

## **La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione**

*di Ilaria Pagni*

ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Firenze

**Abstract:** *Il processo di protezione internazionale presenta profili di grande interesse sul piano teorico (la natura autodeterminata della domanda, il rapporto tra oralità e pubblicità dell'udienza, la valorizzazione della testimonianza della parte, la calibratura dell'onere della prova, il ruolo dei poteri istruttori del giudice), oltre che, naturalmente, di estrema rilevanza sotto il profilo dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali che ne sono oggetto.*

*Dopo la ricostruzione del quadro normativo, e sulla scorta della necessaria distinzione tra la cd. Dispositionsmaxime, che fa riferimento "all'essere padroni dell'oggetto della contesa", e la cd. Verhandlungsmaxime, che riguarda invece "la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo", l'A. affronta le questioni relative al mutamento delle circostanze allegare dal richiedente nel passaggio tra la fase amministrativa e quella giurisdizionale, per poi ricostruire gli oneri di allegazione gravanti sul ricorrente, questa volta al momento della introduzione del giudizio e nello sviluppo successivo del procedimento; concludendo con l'esame delle conseguenze dell'attribuzione al giudice di poteri istruttori d'ufficio e la rilettura del rapporto tra accertamento officioso e valutazione di credibilità.*

### **1. La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale: la fase amministrativa**

Il processo di protezione internazionale presenta profili di grande interesse sul piano teorico, oltre che, naturalmente, di estrema rilevanza sotto il profilo dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali che ne sono oggetto.<sup>1</sup>

Delicato, perché riapre ancora una volta la questione del significato dell'attribuzione di poteri istruttori incisivi al giudice civile, è il tema della prova, cui si collega quello, sfuggente anche nel diritto processuale civile generale, dell'allegazione dei fatti.<sup>2</sup> Dovendo dare necessario rilievo alle condizioni culturali, materiali e psicologiche in cui versa il richiedente, e alle difficoltà di fornire le prove richieste, il legislatore ha dato ampio spazio all'iniziativa officiosa in tema di prova e immaginato regole probatorie di cui il giudice si deve fare interprete: in un processo che comunque è retto dal principio della domanda, e in cui il monopolio dell'allegazione dei fatti è dunque rimesso alle parti, sicché i poteri istruttori del giudice si devono muovere dentro una cornice data, che è quella tracciata dai fatti allegati da queste ultime.

Le prove che il giudice può disporre d'ufficio sono tutti i mezzi di prova necessari, anche se, come diremo, in realtà la prova principale è l'audizione del richiedente: una vera e propria testimonianza della parte, sul presupposto che tutti quei fatti che sono noti soltanto a quest'ultima o che, per ragioni a questa non imputabili, non si possano provare convenientemente con prove diverse dalla dichiarazione rappresentativa della parte, non possano essere considerati in giudizio

---

<sup>1</sup> A dispetto di ciò, la bibliografia non è vastissima: oltre agli autori citati nel prosieguo, e ai numeri monografici dedicati al tema in questa Rivista, si v. AA.VV., *Diritto processuale dell'immigrazione*, a cura di G. Trisorio Liuzzi e D. Dalfino, Torino, 2019; G. Carmellino, F. De Ritis, F. Barbieri, *Criticità di alcune regole processuali nei procedimenti di protezione internazionale*, in *Judicium*, 2019, 51. Sull'utilità di uno studio del tema v. V. Gaeta, *A che serve studiare la protezione internazionale?*, in *Foro it.*, 2016, V, 391 ss.

<sup>2</sup> Su cui sia consentito di rinviare al mio *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 599 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

come insussistenti.

La tutela giurisdizionale in materia è passata, dal momento della sua introduzione nel nostro ordinamento ad oggi, attraverso una serie di significative modifiche relative alla competenza e al rito applicabile, che, unitamente alla complessità degli aspetti concernenti il rapporto tra richiedente e giudice quanto all'allegazione dei fatti e alla prova dei presupposti della protezione richiesta, rendono quantomai opportuno muovere da un'analisi generale della disciplina introdotta coi D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251 e 28 gennaio 2008, n. 25 ed oggetto di ripetuti interventi normativi.<sup>3</sup>

Non entrerà nei profili organizzativi, che meritano di essere nuovamente affrontati dal legislatore in considerazione dell'elevatissimo numero di procedimenti incardinati presso i Tribunali e arrivati direttamente in Cassazione a seguito della eliminazione del grado di appello;<sup>4</sup> né tratterò dell'ammissione del patrocinio a spese dello Stato. Mi occuperò invece delle caratteristiche del giudizio, in particolare di quelle che lo stesso ha assunto a seguito dell'intervento della Cassazione nel maggio 2020, e della sua collocazione nel panorama delle forme di tutela di diritti soggettivi perfetti,<sup>5</sup> quali sono il riconoscimento dello status di rifugiato e di protezione

<sup>3</sup> Il quadro normativo è composito. Oltre che nel D. Lgs. 19 novembre 2007, n. 251, di attuazione della Direttiva 2004/83/CE, recante "norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa della protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta", e nel D. Lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, di 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", la disciplina processuale di riferimento è contenuta nel D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito in L. 13 aprile 2017, n. 46, che ha istituito, presso i tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello, le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, prevedendo che le controversie vengano trattate con rito camerale e con competenza collegiale (dopo che il D. Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, recante "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69", aveva previsto invece che le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, fossero regolate dal rito sommario di cognizione). La disciplina è stata incisa anche dai cd. decreti sicurezza (D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, e D.L. 14 giugno 2019, n. 539), su cui è intervenuto da ultimo il D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con L. 18 dicembre 2020, n. 173.

<sup>4</sup> Sull'incremento del contenzioso dinanzi alla Corte di cassazione conseguente all'eliminazione dell'appello nei confronti del provvedimento reso all'esito del primo grado di giudizio, v. i timori espressi dal CSM nel parere reso con delibera del 15 marzo 2017, in *Foro it.*, 2017, III, 351 ss., con commento di G. Grasso, *Linee guida in tema di procedimenti relativi alla protezione internazionale*; e i dati statistici citati dal primo presidente della Corte di cassazione nella relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018 presentata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019 (in *Foro it.*, 2019, V, 168 ss., spec. 173), che hanno rilevato un aumento del 512,4 per cento del numero dei ricorsi per cassazione proposti nel corso del 2018 rispetto a quelli introdotti nel 2017.

<sup>5</sup> Diritti soggettivi perfetti che sostanziano il diritto di asilo di cui all'art. 10, 3° comma, Cost. Sul punto, le Sezioni Unite hanno ribadito che "... il diritto alla protezione umanitaria ha, al pari del diritto allo status di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica" (Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2018, n. 30658).

Come osserva A. Proto Pisani, *In tema di protezione internazionale dello straniero*, in *Foro it.* 2010, I, 3043, con riferimento a tali diritti la previsione di una doppia fase, la prima amministrativa, la seconda giurisdizionale, non costituisce nulla di eccezionale nel nostro ordinamento, se si

sussidiaria, cui si aggiunge, con alterne vicende,<sup>6</sup> la “protezione umanitaria”.

La pronuncia della Cassazione cui facevo cenno, nel prendere posizione nel dibattito interno alla giurisprudenza di legittimità sul giudizio in materia di protezione internazionale, ha infatti introdotto nel complicato disegno delle previsioni processuali in materia elementi che suggeriscono all’interprete una riflessione ulteriore su un procedimento dai caratteri così peculiari quale quello in esame.

