

RICHIESTA DI ASILO E TUTELA EFFETTIVA. RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA. T. MILANO, ORD., 9 MAGGIO 2018, PRES. GATTARI – EST. FLAMINI

Il Tribunale di Milano in composizione collegiale riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

dott. Patrizio Gattari	Presidente
dott. Patrizia Ingrasci	Giudice
dott. Martina Flamini	Giudice designato est

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Rinvio Pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE

Art. 267 TFUE

Art. 94 RdP, p. 22, I par., Raccomandazioni

1. Procedimento principale

Kika Nduka, nato ad Agbor (Nigeria) il 27 gennaio 1995, appartiene al gruppo etnico igbo ed è di religione cristiana. Il 28 dicembre 2013 ha lasciato il suo Paese di Origine ed è arrivato in Italia il 25 dicembre 2015. Giunto nel territorio italiano ha presentato tempestiva richiesta di asilo. In data 13 luglio 2017, la Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, presso la Prefettura di Milano, ha provveduto all'audizione di Kika. Con provvedimento amministrativo comunicato al richiedente in data 18 agosto 2017, la Commissione ha deciso di non accogliere la domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente. All'esito dell'intervista del richiedente è emerso che: nel 2015, quando si era trasferito a Lagos, aveva intrattenuto una relazione omosessuale con un uomo, di nome Chuck; che le autorità statuali lo avevano scoperto e che, per timore di essere arrestato e sottoposto alla pena detentiva, prevista in Nigeria per l'omosessualità (dal *Same Sex Marriage*

Prohibition Act) era stato costretto a lasciare il suo paese d'origine.

Con ricorso depositato in data 15.9.2017, Kika, assistito dal suo avvocato, ha impugnato dinanzi al Collegio il rifiuto della Commissione. Con decreto del 26.10.2017, il Giudice delegato dal Collegio ha disposto una nuova audizione. All'udienza del 21.2.2018 il ricorrente è stato ascoltato e, dopo le conclusioni della difesa del ricorrente, stante la mancata costituzione della pubblica amministrazione, il giudice ha rimesso la causa al Collegio per la decisione.

Con decreto n. 622/2018, depositato e notificato il 5.3.2018, il Collegio ha rigettato la domanda, ritenendo non credibile il racconto del Kika. In particolare, ha ritenuto insussistenti i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale (nelle due forme dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria) e non ha ravvisato la sussistenza dei presupposti per la concessione della protezione umanitaria.

Con ricorso in Cassazione, notificato il 4.4.2018 e depositato il 19.4.2018, il Kika ha impugnato il provvedimento di rigetto, chiedendone l'integrale riforma.

Con istanza depositata il 4.4.2018 ha proposto, dinanzi al Tribunale che aveva emesso il provvedimento impugnato, istanza di sospensiva dell'esecutività del decreto n. 622/2018. A fondamento dell'istanza, il difensore del ricorrente ha dedotto: che nel paese di origine del ricorrente (la Nigeria) la situazione di pericolo allegata era concreta ed attuale; che, in caso di rimpatrio, il ricorrente non avrebbe potuto esercitare il proprio diritto di difesa e non avrebbe potuto partecipare al procedimento pendente dinanzi alla Corte di Cassazione; che, in assenza di decisione sulla sospensiva, la Questura non avrebbe rinnovato il permesso di soggiorno e che, pertanto, il ricorrente avrebbe corso il concreto pericolo di essere espulso.



2. Disposizioni di Diritto dell'Unione Europea

A livello europeo, la procedura per il riconoscimento della protezione internazionale è disciplinata dalla direttiva 2013/32/UE (che ha abrogato la direttiva 2005/85/CE ed è stata trasposta in Italia attraverso il d.lgs 142 del 2015, di modifica, tra l'altro, del d.lgs 25 del 2008) dalla direttiva 2013/33/UE (in materia di accoglienza) e dal Reg. UE n. 604 del 2013, in materia di giurisdizione.

Per quanto qui interessa, la direttiva 2013/32/UE prevede all'art. 22, primo comma, che “ai richiedenti è data la possibilità di consultare, a loro spese, in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, ammesso o autorizzato a norma del diritto nazionale, sugli aspetti relativi alla domanda di protezione internazionale, in ciascuna fase della procedura, anche in caso di decisione negativa”.

L'art. 46, comma 3, dispone che gli “Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado”. Al comma 5, inoltre, prevede che “Fatto salvo il paragrafo 6, gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso”.

L'art. 47 della citata Carta, infine, dispone, al comma 1, che “Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo” e, al comma 2, che “Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.”

