, soffermando l'attenzione proprio sulle modalità attraverso cui i vari sistemi nazionali garantiscono un rimedio giurisdizionale in relazione a controversie vertenti sull'attribuzione della protezione internazionale, è dato registrare una certa eterogeneità a livello di Stati membri e ciò, segnatamente, quanto al tipo di giurisdizione competente, quanto all'oggetto del relativo giudizio, quanto ai poteri istruttori del giudice.

Da questo punto di vista, la scelta italiana di attribuire la relativa giurisdizione al giudice ordinario civile appare abbastanza distinta rispetto alle soluzioni riscontrabili negli altri Paesi europei che, invece, attribuiscono la giurisdizione in questione al giudice amministrativo (ovviamente in quegli Stati che conoscono tale forma di giurisdizione speciale).

Secondo l'ordinamento italiano, oggetto del giudizio è appunto la spettanza o meno al richiedente asilo del diritto al riconoscimento della protezione internazionale, più che l'impugnazione del provvedimento amministrativo con cui si chiude la fase amministrativa. Di conseguenza, il giudizio presenta caratteri autonomi rispetto a tale fase, nel senso che il giudice deve pervenire a una decisione sulla spettanza o meno del diritto, non già a una mera declaratoria di invalidità del diniego amministrativo (v. sul punto, Cass., ord. 21 novembre 2011, n. 26480). Ciò implica che in presenza di vizi relativi alla fase amministrativa, quali, ad esempio, l'omissione dell'audizione del richiedente, non sarebbe possibile per il giudice ordinario procedere al mero annullamento del provvedimento della Commissione territoriale, dovendo appunto il giudice statuire nel merito circa appunto il conferimento o meno della protezione internazionale e/o di quella umanitaria, eventualmente procedendo all'audizione.

Diversamente, invece, accade negli altri Stati dell'Europa continentale che attribuiscono alla giurisdizione amministrativa il giudizio sulle controversie in materia di protezione internazionale, configurando il relativo giudizio come un'impugnazione avverso il provvedimento di diniego della fase amministrativa.

Qui, tuttavia, le soluzioni si fanno diversificate. Accanto, infatti, a esperienze nazionali (quali, ad esempio, Olanda, Ungheria, Slovacchia, Polonia) che concepiscono il relativo giudizio amministrativo come un giudizio tradizionalmente annullatorio della decisione amministrativa e tendono a limitare l'impugnazione ai soli motivi di legittimità del provvedimento di diniego, sono da registrare diverse esperienze nazionali che riconoscono al giudice amministrativo la possibilità non solo di annullare il provvedimento, ma anche di pronunciare nel merito, statuendo, dunque, sull'attribuzione della protezione internazionale, specie quando il giudice, a seguito dell'esperimento dei mezzi probatori, ritenga sufficientemente matura la causa da trattenerla in decisione.

A questo risultato si perviene o perché tradizionalmente il giudizio amministrativo in alcuni di tali Paesi è concepito primariamente come un giudizio di tipo soggettivo, ossia sulla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente, più che come giudizio sull'atto (tipicamente, in questo senso, la tradizione giurisdizionale amministrativa tedesca, austriaca, slovena e spagnola; sul punto, per una ricostruzione in chiave comparata dei vari sistemi di giustizia amministrativa, v. M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Puf, Paris, 2006; D. de Pretis, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione Europea*, Trento, 2000, 95 ss.) oppure perché, pur essendo tradizionalmente la giurisdizione amministrativa una giurisdizione oggettiva e dunque annullatoria, si riconosce tuttavia la specificità della materia dell'asilo e si configura la relativa giurisdizione come di tipo esclusivo (vedi in Francia la giurisdizione cd. di *plein contentieux* della *Cour nationale du droit d'asile* che, ai sensi dell'art. L 733.5 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* «statue, en qualité de juge de plein contentieux, sur le droit du requérant à une protection au titre de l'asile au vu des circonstances de fait dont elle a connaissance au moment où elle se prononce; analogamente in Belgio dove la

giurisdizione è attribuita al giudice amministrativo speciale del *Conseil du contentieux des étrangers*, contro cui è ammessa l'impugnazione davanti al Conseil d'Etat).