Il giudizio – che dal 2017 si svolge dinanzi alle sezioni specializzate istituite dal D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito in L. 13 aprile 2017, n. 46<sup>7</sup> - è preceduto da una fase di natura amministrativa, nella quale i diritti dei richiedenti sono portati dinanzi alle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, organi giustiziali inquadrati nella pubblica amministrazione,<sup>8</sup> per quella che è stata ritenuta una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.<sup>9</sup>

pensa alle ordinanze irrogatrici di sanzioni amministrative ai sensi della l. 689/81, o ai procedimenti amministrativi preliminari in materia di controversie di previdenza e assistenza obbligatoria previsti dall’art. 443 c.p.c., ciò a patto che la durata della fase amministrativa sia ragionevole, e che a seguito della «impugnazione» davanti al tribunale, si abbia devoluzione piena e automatica del diritto alla protezione, senza limitazione alcuna ai motivi di censura.

<sup>6</sup> Figura, quest’ultima, che consentiva agli stranieri richiedenti asilo, che non rientrano nelle fattispecie previste dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e sul diritto alla protezione internazionale, di ottenere comunque un permesso di soggiorno se per ragioni umanitarie non fosse giusto disporre il rimpatrio, e che era stata fortemente ridimensionata dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, con cui erano state riportate entro ipotesi tipiche le fattispecie che garantivano l’accesso alla figura residuale di protezione.

La L. 18 dicembre 2020, n. 173, di conversione del D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, è intervenuta sull’abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari voluta nel 2018, e, pur senza reintrodurre o nominare il permesso per motivi umanitari, di fatto ha reintrodotta la stessa discrezionalità che era prevista prima dell’intervento del D.L. 113/2018, consentendo la concessione della protezione quando ragioni umanitarie lo impongano, modificando l’art. 5 comma 6 TUI, restringendo il potere di rifiuto o revoca del permesso di soggiorno al richiedente, quando ciò sia incompatibile con gli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato Italiano e imponendo di tenere conto dell’esistenza, nello Stato di origine del richiedente, di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani.

Sulla sovrapposibilità tra le discipline, v. la Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 20 novembre 2020. A commento del D.L. n. 130/2020, v. C. De Chiara, Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni, in *Questione giustizia*, 9 dicembre 2020; M.C. Contini, Le novità del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, in *ForoNews*, 2 novembre 2020.

Sul tema v. anche C. Favilli, Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull’abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, in *Riv. dir. int.*, 2019, 164 ss.

<sup>7</sup> Su cui v. A.D. De Santis, Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti: un’analisi critica, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1219-1224; G. Buffone, C. Favilli, S. Mezzacapo, A. Cisterna, Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale (commento al d.l. 17 febbraio 2017 n. 13), *Guida al dir.*, 2017, fasc. 12, 14 ss. V. inoltre G. Finocchiaro, D.l. immigrazione in G.U.: un intervento eminentemente «giudiziario» e «processuale», in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 21 febbraio 2017; Id., Convertito in legge il d.l. immigrazione: poche modifiche, ma molti dubbi, *ivi*, 25 aprile 2017.

<sup>8</sup> Insiadate presso le prefetture - uffici territoriali del Governo che forniscono il necessario supporto organizzativo e logistico, con il coordinamento del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’interno.

<sup>9</sup> La giurisprudenza che si è pronunciata sotto la vigenza dell’art. 1 ter D.L. 30 dicembre 1989, n. 416, ha chiarito che la cognizione del giudice interviene solo a conclusione dell’espletamento dell’iter amministrativo che il richiedente deve necessariamente percorrere e dunque solo in sede di opposizione avverso l’eventuale provvedimento di rigetto. In questa prospettiva, la Corte ha inoltre precisato che, in assenza di una legge organica sull’asilo politico che, in attuazione del dettato costituzionale, ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e di concessione, il diritto di asilo può intendersi soltanto come diritto di accedere nel

La stretta connessione tra la procedura amministrativa e la fase giurisdizionale è stata sottolineata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento alla necessità o meno dell'audizione del richiedente la protezione internazionale: la Corte ha affermato, infatti, che il "diritto al colloquio" non dev'essere garantito in ogni fase della procedura, ma è sufficiente che lo sia in una fase, che potrà essere anche soltanto quella amministrativa.<sup>10</sup> Sul punto tornerò più avanti.

La domanda, che dev'essere presentata presso l'ufficio di polizia di frontiera all'atto dell'ingresso nel territorio nazionale o presso l'ufficio della questura competente in base al luogo di dimora del richiedente secondo le procedure previste dal D. Lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, è diretta ad acquisire lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, ovvero lo status che può ottenere colui che non possiede i requisiti per il primo (è "rifugiato" chi, per il fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, non può avvalersi della protezione del Paese di origine o nel quale aveva precedentemente la dimora abituale), ma nei cui confronti esistono fondati motivi di ritenere che, se tornasse indietro, correrebbe un rischio effettivo di subire uno dei gravi danni di cui all'art. 14 D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251, ossia la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte, la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, oppure la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

In alternativa, è possibile ottenere una terza forma di protezione, per le situazioni vulnerabili da proteggere alla luce degli obblighi costituzionali e internazionali gravanti sullo Stato italiano.<sup>11</sup>

Dinanzi alle Commissioni territoriali è prevista l'audizione dell'interessato e la videoregistrazione del colloquio (che oggi, in assenza delle specifiche tecniche, è surrogata dal verbale), da trascriversi in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale. La Commissione territoriale può omettere l'audizione del richiedente quando ritenga di avere sufficienti motivi per accogliere la domanda di riconoscimento dello status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, ed in tutti i casi in cui risulti certificata l'incapacità o l'impossibilità di sostenere un colloquio personale. In tal caso, la Commissione prima di adottare la decisione comunica all'interessato che ha facoltà di chiedere, entro tre giorni dalla comunicazione, di essere ammesso al colloquio e che in mancanza di tale richiesta adotterà la propria decisione. Il comma 6 bis dell'art. 14 D.Lgs. 25/2008 consente al richiedente di formulare istanza motivata di non avvalersi del supporto della registrazione: sull'istanza decide la Commissione territoriale con provvedimento non impugnabile.

## **2. Segue. Il processo dinanzi alle sezioni specializzate. L'udienza e l'audizione del richiedente**

Una volta che la Commissione si sia pronunciata sulla domanda di protezione internazionale, in caso di diniego anche solo parziale si apre la fase giurisdizionale, nella quale il cittadino straniero, diversamente dal procedimento amministrativo per il quale la difesa tecnica è meramente eventuale, è necessariamente assistito da un avvocato ed è ammesso al gratuito patrocinio ove ricorrano le condizioni previste

---

territorio dello stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato politico: cfr. Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2006, n. 18353, in Nuova giur. civ., 2007, I, 605; Cass. civ., sez. I, 01 settembre 2006, n. 18940, in Giust. civ., 2007, I, 619.

<sup>10</sup> Così la sentenza della Corte di giustizia UE del 6 luglio 2020, C-517/17, *Milkiyas Addis*.

<sup>11</sup> V. retro, alla nota 6.

dal DPR 30 maggio 2002, n. 115 (art. 16 D. Lgs. 25/2008).

Sebbene il legislatore utilizzi il termine “impugnazione”, è pacifico che non di una impugnazione si tratti ma di un esame ex novo della domanda, il cui oggetto non è il provvedimento negativo ma il diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata: del resto, l’organo amministrativo che ha reso la decisione è parte del giudizio, il che sarebbe contraddittorio con la natura impugnatoria del procedimento dinanzi al tribunale.<sup>12</sup> Il fatto che si tratti di un giudizio sul rapporto, e non sull’atto, è dirimente per risolvere le questioni relative al mutamento delle circostanze allegiate dal richiedente nel passaggio tra una fase e l’altra. Anche su questo tornerò più avanti.

Il procedimento, disciplinato dall’art. 35 bis del D. Lgs. 25/2008, è trattato in camera di consiglio dalla Sezione specializzata istituita presso il tribunale del luogo della sede della Corte d’appello ove è situata la commissione territoriale che si è pronunciata sulla richiesta. Le principali criticità del procedimento sono state ravvisate nella soppressione di un secondo grado di merito e nella previsione, almeno tendenziale, di un contraddittorio meramente scritto tra le parti. Il ricorso al rito camerale da parte del legislatore è un ulteriore elemento da tenere presente nella ricostruzione degli oneri di allegazione gravanti sul ricorrente, questa volta al momento della introduzione del giudizio e nello sviluppo successivo.

