

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

SOMMARIO: 1. Premessa. La natura dell'azione fatta valere nell'ambito Dublino: accertamento della competenza o giudizio sulla legittimità dell'atto? – 2. Il contesto: la natura ibrida del Regolamento Dublino III – 3. Le perduranti frizioni tra la Corte di giustizia e la Corte EDU – 4. L'attivazione obbligatoria da parte del giudice della clausola di discrezionalità ex art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013 – 4.1 Le ipotesi: le violazioni a carattere individuale dell'art. 3 CEDU – 4.2. Il *refoulement* indiretto – 4.3. Le violazioni a carattere sistemico della direttiva qualifiche come violazioni del diritto d'asilo ex art. 18 della Carta – 4.4. Il rispetto della vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU – 5. Applicazione al contesto italiano della tesi relativa all'attivazione obbligatoria e da parte del giudice della clausola di discrezionalità alla luce della natura dell'azione fatta valere – 6. La questione degli obblighi informativi: un onere da assolvere anche nelle procedure di ripresa in carico? – 7. Quale regime sanzionatorio è applicabile al provvedimento di trasferimento assunto in violazione degli obblighi informativi e/o del diritto all'intervista personale?

### **1. Premessa. La natura dell'azione fatta valere nei procedimenti Dublino: accertamento della competenza o giudizio sulla legittimità dell'atto?**

Questo contributo intende fornire alcuni spunti ricostruttivi e di analisi critica relativamente ad alcune questioni emerse in applicazione del Reg. UE del Parlamento e del Consiglio, 26 giugno 2013, n. 604, c.d. Dublino III, questioni che sono state recentemente oggetto di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia da parte di taluni giudici di merito e della Corte di Cassazione italiani.

Si tratta, in particolare, di interrogativi che riguardano quale sia il rimedio applicabile dal giudice allorché il trasferimento, ai sensi del Reg. Dublino, rischi di violare diritti fondamentali della persona e, più nello specifico, se tale rimedio possa essere rappresentato dall'attivazione obbligatoria disposta dal giudice della c.d. clausola di sovranità/discrezionalità<sup>1</sup> ai sensi dell'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La cd. "clausola di sovranità" era prevista originariamente all'art. 3, par. 2 del Reg. 343/2003, mentre l'art. 15, par. 1 conteneva la cd. "clausola umanitaria". Il regolamento Dublino III ha riunito le due previsioni all'articolo 17, oggi rubricato "clausole discrezionali", disciplinando, al par. 1, la "vecchia" clausola di sovranità e al par. 2 la pregressa clausola umanitaria. In questo scritto, il riferimento alla clausola di sovranità andrà inteso alla clausola di cui all'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013.

<sup>2</sup> Su questi profili, si concentrano l'ord. del Trib. Roma 12 aprile 2021 e quella sollevata dal Trib. Firenze 29 aprile 2021.

Oltre a ciò, i dubbi hanno riguardato la questione se gli obblighi informativi previsti dagli artt. 4 e 5 del Reg. 604/2013 debbano essere assolti anche nelle procedure di ripresa in carico e, in caso di risposta positiva, quale sia il regime di invalidità applicabile al provvedimento amministrativo di trasferimento assunto in violazione di tali diritti di partecipazione procedimentale<sup>3</sup>.

Tutte queste questioni verranno qui affrontate alla luce di un profilo che si ritiene comune e rilevante nell'ottica della giurisdizione italiana in relazione all'impugnazione del provvedimento di trasferimento Dublino, ossia quale sia la natura del ricorso *ex art. 3, comma 3 bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25: si tratta di un'azione di accertamento, mediante cui il giudice statuisce in merito a quale sia lo Stato effettivamente competente all'esame della domanda, o è un'azione che mira a vagliare la legittimità dell'atto di trasferimento e che dunque, in caso di accertata invalidità, si conclude con l'annullamento di tale provvedimento amministrativo?

La risposta a questa preliminare domanda è suscettibile di fornire soluzioni diverse agli interrogativi di cui sopra, tenendo presente, in entrambi i casi, la nozione di rimedio effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

## 2. Il contesto: la natura ibrida del Regolamento Dublino III

Come noto, il c.d. sistema Dublino, sviluppatosi inizialmente da un accordo internazionale tra Stati europei e poi consolidatosi in un atto di diritto derivato dell'UE, il Reg. Dublino appunto, cui però sono vincolati anche Svizzera, Norvegia, Lichtenstein, nasce con l'intento di definire dei criteri uniformi per determinare lo Stato membro competente alla disamina della domanda di protezione internazionale, così da evitare i movimenti secondari dei richiedenti da uno Stato all'altro e garantire la celerità dei relativi procedimenti sulla domanda<sup>4</sup>.

L'intero sistema si fonda su relazioni bilaterali tra amministrazioni dei Paesi membri che, in applicazione appunto dei criteri stabiliti dal Reg., sono chiamate eventualmente a prendere in carico o a riprendere in carico il richiedente asilo<sup>5</sup> e a procedere all'esame della domanda di protezione internazionale.

---

<sup>3</sup> Su questi aspetti si veda l'ord. Cass. 29 marzo 2021, n. 8668 e quella del Trib. Trieste 2 aprile 2021. Tutte e quattro le ordinanze di rimessione alla Corte di giustizia sono consultabili in allegato all'articolo di G. MICHELINI, *Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale*, in *Questione Giustizia*, 11.5.2021. Infine, con ord. del 14 aprile 2021, n. R.G. 43911/20, il Trib. di Milano ha posto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali: la prima relativa al regime di invalidità applicabile all'ipotesi di omissione di obblighi informativi nella fase procedimentale e se sussistano differenze di disciplina nelle procedure di presa e ripresa in carico; con la seconda questione, invece, il giudice meneghino ha interrogato la Corte di giustizia circa la riconducibilità o meno del cd. *refoulement* indiretto nel concetto di carenze sistemiche di cui all'art. 3, par. 2, Reg. 604/2013.

<sup>4</sup> Per un commento puntuale alle disposizioni del Regolamento e per il contesto storico che ne ha portato all'adozione, v. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, in K. HAILBRONNER, D. THIM (eds), *Eu Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II ed, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016, pp. 1478 ss.; S. PEERS, *The Dublin III Regulation*, in S. PEERS, V. MORENO-LAX, GARLICK, E. GUILD (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 345 ss.

<sup>5</sup> O la persona in relazione alla quale lo Stato che riprende in carico ha già completato l'esame della domanda di protezione internazionale, con esito negativo, e che dunque è presente irregolarmente.

Il meccanismo si basa sul presupposto, richiamato dal considerando 3 dell'attuale Reg. 604/2013, per cui tutti gli Stati membri, in quanto rispettosi dal principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini dei Paesi terzi. Essi, pertanto, possono procedere al trasferimento dei richiedenti verso un Paese vincolato al sistema Dublino, riconoscendo così effetti giuridici ad atti prodotti in un altro Stato UE.

Si tratta, dunque, di un'applicazione puntuale del principio del mutuo riconoscimento, una tecnica regolatoria, tipica nel contesto dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, che ben esemplifica il carattere c.d. sovranazionale dell'Unione: l'evidente ritrosia degli Stati a cedere integralmente competenze in materia di diritto penale, sostanziale e procedurale, di controllo delle frontiere, di cooperazione giudiziaria in materia civile ha escluso la predisposizione di un apparato esecutivo centralizzato, secondo la formula dell'amministrazione diretta<sup>6</sup>, e ha quindi imposto il mantenimento di relazioni bilaterali e multilaterali tra amministrazioni e giurisdizioni degli Stati, fondate appunto sul principio del mutuo riconoscimento e sulla fiducia reciproca.

Questi meccanismi intrattengono un rapporto per così dire ambivalente rispetto alla sovranità statale<sup>7</sup>.

Da una parte, infatti, il *mutual trust* presuppone, come detto, un'integrazione di carattere sostanziale relativamente debole, evita lo sviluppo di meccanismi di esecuzione diretta e privilegia la dimensione del coordinamento tra Stati. Ne consegue, dunque, sotto questo profilo, una conferma dell'autonomia procedurale dei singoli Stati membri e di una sostanziale impermeabilità dei loro sistemi nazionali<sup>8</sup>.