Il profilo relativo all'oggetto del giudizio (limitato al solo provvedimento di diniego o esteso anche al merito, cioè all'attribuzione del relativo *status* di protezione internazionale) incide anche sui poteri del giudice di ordinare mezzi d'istruzione probatoria anche d'ufficio. Sebbene, infatti, l'onere di sostanziare la domanda spetti al ricorrente (v. art. 4, dir. 2011/95/UE), tuttavia, nei Paesi che seguono il modello di giustizia amministrativa tedesco questo principio è attenuato dal tradizionale ruolo inquisitorio del giudice amministrativo (per considerazioni legate specificamente al giudizio sull'asilo in Germania, ma con valutazioni comparate anche sul sistema inglese e finlandese, v. I. Staffans, *Evidence in European Asylum Procedures*, Brill, Leiden, 2012), mentre, per quanto riguarda il modello francese, l'applicazione della giurisdizione cd. di *plein contentieux* all'ambito dell'asilo determina comunque in capo al giudice ampi poteri di disporre a riguardo (v. art. R 733/15 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* secondo cui «La Cour peut prescrire toute mesure d'instruction qu'elle jugera utile»)

Di questa significativa varietà di soluzioni è conveniente tenere conto per almeno due motivi. Il primo, più immediato, è che nel valutare la portata dei principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia sarà sempre opportuno avere l'accortezza di calarli nello specifico contesto procedurale nazionale in cui è sorta la vicenda, al fine di comprenderne la specifica *ratio* e non operare pericolose generalizzazioni.

Il secondo motivo, invece, attiene alla possibilità di indagare se, in considerazione della mancanza di una puntuale armonizzazione legislativa dei profili procedurali e della varietà dei sistemi nazionali in precedenza messa in luce, la Corte di giustizia possa giungere ad elaborare un'armonizzazione per via giurisprudenziale, in collaborazione coi giudici nazionali attraverso il fondamentale strumento del rinvio pregiudiziale. Più in particolare, è da chiedersi, anche alla luce della sentenza che si va ad analizzare, fino a che punto la Corte di giustizia possa mettere in discussione il principio prima richiamato dell'autonomia procedurale nazionale, avvalendosi a tale riguardo delle disposizioni di diritto derivato, quali in primo luogo il richiamato art. 46 della direttiva procedure, lette, però, nel prisma del diritto primario rappresentato dai diritti fondamentali racchiusi nella Carta di Nizza e/o dai principi generali di diritto.

Centrale, in questa prospettiva, è l'art. 47 della Carta che sancisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (cfr. S. Prechal, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection. What Has the Charter Changed?*, in C. Paulussen et al. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Asser Press, 2016, 143 ss.). La disposizione garantisce, infatti, il diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice (c. 1), prevede che la causa sia esaminata equamente da un giudice indipendente e imparziale (c. 2) e infine dispone il patrocinio a spese dello Stato per assicurare l'accesso effettivo alla giustizia (c. 3).

Il primo comma si rifà, dunque, all'art. 13 Cedu, ampliandone, però, la portata essendo volto a garantire il rimedio effettivo dinnanzi a un'autorità giurisdizionale, non genericamente davanti a qualsiasi istanza nazionale, come invece fa l'art. 13 Cedu. Il secondo comma, invece, si richiama alla nozione di giusto processo di cui all'art. 6 Cedu, ma, a differenza di quest'ultima disposizione che limita le garanzie ivi richiamate alle cause civili e penali (con esclusione dunque dell'ambito dell'immigrazione e dell'asilo), l'art. 47 c. 2 della Carta si applica a tutte le situazioni discendenti dal diritto dell'UE, ivi incluso, dunque, la materia dell'asilo.