La Corte di Giustizia (sentenza *Tall*, causa C-239/14), chiamata a pronunciarsi sulla diversa fattispecie di una decisione di rimpatrio, ai sensi dell'articolo 6 della direttiva 2008/115, ha affermato che un ricorso deve necessariamente rivestire un effetto sospensivo quando è proposto contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino interessato di un paese terzo a un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti disumani o degradanti, garantendo così, nei confronti di tale citta-

dino di un paese terzo, il rispetto dei requisiti degli articoli 19, paragrafo 2, e 47 della Carta (v., in tal senso, anche sentenza *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, punti 52 e 53).

La Corte europea dei diritti dell'uomo, della cui giurisprudenza va tenuto conto, in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, per interpretare l'articolo 19, paragrafo 2, ha dichiarato che, quando uno Stato decide di rimandare uno straniero in un paese in cui vi sono seri motivi di temere che corra un rischio effettivo di trattamenti contrari all'articolo 3 della CEDU, l'effettività del ricorso proposto, previsto dall'articolo 13 della CEDU, impone che gli interessati dispongano di un ricorso con effetto sospensivo *ex lege* contro l'esecuzione della misura che consente il loro rimpatrio (v., in particolare, Corte eur. D.U., sentenze *Gebremedhin c. Francia* del 26 aprile 2007, § 67, nonché *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 23 febbraio 2012, § 200).

Peraltro, per quanto si dirà nel prosieguo, rilevano nella fattispecie in esame anche gli artt. 4, par. 3, e 19, par. 2, del Trattato UE.

L'art. 4, par. 3, stabilisce: “In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

L'art. 19, par. 1, comma 2, prevede: “Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

3. Diritto nazionale

Il diritto nazionale interno ha dato corpo alle richieste del legislatore UE prevedendo, in materia di protezione internazionale, una fase amministrativa – nell'ambito della quale un collegio di esperti esamina le domande, previa audizione del richiedente – e una fase giurisdizionale, ove il richiedente insoddisfatto contesti la decisione negativa dell'organo amministrativo.

Prima della riforma del 2017, avverso la decisione della Commissione Territoriale, il richiedente asilo poteva proporre ricorso in Tribunale, poi, in caso di rigetto, ricorso in Corte d'Appello e, infine, ricorso in Cassazione.

In particolare, l'art.19 del decreto legislativo n. 150 del 2011 (come modificato dal decreto legislativo n. 142 del 2015), prevedeva quanto segue:

“1. Le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 [tra cui rientra il provvedimento della Commissione territoriale che rigetta la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato o di persona





cui è accordata la protezione sussidiaria], sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.

2. È competente il tribunale, in composizione monocratica, del capoluogo del distretto di corte di appello in cui ha sede la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale o la sezione che ha pronunciato il provvedimento impugnato. (...)

3. Il ricorso è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero, (...).

4. La proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che nelle ipotesi in cui il ricorso viene proposto:

a) da parte di un soggetto nei cui confronti è stato adottato un provvedimento di trattenimento in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [c.d. centro di permanenza per i rimpatri];

b) avverso il provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale;

c) avverso il provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettera b-bis), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni [ossia quando il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale];

d) avverso il provvedimento adottato nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 28-bis, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni [ossia quando il richiedente presenta la domanda, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera ovvero dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento].

(...)

6. Il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza sono notificati, a cura della cancelleria, all'interessato e al Ministero dell'interno (...) e sono comunicati al pubblico ministero.

(...)

8. La Commissione che ha adottato l'atto impugnato può depositare tutti gli atti e la documentazione che ritiene necessari ai fini dell'istruttoria e il giudice può procedere anche d'ufficio agli atti di istruzione necessari per la definizione della controversia.

9. Entro sei mesi dalla presentazione del ricorso, il Tribunale decide, sulla base degli elementi esistenti al momento della decisione, con ordinanza che rigetta il ricorso ovvero riconosce al ricorrente lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria. In caso di rigetto, la Corte d'Appello decide sulla impugnazione entro sei mesi dal deposito del ricorso. Entro lo stesso termine, la Corte di Cassazione decide sulla impugnazione del provvedimento di rigetto pronunciato dalla Corte d'Appello (...).

Nel vigore di siffatta previsione legislativa, la Suprema Corte di Cassazione (cfr. Cass. 18737/2017, confermata dalle successive Cass. 699/2018 e 9357/2018) aveva chiarito che – atteso che la sospensione del provvedimento impugnato era disposta non con provvedimento giudiziale, ma direttamente prevista dalla legge (art. 19, comma 4, d.lgs. 150/2011, come modificato dall'art. 27, comma 1, lett. c) del d.lgs. 142/2015) –, doveva ritenersi che l'effetto sospensivo cessasse con il passaggio in giudicato della sentenza che aveva definito l'intero giudizio (articolato in tre gradi di giudizio).