Dall'altra parte, però, il principio della fiducia reciproca implica che le autorità dello Stato richiesto non possano opporre ragioni legate, ad esempio, al rispetto dei diritti fondamentali, soprattutto per come declinati nei diversi contesti nazionali, a giustificazione del rifiuto di dare esecuzione all'atto prodotto nello Stato membro richiedente<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Un'eccezione è, tuttavia, rappresentata dall'istituzione della Procura europea a partire da Eurojust che ha il compito di indagare e perseguire frodi contro il bilancio UE e altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Tale sviluppo, previsto solo come eventuale dall'art. 86 TFUE e condizionato dall'unanimità in sede di Consiglio, salvo ricorso alle cooperazioni rafforzate, si è appunto concretizzato, facendo uso di tale ultimo strumento, con l'approvazione del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12.10.2017.

<sup>7</sup> Come nota C. RIZCALLAH, *The Challenges to Trust-Based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a driver of EU Integration*, in *Eur. Law Jour.*, vol. 25, n. 1, 2019, pp. 1 ss.

<sup>8</sup> C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 4.

<sup>9</sup> In realtà, questa affermazione necessiterebbe di essere più attentamente calibrata alla luce delle declinazioni che il principio del mutuo riconoscimento riceve nei diversi atti di diritto derivato. Se, ad esempio, in relazione al mandato d'arresto europeo, la relativa decisione quadro non contempla clausole generali che abilitino lo Stato richiesto a negare l'esecuzione in ipotesi diverse e ulteriori da quelle già prese in considerazione dal testo della decisione, quali potrebbero essere, ad esempio, standard di tutela più elevati per i diritti della persona ricavabili dal dato costituzionale del Paese richiesto (su questo cfr. Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, Causa C-399/11, *Melloni*, con riferimento alla lesione del diritto a un processo equo derivante da una condanna penale pronunciata in contumacia), diversamente accade in relazione al Regolamento Dublino. L'esistenza nel testo del Regolamento della clausola c.d. di sovranità dovrebbe consentire all'amministrazione statale, più dubitativamente al giudice, di evitare il trasferimento e procedere a valutare la domanda, laddove si ritenesse di garantire uno standard di tutela

Il presupposto comune degli atti cui è applicabile il principio in questione è, infatti, la presunzione secondo la quale gli Stati dell'UE, proprio perché appartenenti all'UE e vincolati ai valori di cui all'art. 2 del TUE, offrano un sistema di tutela dei diritti adeguato<sup>10</sup>.

Il potenziale impatto del sistema Dublino rispetto alla dimensione individuale dei diritti della persona era profilo particolarmente negletto, almeno nella versione originaria del Reg. Dublino. Non è da questo punto di vista superfluo ricordare come il Reg. n. 343/2003 – il c.d. Dublino II – si ponesse essenzialmente come uno strumento di carattere organizzativo, che si limitava a dettare vincoli tra Stati membri in relazione all'esame delle domande di protezione internazionale, privilegiando soprattutto una dimensione intergovernativa, in linea peraltro con la natura originariamente internazionale, e non di diritto dell'UE, della Convenzione di Dublino<sup>11</sup>.

Mancavano, da una parte, i diritti di partecipazione al procedimento amministrativo, limitandosi, il Reg. del 2003, ad una stringata previsione che stabiliva, a favore del richiedente, un'informazione scritta sui criteri applicabili<sup>12</sup>. Dall'altra, quanto al diritto a un rimedio effettivo, si prevedeva solo una laconica clausola circa la possibilità di esperire un ricorso o una revisione avverso la decisione di trasferimento<sup>13</sup> e ciò aveva determinato molte incertezze applicative nella giurisprudenza sia degli Stati membri sia della stessa Corte di giustizia riguardo al tipo di rimedio esperibile e all'ampiezza dello stesso.

Il Reg. Dublino III segna, in questo senso, una netta evoluzione non solo perché esso contiene disposizioni specifiche relative ai diritti di partecipazione procedimentale, ma anche perché prevede espressamente il diritto a un ricorso effettivo di carattere giurisdizionale avverso il trasferimento, con una formulazione non identica, ma che pure riecheggia quella dell'art. 46 della “direttiva procedure” e dell'art. 47 della Carta.

Insomma, la consapevolezza che i meccanismi Dublino possano impattare sui diritti fondamentali è nettamente percepibile nel nuovo Reg. Dublino, come testimoniato dai considerando 19 e soprattutto 39.

Le innovazioni, però, più rilevanti, sotto il profilo della tutela dei diritti, sono state il frutto della giurisprudenza della Corte EDU. Come è noto, è stata quest'ultima, nella

---

più elevato rispetto a quello dello stato di trasferimento. Su questo profilo, v. l'ord. Trib. Firenze e comunque *infra* nel testo.

<sup>10</sup> Cfr. V. CARLINO, G. MILANI, *To trust or not to trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d'arresto europeo e sistema comune d'asilo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2019; A. DI STASI (cur.), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del titolo VI della Carta*, Napoli, 2019.

<sup>11</sup> Si veda sul punto Corte di giustizia, sent. 7 giugno 2006, Causa C-63/15, *Ghezelbash*, par. 51 in cui si rileva la differenza di approccio del Regolamento Dublino II rispetto al Dublino III.

<sup>12</sup> Cfr. art. 3, par. 4, Reg. 343/2003.

<sup>13</sup> Cfr. art. 19, par. 2: «[...] La decisione può formare oggetto di ricorso o revisione. Il ricorso o la revisione della decisione non ha effetto sospensivo ai fini dell'esecuzione del trasferimento a meno che il giudice o l'organo giurisdizionale competente non decida in tal senso caso per caso se la legislazione nazionale lo consente».

celebre sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*<sup>14</sup>, a mettere in discussione l'impianto del sistema, laddove ha riconosciuto la responsabilità del Belgio, per violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto quest'ultimo non aveva impedito il trasferimento di un richiedente asilo in Grecia, nonostante fossero dati notori le carenze sistemiche quanto al trattamento delle domande e alla ricezione dei richiedenti asilo in tale Paese.

Secondo la Corte EDU, la circostanza per cui uno Stato membro dell'UE sia chiamato a dare esecuzione a richieste di altri Stati membri, basate sul principio del *mutual trust*, non esime lo Stato richiesto da una verifica dell'effettivo rispetto dei diritti della Convenzione EDU nello Stato richiedente, traducendosi, la mancata verifica, in una violazione indiretta della Convenzione. Il meccanismo che, secondo la Corte EDU, consente di ritenere compatibile il principio della fiducia reciproca con gli obblighi che discendono in capo agli Stati dell'UE dall'art. 3 della Convenzione EDU è la c.d. clausola di sovranità, oggi clausola di discrezionalità. Essa consente appunto allo Stato membro che determina la competenza di pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale, anche appunto se non sarebbe competente sulla base dei criteri stabiliti nel Reg. Dublino, e ciò per ragioni politiche, umanitarie, o anche di mera opportunità.

Il ragionamento della Corte EDU parte dalla constatazione che l'UE non è parte della CEDU e dunque non può essere valutata un'eventuale violazione alla Convenzione perpetrata da atti o istituzioni dell'Unione. Pertanto, secondo la dottrina *Bosphorus*, elaborata dalla stessa Corte EDU, gli Stati dell'UE, parti della Convenzione, non possono essere chiamati a rispondere di eventuali violazioni della Convenzione ogniqualvolta essi si limitino a dare attuazione, in modo vincolato, ad atti dell'UE, sempreché quest'ultima garantisca una tutela sostanzialmente equivalente a quella data dalla CEDU. Tuttavia, la responsabilità degli Stati membri dell'UE di fronte alla Convenzione si riepande integralmente quando il diritto dell'UE garantisce un margine di discrezionalità nell'implementazione nazionale, consentendo in tal modo agli Stati di rispettare gli obblighi della Convenzione. Per la Corte EDU, dunque, l'azionabilità della clausola di sovranità è da ritenersi obbligatoria ogniqualvolta, attraverso tale strumento, si possa evitare che il trasferimento ai sensi di Dublino violi uno dei diritti della Convenzione.