La circostanza che l'art. 47 appaia in larga parte coincidente con le tutele apprestate vuoi dall'art. 13, vuoi dall'art. 6 Cedu risulta oltremodo significativo ai fini dell'interazione tra la Corte di giustizia e la Corte EDU, perché consente di immettere nel circuito interpretativo della prima la giurisprudenza della seconda. Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 52.3 della Carta, laddove i diritti di questa sono corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione EDU, con la precisazione, contenuta nelle spiegazioni relative alla Carta, che a rilevare, in tal caso, non è solo il testo della CEDU, ma anche la giurisprudenza della Corte EDU.

Le virtualità dell'art. 47 e il possibile impatto del diritto a un rimedio effettivo rispetto all'autonomia processuale degli Stati sono stati investigati in dottrina soprattutto in relazione al diritto privato, dove la Corte di giustizia ne ha fatto un uso rilevante (v. C. Mak, *Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, Centre for the study of European Contract Law, Working Paper series, n. 11/2012). Anche nel settore, tuttavia, dell'immigrazione e dell'asilo si sono date alcune pronunce che proprio facendo leva sull'art. 47 della Carta hanno posto importanti principi (cfr. J. Bast, *Of General Principles and Trojan Horses – Procedural Due Process, in Immigration Proceedings under EU Law*, in *German L. J.*, v. 11, n. 9, 2010, 1006 ss.). Tra queste, possiamo ricordare il caso *Mahdi* (Corte giust., sent. 5.6.2014, causa C-146/14/PPU) che, pur essendo riferibile a un caso di trattenimento di un cittadino di un Paese terzo in condizione di irregolarità, può essere efficacemente applicato anche all'ambito della detenzione di un richiedente asilo. In esso la Corte ha chiarito che il giudice, in sede di convalida del trattenimento, deve poter effettuare un giudizio di proporzionalità pieno, in grado di condurlo a modificare, anche d'ufficio, la misura della detenzione con altra ritenuta meno afflittiva. Significativo anche il caso *Tall* (Corte giust. sent. 17.12.2015, causa C-239/14), in cui la Corte di giustizia riconosce che il ricorso giurisdizionale deve avere effetti sospensivi *ex lege*, anche nelle ipotesi prescritte dall'art. 46.6 della direttiva "procedure", ogniqualvolta la decisione di rigetto impugnata sia suscettibile di esecuzione in grado di esporre il ricorrente a un rischio di trattamento contrario all'art. 3 Cedu.

È dunque nel contesto qui delineato del potenziale impatto del diritto a un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 Carta, rispetto all'autonomia processuale degli Stati che va apprezzata la sentenza Sacko che si va ora ad esaminare.

3. – La vicenda da cui è scaturita la sentenza della Corte è facilmente riassumibile: al signor Sacko Moussa, cittadino maliano, la commissione territoriale italiana ha negato il riconoscimento della protezione internazionale. Il giudice di primo grado, cui il sig Sacko si è rivolto a seguito del diniego, è convinto della manifesta infondatezza della richiesta d'asilo e ciò sulla base della semplice disamina degli atti processuali e del verbale di audizione reso dal richiedente dinnanzi alla commissione territoriale.

In virtù del diritto nazionale applicabile all'epoca dei fatti – l'art. 19 del d.lgs. 150/11, nel testo risultante per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. 142/2015 – al giudice è data un'alternativa nella definizione del giudizio: o procede alla decisione di merito sulla base degli elementi presenti negli atti processuali, senza previo colloquio del ricorrente, oppure, laddove evidentemente ritenga che tali atti non siano sufficienti a permettere una decisione di merito, instaura il contraddittorio, fissando l'udienza per la comparizione delle parti e potendo procedere, anche d'ufficio, agli atti di istruzione necessari.