Con decreto legge 17 febbraio 2017 n. 13, convertito nella legge 13 aprile 2017 n. 46, il legislatore nazionale ha però abrogato il citato articolo 19 e, al fine di assicurare l'“accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale”, ha, *inter alia*, abolito il grado di appello; ha altresì espressamente previsto la cessazione dell'effetto sospensivo in caso di rigetto del ricorso “con decreto, anche non definitivo” del Tribunale.

Più nel dettaglio, l'art. 35-bis del D.Lgs. 25/2008, come modificato dal D.L. 13/17, convertito nella legge 46/17, dispone che:

“1. Le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 [tra cui rientra il provvedimento della Commissione territoriale che rigetta la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria], sono regolate dalle disposizioni di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ove non diversamente disposto dal presente articolo [ossia da quelle disposizioni che disciplinano il procedimento in camera di consiglio].

2. Il ricorso è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero

3. La proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che nelle ipotesi in cui il ricorso viene proposto:

6

a) da parte di un soggetto nei cui confronti è stato adottato un provvedimento di trattenimento in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [c.d. centro di permanenza per i rimpatri];

b) avverso il provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale;

c) avverso il provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettera b-bis) [ossia quando il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale];

d) avverso il provvedimento adottato nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 28-bis, comma 2, lettera c) [quando il richiedente presenta la domanda, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera ovvero dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento].

(...)

9. Il procedimento è trattato in camera di consiglio.

(...)

13. Entro quattro mesi dalla presentazione del ricorso, il Tribunale decide, sulla base degli elementi esistenti al momento della decisione, con decreto che rigetta il ricorso ovvero riconosce al ricorrente lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria.

Il decreto non è reclamabile.

La sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, di cui al comma 3, viene meno se con decreto, anche non definitivo, il ricorso è rigettato.

(...) Il termine per proporre ricorso per cassazione è di giorni trenta e decorre dalla comunicazione del decreto a cura della cancelleria, da effettuarsi anche nei confronti della parte non costituita. (...)

Quando sussistono fondati motivi, il giudice che ha pronunciato il decreto impugnato può disporre la sospensione degli effetti del predetto decreto, con conseguente ripristino, in caso di sospensione di decreto di rigetto, della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione. La sospensione di cui al periodo precedente è disposta su istanza di parte da depositarsi entro cinque giorni dalla proposizione del ricorso per cassazione. La controparte può depositare una propria nota difensiva entro cinque giorni dalla comunicazione, a cura della cancelleria, dell'istanza di sospensione. Il giudice decide entro i successivi cinque giorni con decreto non impugnabile.

(...)"

Come si vede, l'art. 35 *bis* del D.Lgs. 25/2008, al comma 13, prevede che, entro cinque giorni dal deposito del ricorso in Cassazione, il ricorrente, il quale abbia visto rigettata integralmente la domanda di protezione, possa chiedere al Tribunale che ha emesso il provvedimento impugnato di sospendere gli effetti del decreto negativo e il ripristino della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione. Il giudice "*quando sussistono fondati motivi*", può disporre la sospensione dell'efficacia del decreto di rigetto, "*con conseguente ripristino (...) della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione*" (comma 13 ultima parte dell'art. 35 *bis*).

L'art. 35 *bis*, comma 13, individua il giudice competente a decidere nel "*giudice che ha pronunciato il decreto impugnato*" e, dunque, trattandosi del provvedimento decisivo finale emesso dal Tribunale, fa riferimento al collegio giudicante.

Le prime applicazioni della giurisprudenza di merito sul contenuto dei "*fondati motivi*" testimoniano di come alcuni Tribunali si stiano orientando per valutare, seppure in via sommaria, la verosimiglianza dell'accoglimento del ricorso da parte della Corte di Cassazione (cfr. Tribunale di Napoli 20.2.2018; Tribunale di Trieste, 22.1.2018).

La norma che dispone l'immediata esecutività del decreto che rigetta il ricorso si conforma a quanto previsto dal codice di procedura civile nazionale: nell'ordinamento italiano, infatti, i provvedimenti di primo grado sono immediatamente esecutivi, fatta salva la possibilità di chiederne la sospensione da parte dell'impugnante.

Più nel dettaglio, nel codice di procedura civile italiano si rinvencono due norme che regolano la sospensione di una sentenza immediatamente esecutiva: l'art. 283 c.p.c., che riguarda la sospensione della sentenza di primo grado che sia stata appellata, e l'art. 373 c.p.c., che regola la sospensione della sentenza di appello impugnata per Cassazione.

L'art. 283 c.p.c., al comma 1, stabilisce che "Il giudice d'appello su istanza di parte, proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione".

L'art. 373 c.p.c., al comma 1, così dispone: "Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza. Tuttavia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può, su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che la esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione".