La successiva giurisprudenza della Corte di giustizia si è fatta parzialmente carico delle censure mosse dalla Corte EDU, ammettendo, nel caso *N.S.*, la possibilità di non procedere al trasferimento verso il Paese competente ma limitatamente all'ipotesi in cui in quest'ultimo vi siano fondati motivi di ritenere che sussistano carenze sistemiche nelle procedure d'asilo o nelle condizioni di accoglienza che implicino il rischio, allorché si effettuasse il trasferimento del richiedente, di un trattamento inumano e degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>15</sup>.

È importante osservare che il caso *N.S.* riguardava un'ipotesi di presa in carico: il ricorrente, transitato in Grecia e soggetto anche ad arresto, non aveva presentato qui

---

<sup>14</sup> Corte EDU (G.C.), sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

<sup>15</sup> Corte giust., sent. 21 dicembre 2011, Causa C-411/10, *N.S.* In dottrina, cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 3, 2015, 728.

alcuna domanda di asilo. La Corte di giustizia, dunque, ammettendo che la Grecia non potesse essere considerato il paese responsabile per via delle riscontrate violazioni alla Convenzione, invitava le autorità dello Stato precedente alla determinazione della competenza – il Regno Unito – a valutare se sussistesse un altro stato competente per la domanda, secondo i criteri previsti dal Regolamento. Tuttavia, secondo la Corte, nel proseguire tale disamina, lo Stato membro non avrebbe dovuto aggravare la situazione di violazione dei diritti fondamentali del richiedente asilo attraverso una procedura dalla durata irragionevole. All'occorrenza, osserva la Corte, detto stato è tenuto a esaminare esso stesso la domanda, conformemente alle modalità previste all'art. 3, par. 2 del Reg. n. 343/2003. La Corte di giustizia, dunque, impone (*lo stato è tenuto*) l'attivazione della clausola di sovranità al fine di ovviare alla durata irragionevole della procedura di determinazione della domanda.

Come detto, il caso *N.S.* si configurava come un'ipotesi di presa in carico. In una situazione di ripresa in carico, la soluzione di continuare a procedere con l'esame dei criteri, al fine di individuare un altro Stato competente, ai sensi del Reg. Dublino, non è praticabile, essendo la competenza dello Stato verso cui si opera il trasferimento non controversa<sup>16</sup>. Il rimedio, in tali casi, non potrebbe che essere il radicamento della competenza presso lo Stato che ha avviato la procedura di determinazione.

Come noto, la giurisprudenza *N.S.* è stata poi codificata all'odierno art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013. La disposizione, infatti, prevede che, nei casi in cui si abbiano fondati motivi di ritenere che sussistano violazioni sistemiche nelle procedure d'asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti, tali da implicare il rischio di un trattamento inumano o degradante, lo stato che ha avviato la procedura prosegue l'esame dei criteri per verificare se uno stato membro possa essere designato come competente. Il terzo capoverso stabilisce, però, che «qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente».

La disposizione, dunque, offre un identico rimedio – il radicamento della competenza presso lo Stato che ha avviato la procedura di determinazione della domanda – in due distinte ipotesi: la prima, applicabile evidentemente nelle procedure di presa in carico, ricorre qualora non sia possibile eseguire il trasferimento verso un altro Stato membro – diverso da quello in astratto competente laddove non si dessero le violazioni sistemiche – designato in base ai criteri di cui al capo III del Reg. Dublino. La seconda eventualità – «qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo [...] verso lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata» – sembra applicabile, invece, nelle sole situazioni di ripresa in carico, essendoci unicamente in tale caso una domanda che «è stata presentata». Ne consegue, dunque, che nelle procedure di ripresa in carico, laddove il trasferimento non sia possibile a causa delle violazioni sistemiche di cui all'art. 3, par. 2, secondo capoverso, la soluzione

---

<sup>16</sup> Su questo aspetto, decisivo per distinguere le procedure di presa in carico da quelle di ripresa in carico, si veda efficacemente Corte giust., sent. 2 aprile 2019, causa C-582/17 e C-583/17, *H.R.*

operativa è l'immediato radicamento della competenza nello Stato che ha avviato la procedura di determinazione della domanda, senza necessità alcuna di un'ulteriore attività di accertamento relativa all'esistenza di un altro stato competente secondo i criteri Dublino, ipotesi invece applicabile solo nei casi di presa in carico.

Non risulta, invece, codificato dall'odierno art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013 il riferimento che la Corte di giustizia pure svolge in *N.S.* quanto all'attivazione obbligatoria della clausola di sovranità in relazione alle lungaggini nell'espletamento della procedura di determinazione dello Stato competente<sup>17</sup>.

### 3. Le perduranti frizioni tra la Corte di giustizia e la Corte EDU

Nonostante le sensibili innovazioni introdotte dal Reg. Dublino III e il riconoscimento del carattere solo relativo e non assoluto della presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'UE, su cui poggia appunto il principio della fiducia reciproca<sup>18</sup>, si deve comunque notare un certo disallineamento tra Corte di giustizia e Corte EDU sia sulla portata delle possibili deroghe a tale principio sia sulle conseguenze, in termini di rimedio effettivo, spettanti al giudice.

In effetti, è da tenere in considerazione che il faro che guida e ha guidato la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza è sempre stato l'effettività del diritto dell'UE rispetto al diritto degli Stati membri, ossia il primato. Questa concezione di carattere oggettivo dell'effettività, perché legata in sostanza al conflitto tra ordinamenti giuridici, nazionale e dell'UE, e alla prevalenza delle norme del secondo sul primo, può entrare in conflitto con una concezione di effettività diversa, di carattere soggettivo, ossia come diritto fondamentale del singolo ad un rimedio effettivo<sup>19</sup>.

È importante osservare, da questo punto di vista, che proprio la salvaguardia del principio della fiducia reciproca, considerato dalla Corte di giustizia come la pietra angolare del sistema regolativo degli atti assunti nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia e dunque tassello assai rilevante per l'effettività del diritto dell'UE nel suo complesso, ha condotto i giudici del Lussemburgo a ritenere incompatibile con il TUE il progetto di Trattato di accessione della UE alla CEDU.

Nelle parole della Corte: «il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo (v., in tal senso, sentenze *N.S.* e a., C-411/10

---

<sup>17</sup> Tale profilo è efficacemente sottolineato da M. MARCHEGANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2014, pp. 178-179.

<sup>18</sup> Non è un *blind trust*, per dirla con le parole di K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust*, in *C. M. L. Rev.*, vol. 54, 2017, pp. 805 ss.

<sup>19</sup> Su questa tensione, v. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5, 2018; O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, vol. III, Napoli, 2014, pp. 2324 ss.

e C-493/10, EU:C:2011:865, punti da 78 a 80, nonché Melloni, EU:C:2013:107, punti 37 e 63). Allorché attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono quindi essere tenuti, in forza di quest'ultimo, a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione»<sup>20</sup>.

Questa diversa impostazione, quanto alle accezioni del rimedio effettivo, è alla base di un distinguo tra le due Corti: in ragione della natura solo eccezionale che deve caratterizzare la deroga al principio della fiducia reciproca, la Corte di giustizia ha inizialmente riconosciuto la possibilità di una eccezione al meccanismo di Dublino solo in ipotesi di violazione a carattere sistemico nelle procedure d'asilo e di ricezione dei richiedenti asilo che siano tali da configurare un rischio di trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU o 4 della Carta.

Il punto di frizione rispetto alla Corte EDU era rappresentato dal diverso rilievo attribuito all'individuo: mentre, infatti, da parte della Corte EDU l'attenzione è rivolta al profilo del rimedio effettivo della persona e dunque ciò che rileva è il rischio che, attraverso il trasferimento ai sensi del Reg. Dublino, il richiedente possa subire un deterioramento della sua situazione e un potenziale rischio di trattamento inumano e degradante, avuto riguardo alle sue personali condizioni, per la Corte di giustizia, invece, vi è la necessità di contemperare la tutela dei diritti fondamentali con l'interesse generale all'effettività del diritto dell'Unione, intendendo quest'ultima in senso oggettivo: nel caso di specie, ciò si traduce nel non condizionare eccessivamente l'operatività del principio del *mutual trust*.