Ebbene, il giudice del rinvio ritiene che la controversia possa essere risolta senza la previa audizione dell'interessato. Tuttavia, rileva che a livello nazionale l'orientamento giurisprudenziale maggioritario è nel senso dell'obbligatorietà dell'audizione del richiedente asilo anche in quelle ipotesi in cui il giudice sia convinto della manifesta infondatezza del ricorso. Infatti, secondo questo orientamento, il diritto a un ricorso effettivo impone al giudice (*ex art. 46.3 della dir. 32/2013/UE*) un esame completo degli elementi di fatto e di diritto. Tale previsione osterebbe a una normativa nazionale che consenta al giudice, secondo una propria valutazione discrezionale delle vicende processuali, di derogare all'instaurazione del contraddittorio.

Il giudice del rinvio interroga, dunque, la Corte al fine di sapere se effettivamente la direttiva 2013/32/UE osti a una legislazione, come quella italiana, che consenta al giudice una definizione *de plano* del relativo giudizio, allorché egli ritenga la controversia già sufficientemente matura per la decisione sulla base degli elementi in suo possesso.

4. – Il quesito formulato dal giudice italiano è stato sostanzialmente inteso tanto dall'avvocato generale quanto dalla Corte nel senso di accertare se sussista o meno un diritto

da parte del richiedente a essere sentito personalmente nella fase giurisdizionale di impugnazione del provvedimento amministrativo di rigetto circa il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale.

Preliminarmente, si deve osservare che la Corte di giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi sulla portata del diritto ad essere ascoltati, ma limitatamente alla fase del procedimento amministrativo, volto appunto ad attribuire o meno il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale e non, come nel caso di specie, in relazione alla fase giurisdizionale di impugnazione del provvedimento amministrativo (v. Corte giust., sent. 22.11.2012, Causa C-277/11, *M.M.*, sent. 9.2.2017, causa C-560/14, *M.*) In tali casi, a rilevare è stato l'art. 41 della Carta (diritto a una buona amministrazione) o più correttamente il diritto di difesa inteso come principio generale, non, invece, l'art. 47 destinato alla sola fase giurisdizionale.

Le sentenze della Corte avevano, inoltre, riguardato il peculiare sistema irlandese caratterizzato fino al 2015 da una biforcazione quanto alla fase amministrativa di accertamento della protezione internazionale: il richiedente era tenuto dapprima a chiedere l'accertamento dello *status* di rifugiato e solo successivamente quello di protezione sussidiaria. La legge irlandese applicabile all'epoca prevedeva come obbligatorio il colloquio solo per il procedimento amministrativo di accertamento dello *status* di rifugiato, non anche in quello per accertare il beneficio della protezione sussidiaria. Il giudice irlandese (dapprima la *High Court*, poi la *Supreme Court*) chiedeva appunto alla Corte di giustizia se sussistesse in capo all'amministrazione un obbligo di espletare il colloquio orale anche nel procedimento relativo alla protezione sussidiaria. La violazione di tale prescrizione avrebbe comportato l'annullamento del diniego emesso dall'amministrazione, in un contesto in cui il giudice non può statuire sul merito e dunque sull'attribuzione dello *status*.

La Corte di giustizia, all'esito di una complessa vicenda che aveva portato a ben due rinvii pregiudiziali, aveva concluso sostenendo che in un contesto, quale quello descritto della legislazione irlandese, il diritto ad essere ascoltato non poteva essere inteso come un diritto a un colloquio orale in entrambi i procedimenti. Una volta che si fosse operato il colloquio nel procedimento volto ad accertare lo *status* di rifugiato, non sarebbe stato necessario ripetere il colloquio nella fase eventuale e successiva di accertamento dello *status* di protezione sussidiaria, ben potendo il richiedente offrire negli atti introduttivi del procedimento il proprio punto di vista. Tuttavia, sosteneva la Corte, la necessità di organizzare un colloquio orale può imporsi qualora l'autorità competente non sia oggettivamente in grado, sulla base degli elementi in suo possesso o in considerazione delle condizioni personali di vulnerabilità del richiedente, di determinare con piena cognizione di causa se attribuire lo *status* di protezione sussidiaria (per un commento della vicenda *M.*, vedi M.C. Locchi, *Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti la protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese*, in questa *Rivista*, n. 2, 2017).