Per superare perplessità che erano sorte in precedenza, è previsto che il deposito del ricorso produca l’effetto sospensivo automatico dell’efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo, tranne in una serie di ipotesi nelle quali la sospensione può essere concessa con decreto motivato reso in esito ad un sub-procedimento previsto dal quarto comma dell’art. 35 bis DLgs. 25/2008.

Dinanzi al tribunale l’udienza non è prevista come incombente necessario:<sup>13</sup> il processo è a contraddittorio scritto e a udienza eventuale. L’udienza è fissata “esclusivamente” (comma 10 dell’art. 35 bis) quando il giudice, visionata la videoregistrazione del colloquio del richiedente la protezione, ritenga necessario

<sup>12</sup> Secondo l’orientamento consolidato della Corte di Cassazione, il giudizio non ha per oggetto l’impugnazione del provvedimento di diniego da parte della Commissione territoriale, ma il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata: ex multis, Cass. civ., sez. I, 9 luglio 2019, n. 18440, in Foro it., Rep. 2019, voce Straniero, 285; Cass. civ., sez. VI-1, 22 marzo 2017, n. 7385, ivi, Rep. 2017, voce cit., 132; Cass. civ., sez. VI-1, 08 giugno 2016, n. 11754; Cass. civ., sez. VI-1, 3 settembre 2014, n. 18632, ivi, Rep. 2014, voce cit., 85.

<sup>13</sup> Nella relazione illustrativa al D.L. 13/2017 si chiarisce che, poiché i tempi dilatati del procedimento, non ancora in linea con gli standard europei e comunque non compatibili con le ragioni di urgenza che sottendono alla materia, sarebbero da ascrivere, in buona parte, al periodo che decorre tra il deposito del ricorso e la prima udienza, è stato introdotto un rito che prevede una udienza soltanto eventuale. Il che riapre il dibattito, mai sopito, della necessità o meno dell’udienza, su cui sia consentito rinviare al mio *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l’emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell’udienza*, in *Judicium*.

Sulla ritenuta legittimità costituzionale della previsione, sul presupposto che “il procedimento camerale, da sempre impiegato anche per la trattazione di controversie su diritti e status, sia idoneo a garantire l’adeguato dispiegarsi del contraddittorio con riguardo al riconoscimento della protezione internazionale, neppure potendo riconoscersi rilievo all’eventualità della soppressione dell’udienza di comparizione, sia perché essa è circoscritta a particolari frangenti nei quali la celebrazione dell’udienza si risolverebbe in un superfluo adempimento, tenuto conto dell’attività in precedenza svolta, sia perché il contraddittorio è comunque pienamente garantito dal deposito di difese scritte”, v. Cass. civ., sez. VI, 6 novembre 2018, n. 28205, e Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2018, n. 17717, in Foro it., 2019, I, 212, con commento di F. Del Rosso, *Sul rapporto intercorrente tra la videoregistrazione del colloquio del richiedente e la fissazione dell’udienza nel rito camerale speciale in materia di protezione internazionale*. Sul tema v. anche A. D. De Santis, *L’eliminazione dell’udienza (e dell’audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, 206 ss.

disporre l'audizione dell'interessato; ritenga indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; intenda disporre consulenza tecnica oppure, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova.

L'udienza è inoltre disposta (comma 11 dell'art. 35 bis) quando la videoregistrazione non sia disponibile (ovvero, ad oggi, sempre, dato che mancano le specifiche tecniche per l'attuazione della forma della videoregistrazione); quando l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; o, infine, quando l'"impugnazione" si fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado.

In mancanza della videoregistrazione, l'udienza dev'essere necessariamente fissata, senza che il giudice disponga di alcun potere discrezionale in proposito.<sup>14</sup> Per la diversa ipotesi in cui sia l'interessato a richiedere l'udienza, questa dev'essere sì disposta (anche questo caso, infatti, è regolato dal verbo all'indicativo), ma si prevede che il giudice possa, specificamente replicando alle motivazioni addotte dal ricorrente, escludere l'essenzialità dell'udienza ai fini della decisione.

Ciò diversamente da quanto previsto nel processo tributario, in cui l'art. 33, 1° comma, D. Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, subordina la trattazione con difesa orale in pubblica udienza del processo tributario alla sola istanza di almeno una delle parti, e la giurisprudenza reputa che il rifiuto, da parte del giudice, di discutere la causa in pubblica udienza in presenza dell'istanza (che non dev'essere motivata) violi il diritto di difesa e comporti la nullità di tutti gli atti successivi, ivi compresa la sentenza.<sup>15</sup> Il che è ritenuto sufficiente ad escludere, per la Corte costituzionale, qualsiasi contrasto con gli artt. 24, 2° comma, e 101 Cost.<sup>16</sup>

A regime (una volta cioè che sarà data attuazione al sistema della videoregistrazione), data la delicatezza della materia trattata e i valori in gioco, anche alla luce del modo in cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha inteso l'art. 6, par. 1, della CEDU,<sup>17</sup> l'opzione per la trattazione scritta dovrebbe comunque essere residuale, nonostante la sottolineatura normativa della preferenza per quest'ultima, che si legge nell'avverbio "esclusivamente" di cui al comma 10 dell'art. 35 bis.

<sup>14</sup> Nel senso che in mancanza della videoregistrazione l'udienza debba essere fissata senza che il giudice disponga di alcun potere discrezionale in proposito, perché questo non soltanto è reso palese dalla lettera della disposizione, in ragione dell'uso dell'indicativo nella locuzione "L'udienza è altresì disposta...", ma, inoltre, dal raffronto tra l'ipotesi di cui al comma 10 e quelle indicate dal comma 11, v., oltre a Cass. civ. n. 17717/72018, cit., Cass. civ., 8 maggio 2019, n. 12065.

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. trib., 11 maggio 2009, n. 10678, in *Corr. Trib.*, 2009, 25, 2049 ss.

<sup>16</sup> Secondo Corte cost., 23 aprile 1998, n. 141, in *Foro it.*, 1999, I, 767, infatti, l'illegittimità della norma dev'essere esclusa per il fatto che per la trattazione in pubblica udienza è sufficiente l'istanza di una delle parti, sicché può dirsi che i due riti, in pubblica udienza e in camera di consiglio, coesistono in rapporto di alternatività.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 novembre 2018, nn. 55391/13 e a., Ramos Nunes de Carvalho e Sá. c. Portogallo; Miller c. Svezia, 8 febbraio 2005, n. 55853/00; 23 novembre 2006, n. 73053/01, Jussila c. Governo Finlandia. Come ricordato nella pronuncia 4 marzo 2014, n. 18640/10, Grande Stevens e altri c. Italia, l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto: l'art. 6 non esige necessariamente lo svolgimento di una udienza in tutte le procedure, soprattutto nelle cause che non sollevano questioni di credibilità o non suscitano controversie su fatti che rendono necessario un confronto orale, e nell'ambito delle quali i giudici possono pronunciarsi in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo.