Due sono quindi fondamentalmente le differenze che si registrano tra le due sospensive.

Ai sensi dell'art. 283 c.p.c. è il giudice dell'appello a pronunciarsi sulla sospensione della sentenza di primo grado, mentre, ex art. 373 c.p.c., la decisione in merito alla sospensione spetta al medesimo giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata.

Mutano inoltre i presupposti per la concessione della sospensione: nel primo caso, la sussistenza di gravi e fondati motivi; nel secondo caso il grave e irreparabile danno.

L'esatta portata di questi presupposti è stata oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza nazionale, che, nell'interpretare l'espressione "gravi e fondati motivi" ritiene necessario compiere anche una delibazione sommaria sulla fondatezza dell'impugnazione (c.d. *fumus boni iuris* dell'impugnazione), mentre identifica il significato dell'espressione "grave e irreparabile danno" nel *periculum in mora*. È in ogni caso escluso in questa seconda ipotesi che l'indagine per concedere l'inibitoria vada ad investire profili di fondatezza o di ammissibilità del ricorso per cassazione. Ne consegue che il giudice non può esaminare nemmeno in via pregiudiziale le questioni relative alla fondatezza delle doglianze elevate in sede di legittimità.

Ritiene il Giudice remittente che una siffatta differenza di disciplina si spieghi in virtù del fatto che l'art. 373 c.p.c. affida la decisione sulla sospensione allo stesso giudice di merito che ha emesso la sentenza impugnata per cassazione, per cui sarebbe incongruo richiedere a quel giudice di esprimersi, sia pure a livello di sommaria delibazione, sulla fondatezza dell'impugnazione proposta contro la sua sentenza.

In questo senso anche l'art. 111 codice del processo amministrativo, nel prevedere che "Il Consiglio di Stato, se richiesto con istanza previamente notificata alle altre parti, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre opportune misure cautelari", si uniforma a questo principio, demandando al giudice che ha emesso la sentenza impugnata una valutazione esclusivamente rivolta alla verifica della sussistenza del *periculum*, sia pure qualificato dall'eccezionalità.

4. Motivi del Rinvio Pregiudiziale

Oggetto del procedimento principale è la domanda del ricorrente volta ad ottenere il ripristino dell'effetto sospensivo del provvedimento della Commissione, da parte del giudice che ha pronunciato il decreto decisorio di rigetto, così da avere la

possibilità di permanere sul territorio nazionale ed esercitare il proprio diritto di difesa sino alla decisione definitiva sulla domanda di protezione.

In caso di diniego della domanda in primo grado, infatti, il ricorrente è tenuto a lasciare il territorio nazionale, essendo privo di un titolo che gli consenta la permanenza sul territorio nazionale (ed essendo possibile destinatario di un decreto di espulsione). Ai sensi dell'art. 32 del D.lgs. 25/2008, infatti, la decisione di rigetto comporta "alla scadenza del termine per l'impugnazione l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale, salvo che gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo".

Il Giudice remittente ha deciso di sospendere il procedimento principale, stimando necessario un rinvio pregiudiziale per interpretazione, in quanto ritiene che la normativa nazionale, come sopra descritta, non rispetti alcuni principi che rappresentano le "pietre angolari" del diritto dell'Unione europea.

Il Giudice remittente non ignora che nessuna norma di diritto dell'Unione impone l'esistenza di un doppio grado di giudizio avverso le decisioni che respingono una domanda di asilo e/o che impongono un obbligo di rimpatrio. Invero, il diritto dell'Unione prevede unicamente che gli interessati da tale tipo di misure debbano godere di un diritto di ricorso avverso il rigetto delle loro domande di asilo, restando inteso che quest'ultimo implica soltanto l'esistenza di un ricorso di primo grado avverso le decisioni, di natura amministrativa, adottate nei loro confronti.

Pertanto, in mancanza di norme di diritto dell'Unione in materia, l'instaurazione di un secondo grado di giudizio e le modalità con cui si prevede che lo stesso sia provvisto di effetto sospensivo, rientrano unicamente nell'autonomia procedurale degli Stati membri, che dispongono di un certo margine di discrezionalità.

Resta tuttavia fermo il principio che – come peraltro ricordato dall'avvocato generale Bot nelle sue conclusioni relative alla causa C-175/17 già citata (cfr. punto 43) – nell'esercitare tale facoltà, gli Stati membri devono garantire che siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività (sentenze del 5 novembre 2014, *Mukarubega*, causa C-166/13, punto 51; del 11 dicembre 2014, *Boudjlida*, causa C-249/13, punto 41), nonché i diritti fondamentali garantiti dalla Carta (sentenze dell'8 maggio 2014, *N.*, causa C-604/12, punto 41; del 5 giugno 2014, *Mahdi*, causa C-146/14 PPU, punto 50; del 18 dicembre 2014, *Abdida*, causa C-562/13, punto 42; del 17 dicembre 2015, *Tall*, causa C-239/14, punto 50).