Come già detto, la vicenda *M.* non può ritenersi sovrapponibile a quella della causa *Sacko*: mentre in *M.* a venire in gioco è il diritto ad essere ascoltati nella fase amministrativa, nel caso *Sacko* rileva il diritto di essere ascoltati nella fase giudiziale, in un contesto, come quello italiano, in cui oggetto del giudizio non è l'eventuale annullamento della fase amministrativa, ma la statuizione nel merito sulla spettanza dello *status* di protezione internazionale.

Ciononostante, la sentenza *M.* risulta significativa dal momento che sembra escludere che la nozione del diritto ad essere ascoltato, sia pure nella fase procedimentale, vada intesa come diritto a essere ascoltato personalmente. Essa deve piuttosto essere intesa come facoltà, per l'individuo, di poter esporre in qualsiasi forma, anche scritta, le sue osservazioni prima che il provvedimento venga assunto (in questo senso, si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia relative al diritto a essere ascoltato nei procedimenti di espulsione dei cittadini di Paesi terzi: sent. 5.11.2014, causa C-166/13, *Mukarubega*; sent. 11.12.2014, causa C-249713, *Boudjlida*).

Questa posizione influenzerà in effetti l'opinione dell'avvocato generale nel caso *Sacko*. Quest'ultimo, infatti, osserva che non necessariamente il diritto ad essere ascoltati nella fase giurisdizionale si estrinseca nel diritto ad essere ascoltato personalmente. In tale fase, infatti,

sottolinea l'avvocato generale, il diritto ad essere ascoltato può essere soddisfatto sia attraverso gli scritti difensivi, sia attraverso l'acquisizione della verbalizzazione del colloquio personale avvenuto nella fase amministrativa, dovendosi quest'ultima considerare come inevitabilmente connessa alla fase giurisdizionale (vedi Conclusioni avv. gen. Sánchez-Bordona § 51-52-53)

In assenza, infatti, di un'apposita disposizione che prescriva la necessità dell'audizione personale nella fase giurisdizionale, si deve avere riguardo, osserva l'avvocato generale, all'autonomia procedurale goduta dagli Stati. Tuttavia, detta autonomia procedurale non si può spingere fino a ritenere che i legislatori nazionali siano liberi di impedire all'organo giurisdizionale di procedere a detta audizione. Soccorre qui l'art. 46.3 della direttiva "procedure" che, nel sancire che gli Stati debbano garantire un ricorso effettivo che preveda un esame completo degli elementi di fatto e di diritto della domanda, conferisce appunto all'organo giurisdizionale la facoltà di poter adottare tutti i mezzi di istruzione processuale, su richiesta o d'ufficio, che ritenga necessario per la migliore amministrazione della giustizia (vedi Conclusioni § 54).

Spetta, in definitiva, al solo giudice decidere in merito alla necessità del colloquio orale che potrà omettere allorché ritenga che gli elementi probatori in suo possesso siano già sufficienti ad assumere una decisione di manifesta infondatezza dell'impugnazione. Questa discrezionalità del giudice non può subire alcuna compressione da parte del legislatore per ragioni di celerità processuale o di ordine economico.

In definitiva, dunque, non sarebbe configurabile in capo all'individuo un diritto all'audizione individuale. Questa situazione viene tutelata in via indiretta, per così dire di riflesso, nella misura in cui il giudice ritenga che il colloquio orale sia necessario all'assolvimento dell'obbligo dell'esame completo di fatto e di diritto della domanda, obbligo funzionale alla migliore amministrazione della funzione giurisdizionale, più che a garantire un diritto dell'individuo.