La diversa prospettiva emerge con nettezza nel caso *Tarackel* deciso dalla Corte EDU<sup>21</sup>: qui, la Svizzera viene condannata per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al trasferimento di una famiglia di richiedenti asilo in Italia, nonostante la Corte rilevi che tale Paese non presenti un rischio di violazione sistemica, come invece riscontrato in Grecia nel caso *M.S.S.* Ciononostante, la Corte EDU sancisce che la Svizzera avrebbe dovuto considerare anche i rischi di un trattamento inumano e degradante, conseguenti al trasferimento, in relazione alla *situazione individuale* dei ricorrenti e, all'uopo, procedere con l'attivazione della clausola di sovranità.

La possibilità di ammettere deroghe al principio della fiducia reciproca di carattere soggettivo, idonee a dare tutela alle esigenze di vulnerabilità del singolo individuo, e non solo alle situazioni di violazioni sistemiche, ha infine fatto breccia nella Corte di giustizia nel caso *C.K.*: una giovane donna siriana, richiedente asilo, che aveva sviluppato, dopo il parto, un'acuta sindrome depressiva con tendenze suicide, si opponeva per tale ragione al trasferimento dalla Slovenia alla Croazia, Paese competente per l'esame della domanda di protezione internazionale<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte giust., Parere 2/2013, parr. 191-192.

<sup>21</sup> Corte EDU (GC), sent. 4 novembre 2014, *Tarackel c. Svizzera*

<sup>22</sup> Corte giust., sent. 16 febbraio 2017, Causa C-578/16/PPU, *C.K.*

Tuttavia, è sotto il profilo del rimedio applicabile che continuano a permanere sensibili divergenze tra le due Corti.

Come osservato, laddove il trasferimento, ai sensi di Dublino, rischi di determinare una violazione della Convenzione, il rimedio imposto dalla Corte EDU è l'attivazione obbligatoria della clausola di discrezionalità.

Non è questa, tuttavia, la soluzione prospettata dalla Corte di giustizia nel caso *C.K.* che appare imperniata su un approccio di gradualità e di cooperazione tra amministrazioni statali. In primo luogo, infatti, il giudice, chiamato a valutare il trasferimento verso il paese competente, può adottare misure necessarie per assicurarsi che l'amministrazione richiedente attui le necessarie precauzioni e può verificare in udienza lo stato di salute della persona prima dell'esecuzione del trasferimento (cons. 84).

Solo laddove le precauzioni non siano ritenute sufficienti a evitare il rischio di trattamenti inumani e degradanti, le autorità dello Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione devono sospendere il trasferimento, finché le condizioni di salute lo rendano possibile (cons. 85). La Corte di giustizia ritiene che lo Stato membro non sia tenuto ad attivare la clausola di discrezionalità, ai sensi dell'attuale art. 17, par. 1 del Reg. Dublino, pur osservando che tale attivazione non sarebbe contraria al Reg. (cons. 88). Tuttavia, osserva la Corte, il radicamento della competenza nello Stato che procede alla determinazione della competenza maturerà comunque, come effetto del passaggio del termine dei sei mesi ai sensi dell'art. 29 del Reg. (cons. 89).

Tale conclusione della Corte solleva talune perplessità. Infatti, se la sospensione del trasferimento, laddove le precauzioni non fossero ritenute sufficienti, deve essere decretata da parte del giudice, come pure sembra evincersi dal cons. 90, il termine dei sei mesi, *ex art. 29 del Reg.*, non dovrebbe decorrere, visto che non si potrebbe parlare in tali casi di "decisione definitiva", come prescritto da tale ultima disposizione.

Anche nel successivo caso *Jawo*<sup>23</sup>, la Corte, nella formazione della *Grande Chambre*, ha riconosciuto la possibilità di una deroga al principio del *mutual trust* ulteriore rispetto alle violazioni sistemiche e ciò nell'ipotesi in cui alla persona, allorché trasferita nel paese competente, venga sì riconosciuto lo status di protezione internazionale, ma senza che lo stesso abbia accesso ad alcuna specifica forma di assistenza, così da esporla ad una situazione di estrema privazione materiale.

Anche qui, però, la Corte si limita ad osservare che il trasferimento non può essere eseguito, ma non dice quale debba essere la soluzione operativa del giudice: è l'annullamento del relativo decreto di trasferimento, con successiva attesa del passaggio del termine di sei mesi, *ex art. 29 del Reg.*, al fine di radicare la competenza nello stato che procede a determinare la competenza? Se così, è davvero questa una soluzione che risponde alla necessità di garantire un rimedio effettivo della parte e al principio della celerità nell'espletamento delle domande d'asilo?

---

<sup>23</sup> Corte giust., sent. 19 marzo 2019, Causa C-163/17, *Jawo*.

#### 4. L'attivazione obbligatoria da parte del giudice della clausola di discrezionalità ex art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013

La Corte di giustizia ha più volte affermato che l'attivazione della clausola cd. di sovranità rimane nella piena discrezionalità dello Stato. Peraltro, la decisione di non attivarla non è insindacabile, potendo, dunque, la mancata o non sufficiente motivazione sul punto essere censurata in sede di ricorso<sup>24</sup>.

La Corte EDU, invece, ritiene che, laddove il trasferimento sia suscettibile di violare uno dei diritti previsti dalla Convenzione, l'attivazione della clausola rappresenti un obbligo per lo Stato membro, essendo l'unica via attraverso cui quest'ultimo può evitare di incorrere in responsabilità.

È da ricordare, a riguardo, che il considerando 32 del Reg. 604/2013 impone agli Stati parte il pieno rispetto degli obblighi internazionali, nonché della pertinente giurisprudenza della Corte EDU<sup>25</sup>. Si tratta, a ben vedere, di una specificazione più pregnante di quanto previsto dall'art. 52, par. 3 della Carta. Tale disposizione – che afferma il principio secondo cui, laddove i diritti enunciati dalla Carta corrispondono a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi devono essere uguali a quanto previsto dalla seconda – non include alcun riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU<sup>26</sup>, lasciando così libera la Corte di giustizia di effettuare un bilanciamento diverso rispetto a quello volta per volta effettuato dalla Corte EDU, in modo da garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'UE.

Valorizzando, dunque, il riferimento al suddetto considerando, si può prospettare la seguente tesi: sebbene la clausola discrezionale sia normalmente applicabile da parte dell'amministrazione per ragioni umanitarie, politiche, anche di opportunità, questo non esclude che vi siano circostanze in cui la sua attivazione debba ritenersi obbligatoria. Ciò si darebbe, in particolare, al fine di garantire il rispetto dei vincoli internazionali derivanti dalla CEDU. In tale evenienza, l'attività dell'amministrazione è da ritenersi a carattere vincolato, sicché, laddove questa rimanesse inerte, il giudice dovrebbe attivare la clausola al fine di non violare gli obblighi internazionali e, segnatamente, la giurisprudenza della Corte EDU, come appunto ricordato dal considerando 32.

A sostegno di questa impostazione, si deve sottolineare come l'attivazione della clausola discrezionale non sia contraria ai fini perseguiti dal Regolamento, ma, al contrario, appaia un rimedio efficace sia per il richiedente sia per l'UE nel suo

---

<sup>24</sup> Corte giust, sent. 23 gennaio 2019, Causa C-661/17, *M.A., S.A., A.Z.*, su cui M. FERRI, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A., S.A., A.Z. sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2019.

<sup>25</sup> Considerando 32 del Reg. 604/2013: «Per quanto riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, *compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*. (corsivo nostro).

<sup>26</sup> Il riferimento, però, alla giurisprudenza della Corte EDU è contenuto nelle Spiegazioni alla Carta, le quali, ai sensi dell'art. 6, par. 1 TUE, devono essere tenute in debito conto nell'interpretazione e applicazione della Carta.

complesso, garantendo un celere espletamento delle domande d'asilo<sup>27</sup>. Lo riconosce la stessa Corte di giustizia, che implicitamente in *C.K.* esorta gli Stati a farne applicazione. Lo ricorda lo stesso Reg. Dublino III al considerando 17.