Tanto premesso, il raffronto tra le sopra richiamate disposizioni nazionali e il diritto dell'Unione



8 europea, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, induce questa autorità giudiziaria a dubitare della compatibilità di una norma che non preveda un effetto sospensivo automatico in conseguenza di un ricorso avverso la decisione di primo grado nonché, in subordine, laddove la Corte ritenga compatibile con il diritto UE la norma nazionale che non preveda la sospensione automatica, del presupposto previsto per la sospensione nella fase del decreto di rigetto (la sussistenza dei “fondati motivi” del ricorso, da valutarsi da parte dello stesso collegio che ha emesso il provvedimento impugnato), di cui all’art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. 25/2008, come modificato dal D.L. 13/17, convertito nella legge 46/17, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 4, par. 3 e 19, par. 1, TUE, dall’articolo 47, commi 1 e 2, Carta dei diritti fondamentali, e dagli artt. 22 e 46 della direttiva 2013/32/UE.

In altri termini è convincimento del Tribunale che non prevedere un effetto sospensivo automatico, o comunque interpretare, nella fase cautelare di richiesta di sospensiva del decreto di rigetto, il presupposto previsto per la sospensione come fondatezza del ricorso, 1) possa portare ad un vulnus del diritto ad un rimedio effettivo; l’interpretazione del presupposto previsto per la sospensione come fondatezza del ricorso, inoltre, ad avviso di questo giudice 2) si pone in contrasto con il diritto ad essere giudicato da un giudice terzo e imparziale; 3) può integrare una violazione del principio di equivalenza.

1) In merito al primo punto, il Tribunale osserva che il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che gli amministrati traggono dal diritto dell’Unione, per come riconosciuto dalla Corte di giustizia (sentenza del 15.5.86, *Johnston*, causa 222/84; del 25.7.2002, *MRAX*, causa C-459/99, punto 101, in materia di permessi di soggiorno; del 29.10.2009, *Pontin*, causa C-63/08, punto 43 e ss.) è un principio generale, discendente dal dovere generale di leale collaborazione in capo agli Stati membri, il quale investe anche le autorità giurisdizionali nazionali, nel senso che queste ultime devono assicurare sempre e in ogni caso una protezione giudiziaria effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione (sentenza del 16.12.1976, *Rewe*, causa 33/76, punto 5; 22.5.2003, *Connect Austria*, causa C-462/99, punti 38-42; del 13 marzo 2007, *Unibet*, causa C-432/05, punti 41-42; dell’8 novembre 2016, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, causa C-243/15, EU:C:2016:838, punto 50, nonché, in tal senso, sentenza del 9 febbraio 2017, *M*, C-560/14, EU:C:2017:101, punto 30 e giurisprudenza citata), quale è quello dell’asilo.

Tale protezione trova, del resto, espressione nel diritto fondamentale ad un ricorso effettivo enunciato dall’art. 47, comma 1, Carta. L’art. 47 Carta, infatti, dal punto di vista della sua applicazione c.d. esterna, codifica il principio già affermato dalla Corte di Giustizia e dal Trattato del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva quale limite all’autonomia procedurale degli Stati membri nell’attuazione del diritto UE, imponendo loro, pur in assenza di una disciplina UE specifica, di garantire delle procedure giurisdizionali idonee ad assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto UE, vale a dire dei rimedi giurisdizionali tali da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l’esercizio dei diritti attribuiti al singolo da norme dell’Unione (sentenza del 9.11.1983, *San Giorgio*, causa 199/82, punto 14; del 20.9.2001, *Courage*, causa C-453/99, punto 29; del 2.10.2003, causa C-147/01, *Weber’s Wine World e a.*, punto 103 e ss.).

Il diritto ad un ricorso effettivo, per come interpretato dalla Corte di giustizia, si compone di diversi elementi, tra i quali figurano, segnatamente, i diritti della difesa, il principio della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice, nonché la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare (sentenza del 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, causa C-305/05, punti 29-31; del 6 novembre 2012, *Otis e a.*, causa C-199/11, punto 48).

Parte integrante del diritto di difesa è dunque il diritto al contraddittorio, che implica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate davanti al giudice e di discuterle: una decisione basata su fatti e documenti di cui le parti non hanno avuto conoscenza e su cui non hanno dunque potuto esprimersi costituirebbe infatti una gravissima lesione del contraddittorio (sentenza del 4 giugno 2013, *ZZ*, causa C-300/11, punti 55-56).