Udienza e audizione del richiedente la protezione non sono la stessa cosa.<sup>18</sup>

Nella giurisprudenza della Cassazione, che fa leva sull'orientamento della Corte di Giustizia espresso con la pronuncia C-348 del 26 luglio 2017, Moussa Sacko,<sup>19</sup> l'obbligo di fissare l'udienza di comparizione non comporta la necessità dell'audizione del ricorrente, essendo ritenuto sufficiente il primo adempimento.<sup>20</sup> E, come ricordato nel sottolineare la stretta connessione che viene ravvisata tra la procedura amministrativa e la fase giurisdizionale, è insegnamento della Corte di Giustizia anche che basti che il "diritto al colloquio" sia assicurato in una fase, che potrà essere anche soltanto quella amministrativa.<sup>21</sup> Tuttavia le dichiarazioni rese nell'audizione dinanzi alla commissione territoriale, anche se devono ritenersi soggette alle stesse regole di valutazione, si presentano come una diversa fonte di prova, non potendo essere integralmente assimilate all'audizione, svolta in udienza con l'assistenza dell'avvocato e ad opera di un giudice terzo e imparziale.<sup>22</sup>

L'orientamento per cui, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla commissione territoriale, l'obbligo di fissare l'udienza, a pena di nullità, non implica l'automatica necessità di dar corso all'audizione, è stato di recente riletto dalla Cassazione a seguito di una serie di ordinanze rese ex artt. 380 bis e 380 bis 1 c.p.c. che hanno sollecitato, in funzione nomofilattica, la decisione della que-

<sup>18</sup> In argomento, con accenti diversi, v. G. Federico, Comparizione delle parti e audizione del ricorrente; L. Sangiovanni, Comparizione delle parti e audizione del ricorrente nel giudizio di merito; G. Savio, È configurabile un obbligo processuale sanzionabile di procedere all'audizione personale del richiedente, oltre a quello relativo alla comparizione delle parti?, tutti in *Questione giustizia*, Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione, 3/2020.

<sup>19</sup> Secondo cui la "(I)a 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, e in particolare i suoi artt. 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'art. 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, 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'art. 14 di detta 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'art. 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, 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'art. 46, paragrafo 3, di tale direttiva".

<sup>20</sup> Cass. civ., 17717/2018, cit.

Sul punto la Corte è ulteriormente intervenuta precisando che il giudice può esimersi dall'audizione del richiedente qualora a questi sia garantita la facoltà di rendere le proprie dichiarazioni davanti alla commissione territoriale e sia disponibile il verbale ovvero la trascrizione del colloquio, oppure quando la domanda di protezione internazionale risulti manifestamente infondata sulla sola base degli elementi di prova desumibili dal fascicolo e di quelli emersi attraverso l'audizione o la videoregistrazione svoltesi nella fase amministrativa: Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2019, n. 5973, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Straniero*, 275. Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2020, n. 15954, *ivi*, Rep. 2020, voce *cit.*, 163, ha chiarito altresì la nullità del provvedimento del giudice di merito che, in assenza della videoregistrazione del colloquio del richiedente innanzi alla commissione territoriale, fissi l'udienza di comparizione escludendo, in via preventiva, la necessità di procedere all'audizione del cittadino straniero, è una nullità relativa, soggetta all'art. 157, 2° comma, c.p.c., dovendosi, in difetto di eccezione, ritenere integrata la sanatoria del vizio.

<sup>21</sup> CGUE 6 luglio 2020, C-517/17, *Milkiyas Addis*, cit.

<sup>22</sup> L. Minniti, La valutazione di credibilità come strumento di valutazione della prova dichiarativa. Ragioni e conseguenze, in *Questione Giustizia*, 3/2020, cit., 25.

stione in pubblica udienza. La Corte ha così precisato che l'audizione dev'essere comunque disposta quando: a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda (sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti);<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

Se pure dunque la Cassazione aveva affermato, in altra occasione, che “la generale cameralizzazione del rito nella materia della protezione internazionale, unitamente alla previsione di un solo grado di merito, pur trovando la propria ragione nelle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio, non può comportare una compressione del diritto della persona ad essere sentita dal “suo” giudice”, diritto che “è da ritenersi inerente all'essenza stessa della tutela giurisdizionale in uno Stato democratico”,<sup>25</sup> certo è, alla luce della giurisprudenza interna e eurounitaria appena ricordata, e nonostante la ratio ne sia il principio di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale affermato negli artt. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea e 24 della Costituzione, che si tratta di un diritto dai caratteri piuttosto sfuggenti, che richiedono una ulteriore messa a punto.

Dovrà essere perciò il giudice, vista la centralità del colloquio con il richiedente,<sup>26</sup> a saper far uso di particolare misura nel determinare i casi – che dovrebbero costituire pressoché la regola - in cui l'audizione personale è necessaria, e poi nel distinguere, tra essi, quelli in cui l'ascolto richiede che l'audizione avvenga in sede giudiziale, in modo da consentire le domande di chiarimento formulate dal giudice e la diretta raccolta delle risposte,<sup>27</sup> e quelli – necessariamente residuali - in cui sia sufficiente l'acquisizione agli atti del giudizio della videoregistrazione del colloquio svoltosi innanzi la Commissione territoriale, quando sarà operativa, ed oggi, in ogni caso, del verbale dell'audizione (ricorso al verbale che pone problemi ancora diversi, per l'importanza che si è soliti dare, a ragione o a torto,<sup>28</sup> all'esigenza di valorizzare nell'istruttoria elementi metatestuali come il tono della voce, l'espressione, la mimica del dichiarante).

<sup>23</sup> Per una riflessione sugli effetti della allegazione, da parte del richiedente, di fatti nuovi, rispetto a quelli emersi nella fase amministrativa, o rispetto a quelli allegati nel ricorso introduttivo del giudizio dinanzi al tribunale, v. M. Flamini, Il dovere di cooperazione istruttoria nel procedimento di protezione internazionale, in *Questione Giustizia*, 3/2020, cit., 50.

<sup>24</sup> Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2020, n. 21584, con commento di C. Pratesi, L'audizione del richiedente asilo in fase giurisdizionale, in *Questione Giustizia*, 9 dicembre 2020.

<sup>25</sup> Cass. civ., 20 maggio 2020, n. 9228.

<sup>26</sup> Su cui v. le considerazioni di L. Breggia, Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 395 ss., spec. 402-403. V. anche Ead., L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza, in *Questione Giustizia*, 2/2018, 193 ss.

<sup>27</sup> Come osserva L. Minniti, La valutazione di credibilità, cit., 32-33, l'audizione ad opera del giudice presenta alcune esclusive peculiarità: essa muove da una storia già articolata ed esaminata, risente dei motivi del diniego totale o parziale pronunciato dalla Commissione. Il giudice, anche nel caso della testimonianza del terzo, non è un mero registratore passivo di quanto dichiarato dal testimone, ma un soggetto attivo e partecipe dell'escussione testimoniale. A maggior ragione nel caso del richiedente la protezione internazionale, in cui il giudice deve fornire orientamenti adeguati al richiedente e ricorrere a domande idonee ad ottenere tutti gli elementi significativi, cosa che può fare solo rinnovando l'audizione.

<sup>28</sup> Esigenza sulla quale si interroga B. Cavallone, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chioventa)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss.

Nello stabilire confini e contenuti di questo “diritto ad essere sentito dal proprio giudice” non si potrà prescindere dal rilievo, corretto,<sup>29</sup> che l’audizione del ricorrente non è un obbligo processuale volto a garantire il contraddittorio (funzione cui è destinata piuttosto l’udienza), ma costituisce una particolare attività istruttoria del giudizio di protezione internazionale quale esplicazione del dovere di cooperazione istruttoria di cui adesso si dirà.

### **3. Segue. Allegazione dei fatti, istruttoria e decisione. L’impugnazione e la soppressione del secondo grado di merito**

L’art. 3 del D.Lgs. 251/2007, al comma 1, prevede che il richiedente sia tenuto a presentare, unitamente alla domanda, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la domanda.