L'applicazione della clausola risponde alle esigenze di garantire alla parte un rimedio effettivo: in molti casi in cui il trasferimento non può essere eseguito, perché costituirebbe una violazione dei diritti fondamentali (si consideri il caso *C.K.* e *Javo* in precedenza visti), l'attivazione della clausola anticipa di fatto una soluzione – il radicamento della competenza nello Stato che determina la procedura – che si affermerebbe comunque, mediante il passaggio del termine dei sei mesi, ai sensi dell'art. 29 del Reg. 604/2013.

Ma in quali ipotesi è configurabile l'attivazione obbligatoria della clausola e, dunque, quando si può ritenere che si sia in presenza di un'attività a carattere vincolato da parte dell'amministrazione, di modo che si possa giustificare l'intervento sostitutivo da parte del giudice rispetto all'amministrazione?

Ritengo che, per rispondere alla domanda di cui sopra, si debba ricordare ancora una volta il considerando 39 del Regolamento secondo cui «il presente Regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli artt. 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa. Il presente Regolamento dovrebbe pertanto essere applicato di conseguenza».

Dunque, le ipotesi di attivazione obbligatoria della clausola di discrezionalità vanno individuate partendo da tale testo, letto alla luce dell'ulteriore considerando 32 a tenore del quale, come già sottolineato, gli Stati, in attuazione del Regolamento, sono vincolati agli obblighi internazionali e in particolare alla giurisprudenza della Corte EDU.

Ciò non esclude che la clausola di discrezionalità possa essere attivata in ipotesi ulteriori e di carattere interno, ad esempio al fine di dare tutela a nozioni più ampie del diritto d'asilo di carattere costituzionale nazionale<sup>28</sup>. Come detto, il Regolamento non si oppone a che lo Stato attivi la clausola sulla base di una valutazione di opportunità. Tuttavia, in tali circostanze, diverrebbe più dubbia l'applicazione della clausola da parte del giudice, non poggiando in questi casi l'attivazione giudiziale su una base di diritto euro-unitario. Ciò, invece, accadrebbe laddove, appunto, si desse ingresso, attraverso il considerando 32, a quella giurisprudenza della Corte EDU che, come argomentato, imporrebbe agli Stati parte, per evitare violazioni della Convenzione, l'attivazione obbligatoria della clausola. È quest'ultimo profilo, mi pare, a permettere di escludere ogni margine di discrezionalità in capo all'amministrazione e a evitare di configurare l'attivazione da parte del giudice come potenzialmente confliggente con il principio della separazione dei poteri

---

<sup>27</sup> Questo aspetto è sottolineato, in generale, anche da C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 1532 ss.

<sup>28</sup> Attorno a questo profilo, ruota l'ord. di rimessione alla Corte di giustizia del Trib. di Firenze, il quale interroga la Corte al fine di sapere se l'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013 si debba interpretare nel senso che esso sia d'ostacolo o se, invece, consenta, pur non imponendo, al giudice, investito dell'impugnazione del decreto di trasferimento, di affermare la competenza dello Stato che dovrebbe eseguire il trasferimento, attraverso l'attivazione della clausola. Tale soluzione viene giustificata dal giudice rimettente anche come rimedio per garantire il rispetto dell'art. 10, comma 3 Cost. it., norma che darebbe una tutela più ampia di quella offerta dalla protezione internazionale del diritto dell'UE.

Passiamo ora a considerare le situazioni materiali in cui l'attivazione della clausola si potrebbe ritenere giuridicamente dovuta.

#### 4.1 Le ipotesi: le violazioni a carattere individuale dell'art. 3 CEDU

Una prima ipotesi si configura laddove il trasferimento determinasse, in ragione delle peculiari condizioni del soggetto, una violazione dell'art. 3 CEDU o art. 4 della Carta, anche in assenza delle violazioni sistemiche di cui all'art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013. È questa appunto la situazione affrontata da *Tarackel* e poi accolta dalla Corte di giustizia in *C.K.*, su cui non si ritiene opportuno soffermarsi ulteriormente.

#### 4.2 Il *refoulement* indiretto

Con tale espressione ci si riferisce al rischio che il destinatario di una decisione di trasferimento, una volta riammesso nel territorio dello Stato competente, alla conclusione con esito negativo della procedura di asilo o per essersi questa già conclusa con esito negativo, sia ulteriormente rimandato nel Paese d'origine, dove può essere esposto al rischio di subire un trattamento inumano e degradante.

Le ipotesi cui alludiamo attengono, però, a situazioni in cui nello Stato competente non siano individuabili violazioni a carattere sistemico, ai sensi dell'art. 3 par. 2 del Reg., giacché, in questa eventualità, opererebbe in modo autonomo la soluzione tratteggiata da tale disposizione. Ci si riferisce, piuttosto, a prassi nazionali, amministrative e/o giudiziali, che applicano la direttiva “qualifiche” e/o “procedure” secondo standard di tutela meno elevati di quelli praticati nel contesto nazionale e tali da porre il rischio del rinvio nel Paese d'origine, in asserita violazione indiretta o *par ricochet* dell'art. 3 CEDU.

Come esempi, emersi nella giurisprudenza nazionale, si può pensare a trasferimenti verso Paesi UE che escludono, in relazione a certi Paesi terzi, che l'intensità dei relativi conflitti sia tale da qualificarsi ai sensi della lett. c) dell'art. 15 della direttiva qualifiche e procedono dunque a negare lo status di protezione, avviando il conseguente rimpatrio<sup>29</sup>. Oppure, ci si può riferire a prassi nazionali che applicano la nozione di *internal relocation alternative*, ai sensi dell'art. 8 della dir. 2011/95/UE, in aree geografiche per le quali la giurisprudenza dello stato che procede alla determinazione della competenza ne esclude invece l'applicazione<sup>30</sup>.

Non ci soffermeremo qui a valutare, sul punto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, resa finora sulla questione<sup>31</sup>, per la cui disamina si rinvia ad altri contributi

---

<sup>29</sup> È questa la situazione cui si riferisce l'ord. di rinvio pregiudiziale del Trib. Milano 14 aprile 2021.

<sup>30</sup> È questa, ad esempio, la situazione da cui è scaturita l'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia da parte del Tribunale di Roma. Si veda anche, sempre del.

<sup>31</sup> Ci si limita, però, ad osservare che la Corte di Cassazione ha censurato l'orientamento manifestato dal Tribunale di Roma (si veda, ad es., Trib. Roma, decreto 26 febbraio 2019, RG 15777/2018 e decreto 19 novembre 2019, RG 54163/2018). Detto organo giudicante, sul rilievo che il trasferimento verso un altro Paese membro dell'UE avrebbe determinato un rischio di *refoulement* indiretto, ha proceduto ad annullare i relativi decreti di trasferimento e ha sollecitato l'amministrazione ad attivare la clausola di sovranità. Nell'ord. Cass., sez. lav., del 23 novembre 2020, n. 26603, la Corte, oltre a rilevare che le clausole discrezionali vedono come destinatari gli Stati membri, e, nel caso italiano, tale potere spetta,

in questo scritto<sup>32</sup>. La prospettiva cui si guarda, in linea con le premesse in precedenza esposte, è, infatti, quella di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, al fine di valutare se e quale rilevanza quest'ultima giurisdizione dia alla nozione di *refoulement* indiretto nel contesto Dublino. Si tratta, infatti, di stabilire se secondo la Corte EDU sussista un obbligo, convenzionalmente imposto dall'art. 3 CEDU, di non dare seguito a trasferimenti verso un Paese dell'UE, laddove sussista il rischio probabile che il ricorrente venga effettivamente rimpatriato nel Paese d'origine e qui possa subire trattamenti inumani e degradanti.

Nel caso *M.S.S.*, effettivamente la Corte EDU ha mostrato di aderire a tale impostazione. Essa ha riconosciuto che le strutturali deficienze della Grecia – tanto nella valutazione delle domande di protezione internazionale quanto nella fase dell'accoglienza – erano tali da qualificarsi di per sé come violazione dell'art. 3 CEDU e, dunque, in presenza di queste condizioni, il Belgio non avrebbe dovuto operare alcun trasferimento. Ma oltre a questo profilo, più conosciuto e da cui derivò l'attuale formulazione dell'art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013, la Corte condannò il Belgio anche per il rischio di *refoulement* indiretto: secondo la Corte, le violazioni sistemiche nel trattamento delle domande di protezione internazionale da parte della Grecia erano tali da far ritenere concreto il rischio, ignorato dal Belgio, ma di cui questi non poteva non essere consapevole, che i richiedenti sarebbero stati assoggettati alle procedure di rimpatrio verso il Paese d'origine, senza un reale esame di merito della domanda di protezione.