Nella materia *de qua*, il diritto al contraddittorio discende non soltanto dal principio della tutela effettiva, diretto corollario del principio di leale collaborazione, e dal diritto ad un ricorso effettivo sancito all’art. 47, comma 1, Carta, ma risulta altresì codificato in alcune disposizioni, per quanto qui interessa, della Direttiva Procedure. In particolare, ritiene il Tribunale che il diritto di consultare un avvocato, anche in caso di decisione negativa (art. 22) e di rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo (art. 46, comma 5) sono riconosciuti anche per consentire al ricorrente di contribuire ad un esame completo ed *ex nunc* da parte dell’autorità giudiziaria (cfr. sul punto Corte di Giustizia, sentenza *Moussa Sacko*, causa C-



348/16). Tale esame può dirsi davvero concluso – in via definitiva – solo al momento del passaggio in giudicato della decisione che ha respinto la domanda di protezione internazionale. Se infatti uno Stato membro, come l'Italia, ha previsto la presenza di più gradi di giudizio, non può negarsi che, fino all'esaurimento dell'ultimo grado del giudizio (momento nel quale si riesce a stabilire se il richiedente non corra realmente alcun rischio), al ricorrente debba essere garantito il diritto di confrontarsi con il suo difensore e di esporre all'autorità giudiziaria tutti gli elementi, anche sopravvenuti rispetto alla prima decisione negativa, in suo possesso.

Sotto questo profilo non può ignorarsi che, in seguito ad una decisione negativa (i cui effetti non sono sospesi), la posizione del richiedente protezione diviene "irregolare" ed egli risulta esposto al concreto rischio di un rimpatrio forzato nel paese d'origine. In tal caso, anche in considerazione delle caratteristiche dei paesi d'origine rispetto ai quali si registra il più elevato numero di domande, appare estremamente difficile ipotizzare come concreta la possibilità di un confronto con il difensore, allo scopo di concordare una strategia processuale comune.

L'espulsione dello straniero verso paesi d'origine da cui difficilmente egli potrebbe successivamente fare rientro in Italia nel caso in cui, nel frattempo, fosse accolto il ricorso, tenuto anche conto che spesso il richiedente asilo è privo di sufficienti mezzi economici, porterebbe altresì a non garantire l'utilità della futura sentenza, con conseguente lesione – anche sotto questo profilo – dell'effettività della tutela (come affermato nella sentenza 13 marzo 2007, *Unibet*, causa C-432/05, punto 75, il giudice nazionale investito di una controversia disciplinata dal diritto comunitario dev'essere in grado di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della successiva pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario).

2) Con riferimento al secondo punto, occorre considerare che il comma 2 dell'art. 47 Carta, nel prevedere l'accesso ad un giudice terzo e imparziale, pone uno *standard* che deve essere assicurato a chiunque nell'ambito dell'Unione si rivolga ad organi giurisdizionali per domandare la tutela di un proprio diritto soggettivo. Dato il riferimento generico alla "causa" (a differenza di quanto si legge nell'art. 6 CEDU), le garanzie previste devono trovare applicazione qualunque sia la situazione soggettiva dedotta in giudizio, anche con riguardo alla tutela cautelare: sarebbe infatti contrario al principio di eguaglianza e di ragionevolezza ammettere che

garanzie processuali fondamentali possano variamente atteggiarsi a seconda dell'oggetto sostanziale della lite. Trattandosi poi di una garanzia fondamentale, l'effettività del diritto di accesso ad un giudice equo e imparziale non è mai suscettibile di subire contemperamenti nel bilanciamento con finalità generali, esterne al processo, perseguite dall'ordinamento (Corte EDU, *Krombach* 13.2.2001; *Annoni c. Francia*, 14.11.2000).

Irrinunciabile corollario del requisito della terzietà ed imparzialità del giudice è che lo stesso non abbia già conosciuto del merito della controversia in fasi precedenti, in modo da non essere influenzato dalle proprie precedenti decisioni.

Al riguardo, osserva il Tribunale remittente che la terzietà e l'imparzialità del giudice che deve decidere della sospensione della decisione di rigetto emessa in primo grado, rischierebbero di essere compromesse nel caso in cui la valutazione in merito ai presupposti della sospensione vertesse sulla fondatezza del ricorso. Si chiederebbe, infatti, allo stesso giudice che ha ritenuto di rigettare la domanda di protezione di rivalutare, sia pure sommariamente, la medesima fondatezza della propria decisione rispetto al ricorso in impugnazione. A tal proposito, si sottolinea come la composizione delle Sezioni Specializzate – composte nella maggior parte dei casi da un numero di giudici appena sufficiente alla composizione di un Collegio giudicante – rende inevitabile che, a decidere sull'istanza di sospensiva, siano proprie le stesse persone fisiche che hanno rigettato la domanda di protezione.