5. – Il risultato pratico cui perviene la Corte non differisce da quello dell'avvocato generale. Tuttavia, le premesse concettuali da cui muove mi sembrano profondamente diverse e come si vedrà centrale diventa, nella prospettiva della Corte, proprio il richiamo all'art. 47 della Carta che comparirà nella parte dispositiva della sentenza e che invece non è richiamato dall'avvocato generale.

La Corte osserva, infatti, in primo luogo, che la direttiva "procedure" non contiene alcuna disposizione che preveda un obbligo a tenere un'udienza per l'audizione del ricorrente. Tuttavia, questa sottolineatura – che aveva condotto l'avvocato generale a ricordare come in assenza di regole del diritto dell'Unione trovi applicazione il principio di autonomia processuale degli Stati – viene ad essere, invece, immediatamente bilanciata dalla Corte di giustizia attraverso il richiamo, da un lato, all'art. 19 TUE e, dall'altro, all'art. 47 della Carta.

Tutto questo ha l'immediata conseguenza di configurare l'audizione del richiedente come parte integrante del diritto alla difesa di quest'ultimo e non già come una situazione meramente funzionale al corretto svolgimento della amministrazione della giustizia. L'assenza, infatti, di audizione del richiedente «integra una restrizione dei diritti della difesa, che fanno parte del principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito all'articolo 47 della Carta» (v. § 37 sentenza).

Tuttavia, il diritto ad essere ascoltati personalmente ai sensi del 47 non è un diritto assoluto, dice la Corte, ma può conoscere restrizioni nel rispetto del principio di proporzionalità. Detta restrizione si configura esattamente nella vicenda della causa principale ed è rappresentata dalla possibilità per il giudice di considerare non necessaria l'audizione del ricorrente allorché, sulla base delle circostanze di fatto e di diritto, rappresentate in particolare dal verbale o dalla trascrizione del colloquio personale, colloquio che deve essere necessariamente intervenuto nella fase amministrativa, il giudice non abbia alcun dubbio sulla manifesta infondatezza della domanda del richiedente. In questa ipotesi la possibilità di omettere lo svolgimento dell'udienza risponde all'interesse dello Stato e dei richiedenti a che la decisione sia presa il più rapidamente possibile.

Il diritto europeo, quindi, non impone al giudice di procedere all'audizione del ricorrente in tutti i casi; esso, però, osta a che il legislatore nazionale impedisca la sua audizione allorché il giudice consideri insufficienti le informazioni raccolte nella fase amministrativa e ritenga di dover procedere ad un esame completo della domanda.

Dunque, sebbene la decisione della Corte di giustizia e l'opinione dell'avvocato generale confluiscono nell'evidenziare la centralità del giudice relativamente alla decisione di procedere o meno all'audizione del richiedente, lanciando un severo monito a che il legislatore introduca limitazioni alla capacità dell'organo giudicante di valutare con pienezza e completezza i fatti, ai sensi del 46.3 della direttiva 32/2013/UE, vale la pena, però, di sottolineare quella che mi sembra rappresentare una profonda differenza di impostazione tra le due ricostruzioni.

La circostanza, indicata dalla Corte, per cui il richiedente asilo abbia diritto, in virtù dell'art. 47 della Carta, a un'audizione personale nella fase giurisdizionale, essendo ciò parte del suo diritto di difesa, e il fatto che tale diritto possa essere legittimamente limitato dal giudice alle sole condizioni prima esaminate (situazioni di manifesta infondatezza della domanda, espletamento necessario del colloquio personale durante la fase amministrativa e acquisizione del relativo verbale agli atti processuali, possibilità lasciata al giudice di procedere al colloquio senza limitazioni imposte dal legislatore allorché ritenuto necessario per espletare l'obbligo di un esame completo della domanda) comportano, infatti, che l'audizione del ricorrente dovrebbe essere concepita come la regola e che la decisione di non procedervi dovrebbe essere perciò sempre motivata. Al contrario, se si parte dall'impostazione fatta propria dall'avvocato generale, per cui l'audizione personale non è un diritto del richiedente, ma è una posizione di vantaggio indiretta e funzionale all'espletamento da parte del giudice del dovere di accertare pienamente i fatti di causa, il rischio è che sia la mancata audizione del richiedente a divenire la regola e a essere motivata adeguatamente sia la decisione di procedere all'audizione personale.