Il punto, tuttavia, è stato oggetto di nuova e più recente rimediazione da parte della Corte EDU nella sentenza *Ilias and Ahmed v. Hungary* del 21 novembre 2019 resa dalla Grand Chamber. La Corte ha condannato l'Ungheria per violazione indiretta dell'art. 3 CEDU, in considerazione della prassi delle autorità magiare di respingere i richiedenti asilo alla frontiera con la Serbia, senza valutazione del merito della domanda d'asilo, in quanto l'Ungheria considera la Serbia un paese terzo sicuro, nonostante, invece, più fonti denunciino le carenze sistemiche nell'esame delle domande d'asilo da parte di Belgrado.

La Corte EDU, tuttavia, chiarisce – con valutazioni che sono applicabili anche al contesto Dublino, dissipando in modo esplicito i dubbi generati da pregresse pronunce, tra le quali appunto *M.S.S.*, che quando si controverte di una possibile violazione indiretta del divieto di respingimento, il sindacato del giudice deve limitarsi a valutare se, nel paese terzo sicuro verso cui opera il trasferimento, il richiedente asilo abbia accesso a un adeguato procedimento di esame nel merito della sua domanda

---

ex art. 3, comma 3 del d.lgs. 25/2008, all'unità Dublino e non al giudice, ha anche osservato che «non poteva essere rivalutata la domanda di protezione internazionale già esaminata dallo Stato membro che aveva preso in carico per primo il richiedente. Una nuova rivalutazione dell'istanza contrasterebbe, infatti, con l'art. 78 TFEU, come interpretato dalla Corte di giustizia, improntato ad una fiducia reciproca tra gli Stati dell'Unione e, pertanto, al rispetto delle decisioni assunte dagli stessi; essa, inoltre, attraverso una torsione interpretativa dell'art. 17 assolutamente non consentita dal dato letterale e da quello logico-sistematico ed in contrasto con la finalità del Regolamento n. 604 del 2013, dichiarata dall'art. 3.1 [...] determinerebbe uno stress strutturale di tutto l'impianto del suddetto Regolamento Dublino III».

<sup>32</sup> Si rimanda, in particolare, all'esaustivo contributo di U.L.C.G. SCOTTI, *Questioni aperte in relazione all'applicazione del Regolamento Dublino*, in questo stesso volume.

d'asilo. Non fa, invece, parte della valutazione del rischio di *refoulement* indiretto una valutazione prognostica sul possibile esito della domanda di protezione internazionale<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda la Corte di giustizia, nell'attesa che la stessa si pronunci sulle pregiudiziali effettuate proprio dai giudici di merito italiani<sup>34</sup>, si possono forse ricavare possibili indicazioni dalla sentenza *H.R.*<sup>35</sup>. In essa, la Corte ha affermato che, nell'ipotesi in cui un cittadino di un Paese terzo abbia presentato una domanda di protezione internazionale in un primo Stato membro, abbia poi lasciato tale Stato membro e abbia successivamente presentato una nuova domanda in un secondo Stato membro, egli non può, in un ricorso *ex art. 27* del Reg., far valere i vizi legati alla erronea applicazione dei criteri di competenza. Trattandosi infatti di procedure di ripresa in carico, la competenza del secondo Stato a conoscere la domanda non è più controversa, a differenza di ciò che accade nel caso delle procedure di presa in carico.

Certamente l'argomentazione della Corte riguarda il caso in cui si discuta dell'applicazione dei criteri di competenza, e non già della possibile violazione, in un contesto di *refoulement* indiretto, degli artt. 4 e 19 Carta. Ciononostante, vale la pena riportare le motivazioni addotte dalla Corte per giustificare una limitazione così ampia dei motivi di impugnazione ai sensi dell'art. 27 del Reg. 604/2013.

Secondo la Corte, infatti, ammettere che il ricorso giurisdizionale possa avere ad oggetto il sindacato sulla correttezza nell'applicazione dei criteri di competenza, già

---

<sup>33</sup> Corte EDU, *Ilias v. Hungary*, 21.11.2019, par. 130-131: «However, where a Contracting State seeks to remove the asylum seeker to a third country without examining the asylum request on the merits, *the State's duty not to expose the individual to a real risk of treatment contrary to Article 3 is discharged in a manner different from that in cases of return to the country of origin. While in the latter situation the expelling authorities examine whether the asylum claim is well founded and, accordingly, deal with the alleged risks in the country of origin, in the former situation the main issue before them is whether or not the individual will have access to an adequate asylum procedure in the receiving third country. That is so because the removing country acts on the basis that it would be for the receiving third country to examine the asylum request on the merits, if such a request is made to the relevant authorities of that country. In addition to this main question, where the alleged risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 concerns, for example, conditions of detention or living conditions for asylum seekers in a receiving third country, that risk is also to be assessed by the expelling State*». E ancora, parr. 146-147 «In this regard, the Court is not oblivious of the fact that in some cases of removal of asylum seekers to third intermediary countries without examination of the merits of the asylum claim by the removing State, it has included text mentioning that the applicants' claim about risks in their countries of origin were arguable, which could be seen as the Court taking a stand, in the context of Article 3 of the Convention, on whether or not the risks invoked in respect of the country of origin were arguable (see, among several others, *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), cited above and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 344; but see also the opposite approach in *Mohammadi*, cited above, §§ 64-75, *Sharifi*, cited above, §§ 26-39; *Tarakhel*, cited above, §§ 93-122; and *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), no. 27725/10, §§ 62-79, 2 April 2013). *In the present case the Grand Chamber, having had the benefit of the parties' submissions devoted specifically to this question, considers that it is not for the Court to act as a court of first instance and deal with aspects of the asylum claims' merits in a situation where the defendant State has opted – legitimately so – for not dealing with those and at the same time the impugned expulsion is based on the application of the "safe third country" concept. The question whether there was an arguable claim about Article 3 risks in the country of origin is relevant in cases where the expelling State dealt with these risks» (corsivo nostro).*

<sup>34</sup> La questione, infatti, del rilievo della nozione di *refoulement indiretto* nel contesto Dublino è posta nelle ordinanze di Roma, di Firenze e di Milano.

<sup>35</sup> Corte giust., sent. 2 aprile 2019, causa C-582/17 e C-583/17, *H.R.*

stabilita dalle precedenti autorità, equivarrebbe a un riesame delle conclusioni cui sono giunte le autorità del Paese competente. Ma ciò si porrebbe in conflitto con il principio, di cui all'art. 3, par. 1 del Reg. 604/2013, e definito fondamentale da parte della Corte di giustizia, per cui «una domanda d'asilo deve essere esaminata da un solo stato membro, che è quello individuato come stato competente in base ai criteri enunciati al capo II». Inoltre, la Corte rileva che l'ammettere, nei casi di ripresa in carico, che il ricorso possa avere ad oggetto una revisione dei criteri applicativi dello Stato competente significherebbe contrastare con altre due finalità del Reg. Dublino. Da un lato, infatti, si incentiverebbero i c.d. movimenti secondari che, invece, il Reg. Dublino intende proprio scoraggiare, e, dall'altro, ci si porrebbe in contrasto con l'obiettivo del rapido espletamento delle domande di protezione internazionale, menzionato al considerando 5 del Reg. 604/2013.

Come si vede, dunque, le argomentazioni spese dalla Corte di giustizia non sono lontane da quelle che hanno condotto la Corte di Cassazione a negare rilievo al *refoulement* indiretto nel contesto Dublino: ammettere la rilevanza di quest'ultimo, al di fuori delle ipotesi di violazioni sistemiche, significherebbe che le autorità di uno Stato membro possano nei fatti giungere ad una revisione delle conclusioni dell'amministrazione, o dei giudici, di un altro Stato membro. Ma ciò sembra porsi in radicale contraddizione con il principio del *mutual trust*, cardine del sistema Dublino.