Come rilevato dalla Cassazione, “il ricorso al tribunale costituisce atto introduttivo di un giudizio civile, retto dal principio dispositivo: principio che, se nella materia della protezione internazionale viene derogato dalle speciali regole di cui al cit. D.L.vo n. 251 del 2007, art. 3 e all’art. 8, D.L.vo 28 gennaio 2008, n. 25, che prevedono particolari poteri-doveri istruttori (anche) del giudice, non trova però alcuna deroga quanto alla necessità che la domanda su cui il giudice deve pronunciarsi corrisponda a quella individuabile in base alle allegazioni dell’attore”, cosicchè “i fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale devono necessariamente essere indicati dal richiedente, pena l’impossibilità per il giudice di introdurli in giudizio d’ufficio, secondo la regola generale”.<sup>30</sup>

Se l’affermazione è corretta, il riferimento a possibili deroghe al “principio dispositivo” tanto per i poteri istruttori del giudice quanto per l’allegazione dei fatti, pur se ricorrente, è equivoco: com’è noto, un conto è ciò che ha riguardo alla disposizione del diritto sostanziale e alla sua tutela, altro conto è il principio dispositivo – ma sarebbe meglio parlare di principio della disponibilità delle prove – che è principio di mera tecnica processuale che niente ha a che fare col principio della domanda e col correlato principio del divieto di utilizzazione del sapere privato, che è quel che fa divieto al giudice di allegare d’ufficio al giudizio fatti non notori che non emergano dagli atti del giudizio.<sup>31</sup> L’art. 3 D.Lgs. 251/2007 e l’art. 8 D. Lgs. 25/2008 costituiscono il cardine del sistema di attenuazione del principio dispositivo che caratterizza l’accertamento giudiziale delle domande di protezione internazionale: un sistema in cui ai poteri istruttori del giudice si affianca la possibilità di utilizzare la parte come fonte di prova.

L’iniziativa probatoria del giudice è ribadita dal richiamo al rito camerale speciale previsto per la protezione internazionale dall’art. 35 bis D. Lgs. 25/2008, col conseguente rimando all’art. 738, terzo comma, c.p.c., che prevede il potere del giudice di assumere informazioni: un potere che, tuttavia, nei procedimenti non

<sup>29</sup> L. Sangiovanni, Comparizione delle parti, cit., 80.

<sup>30</sup> Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13097; Cass. civ., sez. VI, 22 marzo 2017, n. 7385, in Foro it., Rep. 2017, voce Straniero, 132; Cass. civ., sez. VI, 28 settembre 2015, n. 19197, ivi, Rep. 2015, voce cit., 73.

<sup>31</sup> La distinzione tra la cd. Dispositionsmaxime, che fa riferimento “all’essere padroni dell’oggetto della contesa”, e la cd. Verhandlungsmaxime, che riguarda invece “la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo”, si deve, com’è noto, a T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, in Studi in onore di Enrico Redenti, Milano, 1951, II, 726. Nel riprendere quella distinzione, M. Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità, Milano, 1962, 310 ss., sottolinea i punti di dissenso rispetto alla commistione, nella seconda, tra la deduzione probatoria e l’allegazione dei fatti giuridici, appartenente quest’ultima al momento della disposizione (della tutela) del diritto, e la prima soltanto, invece, alla pura e semplice tecnica processuale.

instaurati d'ufficio quale è quello di protezione internazionale, non significa che il giudice pronunzi *ultra petita* o che investighi di propria iniziativa su fatti o circostanze di cui gli interessati non si siano dati carico nelle loro allegazioni.<sup>32</sup> L'art. 35 bis, quinto comma, prevede anche che gli atti siano comunicati al Pubblico ministero, il quale dovrebbe stendere le proprie conclusioni rilevando eventuali cause ostative al riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, ma di fatto in questi giudizi, salvo eccezioni, il P.M. tendenzialmente rimane inerte.

L'esame è svolto in cooperazione col richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda.

La dichiarazione del richiedente, in assenza di altre prove, è considerata vera in presenza di particolari condizioni. La norma cardine del giudizio di valutazione della credibilità del richiedente è contenuta nel comma 5 dell'art. 3 D. Lgs. 251/2007: le circostanze e i fatti allegati dal cittadino straniero, qualora non siano suffragati da altra prova, possono essere ritenuti credibili se superano una valutazione di affidabilità fondata su criteri legali tutti incentrati sulla verifica della buona fede soggettiva nella proposizione della domanda, alla luce della sua tempestività, della completezza delle informazioni disponibili, dall'assenza di strumentalità e dalla tendenziale plausibilità logica delle dichiarazioni, valutabile non solo dal punto di vista della coerenza intrinseca ma anche sotto il profilo della corrispondenza della situazione descritta con le condizioni oggettive del paese. Si tratta, di conseguenza, di uno scrutinio fondato su parametri normativi tipizzati e non sostituibili che impongono una valutazione d'insieme della credibilità del cittadino straniero, fondata su un esame comparativo e complessivo degli elementi di affidabilità e di quelli viceversa critici.<sup>33</sup>

All'art. 8, comma 3, D. Lgs. 25/2008, richiamato dal comma 9 dell'art. 35 bis per la decisione del giudice, si prevede il dovere di cooperazione istruttoria:<sup>34</sup> ciascuna domanda è esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'UNHCR, dall'EASO, dal Ministero degli affari esteri anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale, o comunque acquisite dalla Commissione stessa.

Si arriva così alla decisione. Il Tribunale decide entro quattro mesi dalla presentazione del ricorso, sulla base degli elementi esistenti al momento della decisione, con decreto non reclamabile, ma contro il quale può essere proposto ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione del decreto a cura della cancelleria.

La Corte, nel caso di decreto di rigetto della domanda del richiedente, decide sulla impugnazione entro sei mesi dal deposito del ricorso,<sup>35</sup> ma è previsto, più in generale, che la controversia sia trattata in ogni grado in via di urgenza.

La soppressione del secondo grado di merito impedisce che vi sia un giudice che possa, su richiesta di parte, riesaminare in maniera piena tutte le questioni di fatto, e non solo quelle di diritto, che sono alla base del provvedimento impugnato. E

---

<sup>32</sup> M.G. Civinini, I procedimenti in camera di consiglio, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1994, 184.

<sup>33</sup> Così Cass. civ., sez. VI, 4 aprile 2013, n. 8282.

<sup>34</sup> Sulla portata del dovere di cooperazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia, v. M. Flamini, *Il dovere di cooperazione istruttoria*, cit., 44 ss.

<sup>35</sup> La logica dell'accelerazione è la stessa che aveva ispirato il cd. rito Fornero, dove però nell'art 1, comma 63, della L. 28 giugno 2012, n. 92, si prevedeva soltanto che nei sei mesi dalla proposizione del ricorso la Corte fissasse l'udienza di discussione della causa, non necessariamente decidesse la controversia.

ciò, nonostante la mancata costituzionalizzazione dell'appello, dovrebbe suggerire comunque alla Corte costituzionale – visto che gli artt. 24 e 111 Cost. debbono essere intesi come volti a garantire un controllo pieno anche sulle questioni di fatto<sup>36</sup> - di dichiarare l'illegittimità costituzionale della previsione che ha escluso la reclamabilità del provvedimento.

#### **4. I profili processuali affrontati dall'ordinanza della Cassazione 12 maggio 2020, n. 8819**

Tra le questioni più delicate che si pongono in materia di protezione internazionale vi è quella del rapporto che corre tra valutazione di credibilità e dovere di cooperazione istruttoria, consistente, come si è detto, nell'acquisizione di COI ("Country of Origin Information") pertinenti e aggiornate al momento della decisione, o comunque ad epoca ad essa prossima, da richiedersi agli enti preposti.