Questo profilo appare oggi di particolare rilievo nel contesto italiano alla luce delle modifiche apportate dal d.l. 13/2017, convertito poi dalla L. 46/2017 che, nell'introdurre un nuovo art. 35 *bis* al d.lgs. n. 25/2008, ha profondamente modificato il procedimento giurisdizionale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale. Si è infatti previsto l'uso della videoregistrazione del colloquio personale del richiedente, intervenuto nella fase amministrativa, come sostitutivo della possibilità di presenziare in udienza da parte del ricorrente. Oggi, l'udienza di comparizione delle parti è disposta dal giudice esclusivamente quando egli ritenga di dover assumere mezzi di prova (art. 35 *bis*, c. 10, lett. c), oppure quando, visionata la videoregistrazione, egli ritenga comunque necessario disporre l'audizione dell'interessato (art. 35 *bis*, c. 10, lett. a) o la ritiene indispensabile al fine di richiedere chiarimenti alle parti (lett. b). La richiesta di audizione può essere avanzata anche dall'interessato nel ricorso introduttivo e può essere disposta dal giudice allorché, sulla base delle motivazioni espresse dal richiedente, la ritenga essenziale per i fini della decisione (art. 35 *bis*, c. 11, lett. b). A ciò si aggiunga, per completezza, l'obbligo di audizione nel caso in cui non sia disponibile la videoregistrazione o allorché l'impugnazione si fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa.

Sebbene le clausole di cui sopra si richiamino a concetti quali la necessità o addirittura l'indispensabilità, non si può escluderne un'applicazione flessibile da parte del giudice, comunque nella sostanza rispettosa dei diritti di difesa del ricorrente e dell'obbligo di garantire un esame completo della domanda.

Rimane il fatto, però, che la logica perseguita da queste riforme appare non conforme all'impostazione seguita dalla Corte. Il giudice italiano, infatti, avrà l'obbligo di motivare perché ritiene di dover procedere all'audizione del ricorrente. La Corte di giustizia sembra suggerire il contrario: ad essere adeguatamente motivata semmai dovrebbe essere la ragione per cui il giudice decide di non dover procedere all'audizione, dando specificamente conto di tutte le condizioni individuate dalla Corte che giustificano tale deroga. Ciò come conseguenza del fatto di intendere la valutazione completa ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto come obbligo primariamente volto a garantire il diritto del ricorrente ad un ricorso

effettivo, *ex art. 47* della Carta, e non semplicemente una buona amministrazione della giustizia.

La legislazione italiana, invece, di fatto degrada l'audizione personale del ricorrente da diritto a mera posizione giuridica il cui soddisfacimento dipende in ultima analisi da una decisione discrezionale del giudice (vedi gli analoghi rilievi nel Parere reso dal CSM sul testo del d.l. 13/2017 nella delibera del 15.3.2017). Detta discrezionalità non è esclusa dalla Corte di giustizia, ma appunto circoscritta a precise situazioni e condizioni, a garanzia del diritto alla difesa che rimane il perno della disciplina.

In definitiva, dunque, spetterà al giudice il compito di applicare la nuova disciplina in modo conforme al diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta, così da garantire priorità ai diritti della difesa del richiedente, anziché alle esigenze di celerità nella definizione dei ricorsi, obiettivo perseguito dal legislatore italiano con la richiamata riforma.