### **4.3 Le violazioni gravi della direttiva qualifiche e/o della direttiva procedure come violazioni del diritto d'asilo ex art. 18 della Carta**

Laddove si convenisse con la ricostruzione di cui sopra – l'obbligo convenzionale del divieto di *refoulement* indiretto non imporrebbe una valutazione del rischio nel paese d'origine, ma solo la verifica che ci sia stato un adeguato esame nel merito della domanda da parte dello stato terzo cd. sicuro, verso cui si rinvia il richiedente –, ci si potrebbe interrogare, allora, se asserite violazioni, da parte dell'amministrazione o dei giudici dello Stato verso cui opera il trasferimento Dublino, della direttiva “qualifiche” o “procedure”, violazioni che siano magari gravi e ripetute, ma comunque tali da non integrare di per sé gli estremi delle violazioni sistemiche, ex art. 3, par. 2 del Reg., possano essere qualificate come una violazione dell'art. 18 della Carta, che prescrive il diritto d'asilo, e per tale via, anche alla luce del considerando 39 della Carta che esplicitamente richiama tale disposizione imponendone il pieno rispetto, ritenere giustificata una deroga ulteriore all'operatività del principio della fiducia reciproca. In sostanza, dunque, la deroga sarebbe giustificata non dalla lesione dell'art. 3 CEDU e quindi del *refoulement* indiretto, ma dalla violazione da parte dell'amministrazione o dei giudici dello Stato competente del diritto d'asilo, ex art. 18 Carta<sup>36</sup>.

A questo riguardo, si può osservare che in *Ibrahim*, la Corte di giustizia ha giudicato che la prassi bulgara di ritenere sistematicamente inammissibili le domande volte ad ottenere lo status di rifugiato politico, una volta che il richiedente avesse ottenuto lo status di protezione sussidiaria, fosse sì in contrasto con la direttiva “procedure” e con

---

<sup>36</sup> Prospettano questa possibile ricostruzione C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 1532 ss.

l'art. 18 della Carta, ma che ciò non facesse venir meno la capacità di un altro Stato membro di dichiarare comunque inammissibile la seconda domanda d'asilo presentata nel suo territorio. Inoltre, nella sentenza *N.S.* la Corte ha precisato che «non sarebbe compatibile con gli obiettivi e con il sistema del Reg. n. 343/2003 che la minima violazione della direttiva 2003/9, 2004/83 o 2005/85 sia sufficiente per impedire qualunque trasferimento di un richiedente asilo verso lo stato membro di regola competente»<sup>37</sup>.

Dunque, sembrerebbe che l'eventuale difformità di orientamenti relativamente all'applicazione delle direttive in materia di protezione internazionale non dovrebbe costituire un fondamento per ritenere ineseguibili le decisioni di trasferimento. Di conseguenza, si dovrebbe negare l'obbligo di attivare la clausola discrezionale da parte del giudice, anche se questa possibilità ben potrebbe rimanere nella disponibilità della amministrazione.

Vero è, tuttavia, che, nelle ipotesi che si stanno qui valutando (ad esempio, prassi nazionali che negano a taluni conflitti l'intensità di cui all'art. 15, lett. c) della "dir. qualifiche", in difformità dalle indicazioni ricavabili dai competenti organismi internazionali, o che applichino la nozione di *internal relocation alternative*, ai sensi dell'art. 8 della dir. 2011/95/UE, in aree geografiche per le quali sempre tali organismi internazionali e/o la giurisprudenza dello Stato che procede alla determinazione della competenza tendano ad escluderlo), non si potrebbe a ragione parlare di violazioni minime della direttiva, ma di situazioni che, laddove acclamate, condurrebbero a negare in radice l'attribuzione del diritto alla protezione internazionale. E lo stesso caso *Ibrahim*, pur concludendo nel senso che l'amministrazione del secondo Stato – la Germania – fosse legittimata a riconoscere gli effetti alla decisione dell'amministrazione bulgara, ha nondimeno riconosciuto che quest'ultima violava l'art. 18 della Carta. E lo ha fatto in relazione ad una situazione che comunque garantiva una tutela sostanziale alla persona, cui, come detto, era stata riconosciuta la protezione sussidiaria, anche se non lo *status* di rifugiato.

In situazioni quali quelle prima individuate, è auspicabile che il giudice, investito dell'impugnazione avverso il decreto di trasferimento, solleciti un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale si andrebbe, così, ad inserire in un rapporto trilaterale<sup>38</sup>, rappresentato, al vertice, dalla stessa Corte di giustizia, nella sua posizione di giudice nomofilattico, e, alla base, dal giudice dello Stato che sta procedendo al trasferimento, quale parte formale e sostanziale del rapporto processuale, e dall'amministrazione/giudice dello Stato membro competente, formalmente non parte della procedura di rimessione. È evidente che la domanda pregiudiziale posta avrà ad oggetto la corretta interpretazione del diritto UE – *sub specie* delle pertinenti disposizioni della direttiva "qualifiche" o "procedure" e dei rimedi che il giudice che

---

<sup>37</sup> Sempre nella stessa sentenza, al par. 82 la Corte rileva: «Non per questo, però, se ne può concludere che qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro competente si riverberi sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del regolamento n. 343/2003».

<sup>38</sup> Abbiamo già prospettato questa situazione in D. STRAZZARI, *Cooperazione giudiziaria nell'UE e principio del mutuo riconoscimento: quali riflessi sullo strumento del rinvio pregiudiziale?*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, pp. 543 ss.

effettua il trasferimento debba porre in essere per ovviare, in ipotesi, a tali violazioni – ma, in realtà, surrettiziamente, il giudice del rinvio tenderà ad ottenere una sentenza della Corte che, interpretando il diritto dell’Unione, vada a vagliare, di riflesso, la compatibilità con esso delle prassi interpretative e applicative in uso nello Stato di trasferimento.

E, laddove la Corte di giustizia ritenesse effettivamente fondati i dubbi sulla correttezza dell’approccio seguito dall’amministrazione o dai giudici dello Stato nel dare esecuzione alla direttiva “procedure” o a quella “qualifiche”, si possono ipotizzare due scenari: o la Corte di giustizia consente al giudice di riconoscere una deroga al principio di fiducia reciproca o, pur non arrivando a tale risultato e dunque confermando implicitamente il funzionamento del meccanismo Dublino, potrebbe comunque accertare la violazione del diritto dell’UE da parte dell’altra amministrazione/giudice nazionale. Tale riconoscimento, sia pure *incidenter tantum*, riverbererebbe comunque i suoi effetti indiretti sugli organi dello Stato verso cui opera il trasferimento: l’amministrazione di quest’ultimo, ad esempio, sarebbe di fatto tenuta ad agire in conformità al diritto dell’UE per come acclarato dalla Corte di giustizia, essendo anch’essa vincolata all’efficacia extraprocessuale delle sentenze della Corte di giustizia<sup>39</sup>. Anche per non incorrere in responsabilità da violazione del diritto dell’UE, l’amministrazione dello Stato competente dovrebbe quindi operare, eventualmente in autotutela, al fine di dare piena tutela alla persona.

#### 4.4 Il rispetto della vita privata e familiare, ai sensi dell’art. 8

##### CEDU

Ci si può chiedere, infine, se e in che termini l’art. 8 CEDU o l’art. della 7 Carta, e dunque il rispetto del diritto alla vita privata e familiare, possano fondare deroghe all’operatività dei meccanismi Dublino e giustificare l’attivazione obbligatoria della clausola di discrezionalità.

È da osservare, sul punto, che la giurisprudenza della Corte EDU, resa in relazione all’art. 8<sup>40</sup>, non sembra offrire un sicuro sostegno a tale lettura. In relazione, infatti, alle ipotesi di allontanamento del cittadino straniero, la Corte opera una *summa divisio* a

---

<sup>39</sup> Il principio del primato del diritto dell’Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutti gli organi dello Stato, inclusa l’amministrazione, di dare piena efficacia alle norme dell’Unione. Si veda, in relazione all’amministrazione, Corte giust., 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Costanzo*, par. 31. Sulla distinzione tra “efficacia endoprocessuale” del rinvio pregiudiziale – da intendersi come vincolo assoluto in capo al giudice del rinvio di conformare la propria soluzione al *dictum* della Corte – e “efficacia extraprocessuale”, intesa come valenza *erga omnes*, in qualità di precedente vincolante e produttiva di effetti diretti, che la sentenza pregiudiziale spiega nei confronti degli altri giudici non direttamente coinvolti nel meccanismo di rinvio, v. A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. Giur. (ad vocem)*, 1997, Roma, p. 12 ss.