Sembra peraltro che anche il legislatore italiano si sia avvisto della problematicità di una valutazione nel merito di un ricorso da parte del giudice che ha pronunciato la decisione avverso la quale è proposto il ricorso medesimo laddove ha ben differenziato i presupposti per la concessione dell'inibitoria di cui all'art. 283 c.p.c. (ove è il giudice d'appello che si pronuncia sulla sospensione della sentenza di primo grado) e 373 c.p.c. (ove, invece, la decisione in merito alla sospensione è demandata al medesimo giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata).

3) Per tale ragione, un'ulteriore e correlata riflessione (terzo punto) si ritiene necessaria, a parere del Tribunale, relativamente al principio di equivalenza. Occorre rammentare che il rispetto di tale principio presuppone che la norma nazionale si applichi indistintamente ai procedimenti fondati sul diritto dell'Unione e a quelli fondati sul diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 28 gennaio 2015, *ÖBB Personenverkehr*, causa C-417/13, punto 74). La norma interna, in altri termini, deve garantire un eguale trattamento processuale a situazioni giuridiche che, pur se di analogo contenuto so-

stanziale, traggano la loro origine da ordinamenti differenti.

Al fine di verificare se il principio di equivalenza sia rispettato, spetta al giudice nazionale, unico a disporre di conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi nell'ambito dell'ordinamento nazionale, accertare se le dette modalità, dirette a garantire, nell'ordinamento interno, la tutela dei diritti derivanti ai singoli dal diritto comunitario siano conformi a tale principio ed esaminare tanto l'oggetto quanto gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna con i quali si asserisce che sussista un'analogia (sentenza del 1.12.1998, *Levez*, causa C-326/96, punti 39 e 43; del 16.5.2000, *Preston e a.*, causa C-78/98, punto 49). A tale titolo, il giudice nazionale deve accertare in modo oggettivo ed astratto l'analogia delle norme di cui trattasi in considerazione della loro rilevanza nel procedimento complessivamente inteso, dello svolgimento del procedimento medesimo e delle specificità di tali norme (v., in tal senso, sentenza *Preston e a.*, cit., punti 61-63).

Sul punto, osserva il Tribunale come il rimedio analogo riconosciuto ai cittadini dello Stato membro avverso una decisione negativa impugnata in Cassazione (come nel caso di specie) è rappresentato dall'art. 373 c.p.c.

Come già si è evidenziato, l'art. 373 c.p.c. pone quale unico requisito il pericolo di un danno grave e irreparabile, per cui richiede una valutazione incentrata sul versante del *periculum in mora*, senza fare alcun riferimento al requisito del *fumus boni iuris*; la norma affida la decisione sulla sospensione allo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata per cassazione, in tal modo dovendosi ritenere incongruo demandare la delibazione, seppure a livello sommario, sul merito del ricorso proprio a quel giudice che la sentenza ha emesso.

L'art. 35 *bis*, comma 13, invece, individua il giudice competente a decidere nel "giudice che ha pronunciato il decreto impugnato" e lo chiama a decidere sulla sospensione solo sulla base della fondatezza dei motivi di ricorso. Lo stesso Tribunale che ha emesso il provvedimento negativo, pertanto, senza considerare la sussistenza del requisito del *periculum*, è chiamato a decidere se sospendere o meno il provvedimento di rigetto (e, dunque, se consentire la permanenza sul territorio nazionale al richiedente protezione, la cui domanda non è stata ancora decisa in via definitiva), sulla base di una valutazione sommaria della fondatezza dei motivi di ricorso avverso la decisione emessa dal Tribunale.

Non si rinvengono, d'altra parte, tenuto conto dell'ambito di applicazione generalizzato nell'ordinamento italiano dell'art. 373 c.p.c., elementi atti a distinguere su di un piano di ragionevolezza

la situazione del richiedente asilo che impugni una decisione idonea a costituire titolo per l'esecuzione dell'espulsione dal territorio italiano, rispetto a quella del cittadino che impugni una sentenza di appello dal titolo e dall'oggetto tra i più disparati, anch'essa provvisoriamente esecutiva.

Tanto considerato, ritiene questo Tribunale che, sebbene in merito all'introduzione di un secondo grado di giudizio, lo Stato italiano conservi integra la propria autonomia procedurale, il giudice nazionale sia tenuto a disapplicare le regole interne incompatibili con le esigenze inerenti alla natura del sistema del diritto dell'Unione di cui sopra e a fornire strumenti alternativi adeguati.

In questo senso, ritiene il Giudice remittente che l'espressione "fondati motivi" utilizzata dall'art. 35 *bis*, comma 13, debba essere interpretata, per essere compatibile con il diritto dell'Unione e con il richiamato principio di effettività della tutela, nel senso di consentire all'autorità giurisdizionale di valutare, sotto il profilo del *periculum*, il pregiudizio al diritto di tutela effettiva del ricorrente.