Su questo tema è intervenuta la sentenza della Corte di Cassazione della terza sezione 12 maggio 2020, n. 8819, che ha affrontato anche l'ulteriore questione – non meno rilevante, sotto il profilo dell'effettività della tutela, e collegata all'altra per il tramite del profilo della allegazione dei fatti, che gioca un ruolo, sia pur diverso, rispetto ad entrambe - della natura dei diritti fatti valere con la domanda di protezione internazionale. Domanda, che viene qualificata come autodeterminata, sottolineando, la Corte, come non abbia importanza l'indicazione precisa del nomen iuris del tipo di protezione invocata, né l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché la limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta quando i fatti allegati nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata.<sup>37</sup>

Sempre ad avviso della Cassazione, sebbene i presupposti necessari al riconoscimento della protezione umanitaria debbano essere individuati autonomamente rispetto a quelli previsti per le due protezioni maggiori (quella di rifugiato e quella sussidiaria), non essendo tra loro sovrapponibili, tuttavia i fatti storici posti a fondamento della prima ben possono essere gli stessi già allegati per le seconde, spettando poi al giudice di qualificare i fatti ai fini della riconduzione all'una o all'altra forma di protezione.

Iniziando dall'aspetto della natura autodeterminata della domanda, non vi è dubbio che diritti e status familiari, diritti della personalità, e status civitatis siano unici per ciascuna delle posizioni in cui consistono e che richiedano, per questo, un trattamento processuale identico a quello che si segue per il diritto di proprietà.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> In questo senso, sia pure con riferimento alle ipotesi, diverse da quella in esame, in cui la soppressione del reclamo o dell'appello si accompagna alla mancata previsione del ricorso per cassazione, cui la Cassazione allora supplisce con il richiamo all'art. 111, settimo comma, Cost., A. Proto Pisani, Brevi note sulle conseguenze dell'applicazione «diretta» dell'art. 111, comma 2° e poi 7°, Cost. e prospettive per assicurare la garanzia dell'impugnazione, a costituzione invariata, in Riv. dir. proc. 2020, 1192 ss.

<sup>37</sup> Sui caratteri della domanda di protezione internazionale, v. M. Flamini, Il dovere di cooperazione istruttoria, cit., 48. Nel senso che "non è onere del richiedente fornire una precisa qualificazione giuridica della tipologia di misura di protezione invocata, ma è onere del giudice, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 8, 3° comma, d.leg. 28 gennaio 2008 n. 25, verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente e astrattamente sussumibile in entrambe le tipologie tipizzate di rischio, sia effettivamente sussistente nel paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione", Cass. civ., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 14998, in Foro it., Rep. 2015, voce Straniero, n. 81.

<sup>38</sup> A. Cerino Canova, La domanda giudiziale e il suo contenuto, Torino, 1980, 178; C. Consolo, voce Domanda giudiziale, in Dig. Disc. Priv., Torino, 1991, 72; S. Menchini, I limiti oggettivi del giudicato

L'individuazione del diritto e della domanda, attraverso il solo contenuto ed i soggetti, senza riferimento ai fatti costitutivi che individuano il diritto nei cd. diritti eterodeterminati, in questi casi si giustifica appunto con l'unicità e irripetibilità della medesima situazione sostanziale: come si insegna, *amplius quam semel res mea esse non potest*,<sup>39</sup> e questo principio, predicato con riguardo ai diritti reali, vale anche per gli status, per l'individuazione dei quali non rileva la ragione del loro costituirsi, come avviene anche per la proprietà e per gli altri diritti reali di godimento. Il problema che potrebbe nascere, sotto il profilo della natura auto o eterodeterminata della domanda, se si attribuisse natura costitutiva alle pronunce in materia, è evitato dal fatto che si reputa che il processo di protezione internazionale non costituisca status, ma riconosca situazioni giuridiche preesistenti e che perciò la pronuncia che lo conclude sia di mero accertamento.

Ciò non toglie che siano necessarie alcune precisazioni, perché, in materia di protezione internazionale, lo status di cui si discute non è unico, come è invece lo status civitatis: il D. Lgs. 251/2007 contempla, infatti, status diversi (lo status di rifugiato, art. 2, comma 1, lett. f), e lo status di protezione sussidiaria, art. 2, comma 1, lett. h)), dei quali regola partitamente anche le cause di cessazione, di esclusione e di revoca. Quanto alla protezione umanitaria, regolata dal comma 6 dell'art. 5 TUI, e che sul piano processuale, prima dell'intervento del D.L. 113/2018,<sup>40</sup> trovava corrispondenza nella formulazione dell'art. 32, comma 3, del D. Lgs. 25/2008 ("nei casi in cui non accolta la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286"), non si tratta propriamente di uno status, ma di una situazione che permetteva il rilascio di un permesso (il permesso umanitario, appunto), divenuto poi, col D.L. 113/2018, un permesso di protezione speciale, in presenza di rischi di discriminazione, di tortura o di gravi violazioni dei diritti umani nel Paese d'origine, poi riallargato con la L. 173/2020.

Per cui solo con qualche forzatura, nella logica della massima estensione della tutela del richiedente,<sup>41</sup> e riconducendo perciò i due status<sup>42</sup> e la protezione umanitaria al più generale diritto d'asilo dell'art. 10 Cost. (di cui i tre profili costituiscono una species), è possibile ragionare di una domanda, quella di protezione internazionale, autodeterminata, e di una irrilevanza del mutamento dei fatti storici addotti a fondamento della stessa, oltre che della irrilevanza del nomen iuris della fattispecie invocata, a patto che, ovviamente, i fatti allegati con l'atto introduttivo del giudizio siano rilevanti e pertinenti rispetto alla fattispecie non espressamente menzionata. Dunque nessuna violazione dei principi generali, ma applicazione delle regole in punto di identificazione della domanda e di onere di allegazione dei fatti.

Quanto si è detto consente anche di affrontare non solo il problema della novità

---

civile, Milano, 1987, 208 ss.

<sup>39</sup> Paolo I.70 ad edictum (D. 44, 14, 2).

<sup>40</sup> Sul quale è ulteriormente intervenuta la L. 18 dicembre 2020, n. 173, di conversione del D.L. 21 ottobre 2020, n. 130: per la portata dell'intervento, v. retro alla nota 6.

Sul D.L. 113/2018 v. C. Cariglia, Il nuovo procedimento sommario di cognizione relativo alle controversie in materia di permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, in NLCC 2019, 1365 ss.

<sup>41</sup> Come osserva M. Flamini, Il dovere di cooperazione, cit., 55, poiché il diritto di asilo riconosciuto dall'art. 10 Cost. risulta interamente attuato e regolato attraverso le tre forme di protezione previste dall'ordinamento vigente, la domanda con cui il richiedente invoca il diritto all'asilo non potrebbe essere sezionata e frammentata in base alle diverse forme di tutela riconoscibili, previste dall'ordinamento, ma consiste in un'unica domanda (di protezione), attraverso la quale il richiedente chiede che gli venga accordata la forma di tutela ritenuta più rispondente al caso di specie.

<sup>42</sup> Che si potrebbero riassumere in uno status di "beneficiario di protezione internazionale", mutando l'espressione dall'art. 2, primo comma, lett. a-bis, D. Lgs. 251/2007.

dei fatti allegati dal richiedente asilo nel passaggio dalla fase amministrativa a quella giurisdizionale, ma anche l'ulteriore questione della sussistenza di eventuali preclusioni che maturino una volta introdotto il ricorso dinanzi alla sezione specializzata. Sotto il primo profilo, è dirimente la circostanza che non si sia davanti ad un giudizio di natura impugnatoria sull'atto, ma ad un giudizio il cui oggetto è il diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata, con la conseguenza, perciò, che la domanda, venendo introdotta ex novo, non sconti i limiti dei fatti che sono stati allegati dinanzi alla Commissione territoriale.

Sotto il secondo profilo, è pacifico che il principio della domanda concerne solo il monopolio della parte nella individuazione del diritto fatto valere e riguarda i fatti solo nella misura in cui questi siano indispensabili per l'individuazione del diritto in questione:<sup>43</sup> nel caso del richiedente asilo, perciò, la natura autodeterminata della domanda da un lato esclude che i fatti individuino il diritto oggetto del processo e dall'altro comporta che tali fatti non debbano essere necessariamente allegati in giudizio dalle parti ma possano emergere anche dagli atti del processo, e perciò anche dall'interrogatorio libero o dalle prove legittimamente acquisite al giudizio. A condizione che il diritto fatto valere sia sufficientemente individuato nel ricorso introduttivo ad evitare profili di nullità per difetto dell'*editio actionis*, peraltro sempre sanabili, quali si avrebbero in caso di mancanza assoluta nella indicazione dei fatti, niente impedisce dunque che nel corso del processo vengano introdotte in causa – esplicitamente o nella forma della allegazione silente - circostanze non spese in precedenza, anche tenuto conto del fatto che il rito camerale non conosce le preclusioni del processo a cognizione piena o del rito sommario di cognizione in precedenza utilizzato per questo tipo di controversie.<sup>44</sup>

Venendo alla questione dell'estensione e dei limiti del dovere di cooperazione del giudice e alla questione dei criteri di valutazione della credibilità del richiedente, la soluzione adottata dalla Cassazione richiede ancora qualche approfondimento sul modo in cui nel processo di protezione internazionale è regolata l'attività di introduzione dei fatti e delle fonti di prova, nonché dell'acquisizione dei mezzi di prova.

Si è soliti scrivere che sotto il profilo della prova il giudizio di protezione internazionale si caratterizza per una necessità di rilettura delle categorie processuali più tradizionali.<sup>45</sup> Innanzitutto, perché ammette, tra le fonti di prova, quella che tradizionalmente è considerata la migliore, ma al tempo stesso la meno fidata, ossia la scienza delle parti,<sup>46</sup> la cui efficacia probatoria è riconosciuta grazie a uno scrutinio di credibilità fondato su parametri normativi tipizzati.

<sup>43</sup> A. Proto Pisani, Lezioni, cit., 184.

<sup>44</sup> Motivando correttamente sulla struttura del procedimento di protezione internazionale, che non integra impugnazione in senso stretto del provvedimento amministrativo della commissione, ma consiste in un giudizio che ha ad oggetto il diritto del ricorrente a vedersi riconoscere lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria o il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, la Cassazione ha escluso che possa ritenersi sussistente una preclusione alla formulazione di nuovi motivi o alla deduzione di nuovi elementi di fatti nel ricorso dinanzi alla autorità giurisdizionale (Cass. civ., sez. I, 23 ottobre 2019, n. 27073, in Foro it., Rep. 2019, voce Straniero, 270). La Corte ha però poi ricondotto al ricorso introduttivo l'onere del ricorrente di allegare gli elementi costitutivi della domanda e dunque di allegare i fatti che ne costituiscono le ragioni: ciò quando invece, come si è chiarito nel testo, fermo restando il rilievo empirico secondo cui i fatti sono comunque allegati al giudizio dalla parte cui giovano, e ferma la nullità – sanabile - dell'atto in caso di mancanza assoluta dell'indicazione dei fatti, non vi sono preclusioni all'arricchimento delle circostanze di fatto che sorreggono la domanda, la quale comunque rimane la stessa anche se mutano i fatti che la supportano.

<sup>45</sup> Sul punto, v. P. Comoglio, Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico, in *Questione Giustizia* 3/2020, cit., 9 ss.

<sup>46</sup> M. Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, cit., 4.

Così, mentre nel processo civile “ordinario” si discute della stessa funzione probatoria dell’interrogatorio libero delle parti, che è soprattutto strumento volto alla chiarificazione sui fatti di causa, cui unisce, sia pure in modo più ambiguo,<sup>47</sup> la funzione di strumento di conoscenza dei fatti (secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza,<sup>48</sup> le dichiarazioni rese dalla parte nell’interrogatorio libero di cui all’art. 117 c.p.c., pur non essendo un mezzo di prova, possono essere fonte anche unica del convincimento del giudice di merito), l’utilizzazione del sapere della parte nella formazione del convincimento giudiziale è un momento centrale dell’istruttoria nel sistema della protezione internazionale.

Quel sistema, perciò, sotto il profilo della prova, bilancia l’onere probatorio di cui all’art. 2967 c.c., pur operante anche nelle controversie in materia di asilo, con un meccanismo che, diversamente da quel che avviene nelle altre tipologie di processo civile (anche quelle che pure rispondono al modello istruttorio acquisitivo,<sup>49</sup> caratterizzato dall’iniziativa istruttoria del giudice), permette la testimonianza della parte, con un’efficacia probatoria diversa da quella tradizionalmente riservata alle dichiarazioni rese in seno all’interrogatorio libero, e non si limita ad ampliare le ipotesi in cui sono previsti poteri ufficiosi di assunzione dei mezzi di prova. Rimane fermo il divieto di utilizzazione del sapere privato, per effetto del quale, com’è noto, il giudice non può allegare d’ufficio fatti giuridicamente rilevanti e fonti materiali di prova che non emergano dagli atti del processo (e dalle risposte date in seno all’interrogatorio libero, dove, in generale, l’apertura a domande non predeterminate parte del giudice amplia il novero delle fonti di prova<sup>50</sup>) o fatti che non siano notori: in questi limiti, si

<sup>47</sup> Tra l’art. 116 e l’art. 229 c.p.c. e l’interpretazione data dalla giurisprudenza, di cui alla nota che segue. Sulle funzioni dell’interrogatorio libero v. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2014, 91-92. Sull’interrogatorio libero, in generale, v. A. Reali, *L’interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009.

<sup>48</sup> *Ex multis*, Cass. civ., sez. II, 29 dicembre 2014, n. 27407, in *Foro it. Rep.* 2014, voce *Prova civile in genere*, n. 64; Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 2009, n. 8066, *ivi*, *Mass.*, 1079; Cass. civ., sez. lav., 14 settembre 2007, n. 19247, *ivi*, *Rep.* 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1620; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15019, *ivi*, *Rep.* 2005, voce *Prova civile in genere*, n. 62. Viceversa, in precedenza, facendo leva sulle affermazioni della Relazione al re sul codice di procedura civile (§ 29), che si deve a Calamandrei, si dava per scontato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che l’interrogatorio libero fosse previsto nell’interesse delle parti e che le risposte date in quella sede non potessero mai ritorcersi contro la parte interrogata.

<sup>49</sup> Per l’opportunità di utilizzare una terminologia diversa da quella del processo “inquisitorio”, che, diversamente da processi caratterizzati da metodo istruttorio “acquisitivo” o dei poteri istruttori d’ufficio, contrasterebbe con l’art. 111 Cost., si rinvia a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 525 ss., 538, 719.

<sup>50</sup> L’interrogatorio libero – si osserva – “può anche costituire uno strumento inquisitorio estremamente incisivo ed “invasivo” nella ricerca della cd. verità materiale, tenuto conto che le domande alla parte interrogata non sono previamente determinate e possono dunque spaziare su qualunque fatto rilevante per la decisione” (così G. Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2006, 118). Per il timore che in assenza di limiti alle domande formulabili dal giudice in seno all’interrogatorio libero ci sia il pericolo che questi ricostruisca i fatti di causa a propria incontrollata discrezione «per mezzo di risposte provocate da incalzanti e abili domande ‘a trabocchetto’», v. L. Montesano, *Le prove, in Relazioni sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 478. Analogamente F. Cipriani, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro it.*, 2001, V, 326, il quale, nel rilevare che il giudice può porre alle parti ogni tipo di domanda, fa notare che tale possibilità non è prevista neppure nel processo penale.