Questo Tribunale non ignora l'esistenza delle domande di pronuncia pregiudiziale nelle cause C-175/17 e C-180/17, né le conclusioni dell'Avvocato Generale ivi rassegnate, ma si ritiene che la questione diverga sensibilmente rispetto a quella già posta all'attenzione della Corte di Giustizia. In particolare, pur volendosi condividere l'opinione espressa dall'Avvocato generale – relativamente alla compatibilità con il diritto dell'Unione di una legge nazionale che non imponga un effetto sospensivo automatico alla procedura di impugnazione –, rimangono, comunque, non sufficientemente definiti i confini entro cui il diritto ad un rimedio effettivo limiti il potere del legislatore nazionale e, in sede interpretativa, del giudice di non concedere l'invocata sospensione. In particolare, appare imprescindibile chiarire se una legge, quale quella italiana, che consenta al giudice di adottare i provvedimenti provvisori per assicurare la detta sospensione, possa essere subordinata ad un accertamento che, per le considerazioni sopra esposte, sembra violare il principio di equivalenza e quello di effettività.

Le questioni interpretative pregiudiziali di seguito poste, come evidenziato nella esposizione di fatto, risultano dirimenti ai fini della decisione del ricorso: se sia compatibile con il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, la previsione di un effetto sospensivo non automatico alle procedure di impugnazione di una decisione di primo grado; se l'interpretazione dei "fondati motivi", come possibile fondatezza del ricorso in Cassazione, da valutarsi



da parte dello stesso giudice che ha emesso il decreto impugnato in Cassazione, sia compatibile con il diritto UE, atteso che questo Collegio potrebbe rigettare l'istanza di sospensiva, così a) precludendo al ricorrente la possibilità di permanere sul territorio nazionale sino alla conclusione del procedimento volto all'impugnativa del diniego della sua domanda di protezione internazionale, b) esponendolo ad un serio rischio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti disumani o degradanti.

5. Richiesta di applicazione del procedimento d'urgenza

In base all'art. 23 *bis* dello Statuto della Corte di Giustizia e all'art. 107 del suo regolamento di procedura, si richiede, ove possibile, che l'odierno rinvio venga sottoposto a procedura d'urgenza, tenuto conto che la situazione del signor Kika Nduka rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni del titolo V del TFUE in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che egli, in quanto destinatario di una decisione di rigetto della sua richiesta in primo grado allo stato provvisoriamente esecutiva, è tenuto a lasciare immediatamente il territorio nazionale e può essere espulso in ogni momento dal territorio italiano verso il paese d'origine ed ivi essere esposto ad un serio rischio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti disumani o degradanti.

Alla luce della situazione del cittadino del paese terzo di cui al procedimento principale, la risposta della Corte alle questioni pregiudiziali avrà un'influenza determinante sul fatto se egli possa o meno restare sul territorio italiano; è pertanto opportuno che una decisione sia assunta al più presto.

PER QUESTI MOTIVI

sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

se il principio di leale collaborazione ed i principi di equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 4, par. 3 e 19, par. 1, TUE, l'articolo 47, commi 1 e 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché la direttiva 2013/32/UE (in particolare, artt. 22 e 46) debbano essere interpretati nel senso che: a) il diritto dell'Unione europea impone che il mezzo di impugnazione, ove il diritto nazionale lo preveda per le procedure vertenti sul rigetto di una domanda di riconoscimento di protezione internazionale abbia automaticamente effetto so-

spensivo; b) essi ostano ad una procedura come quella italiana (art. 35 *bis*, comma 13, del D.Lgs. 25/2008, come modificato dal D.L. 13/17, convertito nella legge 46/17) in cui all'autorità giudiziaria adita dal richiedente asilo – la cui domanda sia stata respinta dall'Autorità amministrativa incaricata di esaminare le richieste di asilo e dal Tribunale di primo grado – è consentito di rigettare l'istanza di sospensione della decisione negativa, considerando esclusivamente la fondatezza dei motivi di ricorso avverso la decisione, emessa dallo stesso giudice chiamato a decidere la sospensiva e non il pericolo di un grave ed irreparabile danno

Sospende il procedimento fino alla pronuncia della Corte di Giustizia.

Dispone che la Cancelleria trasmetta l'odierna ordinanza e il fascicolo di causa, mediante plico raccomandato, alla cancelleria della Corte di giustizia (Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Lussemburgo).

Così deciso in Milano, il 9 maggio 2018

Il Giudice estensore
Giudice dott.ssa Martina Flamini

Il Presidente
Giudice dr. Patrizio Gattari