Ovviamente, il rischio dell’esercizio di un potere con connotati di inquisitorialità sarebbe il frutto di un uso distorto dello strumento; ciò non toglie quanto osservato nel testo, circa l’allargamento della possibilità che attraverso l’interrogatorio libero, e corrispondentemente alla sua funzione (che è anche quella di far emergere fonti materiali di prova in ordine ai fatti di causa), si “sco-prano” nuove fonti di prova (oltre a stimolare la parte ad acquisire al processo la situazione materiale esistente al di fuori di esso).

prevede che il giudice possa (debba) esercitare i poteri istruttori d'ufficio. Con una deroga al principio della disponibilità delle prove che, come principio di mera tecnica processuale, può perfettamente essere capovolto senza che il giudice perda in alcun modo la propria terzietà e imparzialità (che continua ad essere assicurata dal rispetto dell'art. 97 disp. att. c.p.c.), come avviene in tutti i processi in cui, come in questo, vi è una particolare tensione verso il raggiungimento della verità materiale per la tipologia dei diritti coinvolti.

I poteri istruttori del giudice servono, ovviamente, a integrare il novero dei mezzi di prova di cui questi dispone per arrivare alla dimostrazione dei fatti costitutivi dei diritti fatti valere. Di quel novero fa parte anche la dichiarazione pro se del richiedente, la cui credibilità dev'essere oggetto di valutazione da parte del giudice: e se anche quella dichiarazione ha un rilievo centrale, ciò non toglie che la domanda possa avere anche un diverso supporto istruttorio e che la prevalenza, tra le prove, delle dichiarazioni della parte sia una mera circostanza storica, dipendente dalle condizioni obiettive della storia del richiedente, e non la conseguenza di una previsione di priorità disciplinata dalla legge.<sup>51</sup> In altre parole, l'audizione del richiedente e i poteri officiosi del giudice stanno sullo stesso piano, perché entrambi mirano a fornire la prova dei fatti che stanno alla base dei diritti fatti valere, anche se l'esercizio dei secondi può servire anche alla valutazione di credibilità della prima. Valutazione di credibilità che ha per oggetto la sola testimonianza della parte, e non l'intero materiale istruttorio, che peraltro dev'essere anch'esso, ovviamente, valutato dal giudice.

La sentenza della Cassazione del maggio 2020 offre una equilibrata lettura del rapporto tra accertamento officioso e valutazione di credibilità,<sup>52</sup> affermando – in corrispondenza coi rilievi che si sono svolti – che il primo deve precedere e non seguire la seconda, ad evitare che quest'ultima si trasformi da strumento di valutazione della prova (la testimonianza della parte, appunto) a condizione di ammissibilità o presupposto del riconoscimento del diritto. Ciò ad eccezione dei casi in cui le affermazioni circa il paese di provenienza risultino false, oppure sia radicalmente da escludersi, sulla base di nozioni di comune esperienza, che nel paese di origine ricorrano le condizioni di cui alla lett. c) dell'art. 14 D. Lgs. 251/2007, previste per il riconoscimento della protezione sussidiaria (ovvero la violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale), o, ancora, tutte le volte che la difesa del richiedente non abbia esposto fatti storici idonei a renderne possibile la valutazione: nel qual caso deve escludersi l'attivazione del dovere di cooperazione istruttoria officiosa.

Il ricorso al fatto notorio che, come si è detto, è una deroga al divieto di utilizzazione del sapere privato, consente di non esercitare i poteri istruttori d'ufficio per stabilire la veridicità o meno della dichiarazione della parte: deve trattarsi però di fatti che davvero siano passati al vaglio della esperienza comune, come appunto avviene nel caso delle situazioni di conflitto armato o internazionale, effettivamente percepibili direttamente da una molteplicità di persone. Allo stesso modo, se manca la base su cui i poteri istruttori d'ufficio possono esercitarsi, perché mancano i fatti storici che consentono la valutazione di credibilità, il giudice non avrà alcun dovere di iniziativa probatoria.

In ogni caso l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio non trasforma il processo di protezione internazionale in un processo di tipo inquisitorio:<sup>53</sup> da tempo ormai si è chiarito che l'iniziativa istruttoria del giudice comporta la mera deduzione del

<sup>51</sup> Così, esattamente, L. Minniti, op. cit., 26.

<sup>52</sup> Nello stesso senso già Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2954, in Foro it., Rep. 2020, voce Straniero, n. 82; Cass. civ., sez. I, 31 gennaio 2019, n. 3016, ivi, Rep. 2019, voce cit., 302. In senso contrario, Cass. civ., sez. VI, 27 giugno 2018, n. 16925, ivi, Rep. 2018, voce cit., 147; Cass. civ., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 7333, ivi, Rep. 2015, voce cit., 82.

<sup>53</sup> Per queste distinzioni v. E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice civile, cit. passim.

mezzo di prova sul materiale di causa, e non significa ricerca dei fatti e delle fonti di prova in quei processi che, come quello di cui si tratta, sono comunque soggetti al principio della domanda. E perciò anche il richiamo all'art. 738 c.p.c. e al potere del giudice di assumere informazioni non significa ricerca delle fonti materiali di prova, ma permette al giudice unicamente di innescare le prove nei soli limiti dei fatti già allegati dalle parti (una delle quali, il Ministero degli interni, spesso inerte, al pari del Pubblico ministero cui pure gli atti, come ricordato, devono essere comunicati).

Non si ha, quindi, alcuno stravolgimento dei principi.

Se il tribunale fa una corretta applicazione dei propri poteri-doveri istruttori, il giudizio non si concluderà con l'applicazione meccanica della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, dal momento che l'attribuzione dell'iniziativa istruttoria al giudice significa che questi, tutte le volte che il fatto da provare sia rimasto incerto, se ha poteri probatori legittimamente spendibili, non possa arrivare all'applicazione della regola dell'art. 2697 c.c. prima di aver speso i poteri che ha.<sup>54</sup> Ove si realizzasse una situazione di semiplena probatio (quella che, nel processo civile ordinario relativo a diritti disponibili, giustifica il deferimento del giuramento suppletorio ai sensi dell'art. 2736, n. 2, c.c.), l'audizione del richiedente consentirà di colmare lo spazio lasciato vuoto dall'esercizio dei poteri d'ufficio attraverso dichiarazioni pro se che, a differenza delle risposte al giuramento suppletorio, non vincoleranno il giudice ma saranno sottoposte comunque al suo prudente apprezzamento, nel senso che i fatti dichiarati saranno "considerati veritieri" a determinate condizioni, tipizzate, ma rimesse alla valutazione del giudice. La testimonianza della parte è infatti una prova libera, sebbene soggetta a precise regole per ciò che concerne l'attendibilità del testimone. Anche l'applicazione del principio del "beneficio del dubbio", quale si desume dall'art. 3 D. Lgs. 251/2017, letto alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,<sup>55</sup> non è altro che una forma di integrazione di situazioni di semiplena probatio, adattata alle caratteristiche del giudizio di protezione internazionale e alla peculiarità dei diritti che vi si fanno valere.

Il processo di protezione internazionale, sotto il profilo della valorizzazione della testimonianza della parte, appare come un processo "moderno", nel senso in cui tale lo qualificava Cappelletti, e ispirato al principio di oralità: ma il modo in cui talora viene intesa, dalla giurisprudenza, la necessità del contatto del giudice con la parte, rischia di vanificare la tutela prevista da un sistema che contempla, come momenti aventi diverse finalità, la fissazione dell'udienza e l'audizione personale del richiedente asilo. E di non rispondere perciò a quel principio di effettività della tutela che rappresenta uno dei cardini del sistema processuale.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> G. Fabbrini, voce Potere del giudice (diritto processuale civile), in Enc. dir., Milano, 1985, 734.

<sup>55</sup> Oltre alla sentenza Cass. 8819/2020, in commento, v. Cass. civ., sez. I, 27 marzo 2020, n. 7546.

<sup>56</sup> Sia consentito il richiamo al mio Effettività della tutela giurisdizionale, in Encicl. dir.-Annali, Milano, 2017, 355 ss. Sul principio di effettività nella materia della protezione internazionale, v. M. Acierno-M. Flamini, Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova, in Diritto, Immigrazione e cittadinanza, 2017, 19 ss.