<sup>40</sup> In argomento, vedi A. DEL GUERCIO, *Il diritto dei migranti all’unità familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nell’ordinamento dell’Unione europea*, in A. CALIGIURI A., G. CATALDI, N. NAPOLETANO (cur.), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 387-413; e, più recentemente, M. FERRI, *La tutela della vita privata quale limite all’allontanamento: l’attuazione (e l’ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *Dir., Imm. Citt.*, 2, 2021, pp. 16 ss.

seconda dello status di soggiorno in precedenza attribuito allo straniero. Solo laddove quest'ultimo fosse in precedenza radicato da lungo tempo nel paese, per esservi qui nato o per avervi trascorso la maggior parte dell'infanzia e giovinezza, la Corte ritiene che l'eventuale allontanamento costituisca effettivamente una potenziale lesione dell'art. 8 e passa poi a valutare, in un'opera di bilanciamento, se l'allontanamento possa essere giustificato sulla base del perseguimento di uno di quegli interessi pubblici elencati dal secondo par. dell'art. 8. I fattori di cui tener conto in tale contesto sono: in quale misura sia effettivamente compromessa la vita familiare in caso di allontanamento della persona; la portata dei legami con lo Stato contraente, l'esistenza di ostacoli insormontabili che non permettono che la famiglia viva nel Paese di origine di uno o più dei suoi membri, la sussistenza di fattori relativi al controllo dell'immigrazione (per esempio, precedenti violazioni della legislazione in materia di immigrazione) o considerazioni di ordine pubblico che depongano a favore dell'esclusione. La Corte ha peraltro affermato che si deve tener conto dell'interesse superiore dei figli minori nell'esercizio di valutazione dell'espulsione di un genitore, e in particolare delle difficoltà legate al ritorno nel Paese di origine del genitore<sup>41</sup>.

Diversamente, invece, la Corte opera laddove lo straniero sia stato ammesso nel territorio nazionale sulla base di un titolo a carattere precario, come appunto sarebbe nel caso del richiedente asilo. Il fondamento per limitazioni all'eventuale allontanamento viene fatto discendere qui dall'esistenza di obblighi positivi derivanti appunto dalla necessità di rispettare l'art. 8 CEDU. L'obbligazione che ne deriva si articola, però, in modo completamente diverso – e meno stringente – rispetto all'ipotesi dello straniero da tempo presente nel Paese. Nell'ipotesi del richiedente asilo, la Corte EDU si mostra nettamente più attenta agli interessi pubblici del controllo delle frontiere e tende ad escludere che si possa dare automatica tutela ai legami familiari che lo straniero abbia nel frattempo maturato, perché ciò porterebbe a dover riconoscere come *fait accompli* l'insediamento nel frattempo occorso da parte dello straniero e a riconoscergli per tale via una giustificazione al suo soggiorno. Inoltre, la Corte dà forte rilievo al fatto che i legami familiari si siano costituiti quando le persone coinvolte fossero già consapevoli che lo status immigratorio fosse di tipo precario e dunque tale da rendere incerta la possibilità di permanere nello Stato ospite fin dall'inizio.

In questo senso e in relazione al contesto Dublino, si può richiamare la sentenza *A.S. v. Svizzera*<sup>42</sup>, relativa a un caso di trasferimento dalla Svizzera all'Italia di un richiedente asilo che invocava la violazione degli art. 3 e 8 della CEDU: questi, essendo vittima di stress post-traumatici, dovuti alla tortura in precedenza subita, e dipendente dalle cure delle sorelle, residenti da tempo in Svizzera, faceva appunto valere che il trasferimento in Italia avrebbe aggravato le sue conseguenze di salute.

La Corte, respingendo il ricorso e confermando indirettamente l'approccio seguito dalle corti federali svizzere che avevano negato l'attivazione, nel caso di specie, della clausola di dipendenza, oggi prevista all'art. 16 del Reg. 604/2013, ha confermato la

---

<sup>41</sup> Corte EDU, sent. 3 ottobre 2014, *Jennesse c. Paesi Bassi* [GC], par. 117-118

<sup>42</sup> *A.S. v. Svizzera*, 30 giugno 2015, n. 39350/13.

distinzione sopra accennata relativa ai diversi obblighi scaturenti dall'art. 8 CEDU in funzione del titolo con cui lo straniero è ammesso nel territorio dello Stato<sup>43</sup> e ha appunto enfatizzato che tra i criteri cui dare peculiare rilievo «*is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. It is the Court's well-established case-law that, where this is the case, it is likely only to be in exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8 (ibid., § 108)*»<sup>44</sup>. (corsivo e grassetto nostri)

Ciononostante, è da osservare che la ragione precipua dell'inserimento della clausola di discrezionalità nel Reg. Dublino è stata proprio la volontà di risolvere possibili lesioni all'unità familiare determinata dall'applicazione dei criteri Dublino, come chiaramente si evince dal considerando 17 del Reg. 604/2013.

In argomento, si deve ricordare che nella sentenza *K*<sup>45</sup>, in applicazione dell'art. 15, par. 2 del Reg. Dublino II<sup>46</sup> e del riferimento ivi contenuto al termine *parenti*, la Corte di giustizia aveva imposto l'obbligo per lo Stato che aveva avviato la procedura di determinazione di ritenersi competente in relazione ad una domanda di asilo avanzata da una richiedente, che vantava un rapporto di dipendenza con la nuora, già presente come richiedente asilo in quello stesso stato.

Il Reg. del 604/2013 prevede oggi una nuova fattispecie in materia di dipendenza – l'art. 16 – secondo cui l'obbligo di mantenere assieme il nucleo familiare scatta nelle sole ipotesi in cui il rapporto di dipendenza occorra tra il richiedente e il figlio, il fratello o il genitore, escludendo, dunque, altri rapporti familiari, incluso quello considerato in *K*.

In dottrina, si è dunque proposto che tutte quelle ipotesi di dipendenza familiare, che non ricadono oggi nell'ambito di applicazione dell'odierno art. 16 del Reg. 604/2013 e che, tuttavia, sulla base della giurisprudenza *K* potevano ricevere in precedenza copertura sulla base del vecchio art. 15, par. 2 del Reg. Dublino II,

---

<sup>43</sup> *Ivi*, (§ 44) «The Court recalls that where a Contracting State tolerates the presence of an alien in its territory, thereby allowing him or her to await a decision on an application for a residence permit, an appeal against such a decision or a fresh application for a residence permit, such a Contracting State enables the alien to take part in the host country's society, to form relationships and to create a family there. However, this does not automatically entail that the authorities of the Contracting State concerned are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow him or her to settle in their country. In a similar vein, confronting the authorities of the host country with family life as a *fait accompli* does not entail that those authorities are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow the applicant to settle in the country. The Court has previously held that, in general, persons in that situation have no entitlement to expect that a right of residence will be conferred upon them (*Jeunesse v. the Netherlands* [GC], no. 12738/10, § 103, 3 October 2014). The same applies to cases of asylum seekers whose presence on the territory of a Contracting State is tolerated by the national authorities on their own motion or accepted in compliance with their international obligations».

<sup>44</sup> *Ivi*, § 48

<sup>45</sup> Corte giust., sent. 6 novembre 2012, Causa C.245/11, *K*.

<sup>46</sup> Cfr. Art. 15, Reg. 343/2003: «Nel caso in cui la persona interessata sia dipendente dall'assistenza dell'altra a motivo di una gravidanza, maternità recente, malattia grave, serio handicap o età avanzata, gli Stati membri di [regola lasciano] insieme o [ricongiungono] il richiedente asilo a un altro *parente* che si trovi nel territorio di uno degli Stati membri, a condizione che i legami familiari esistessero nel paese d'origine».

dovrebbero continuare a ricevere tutela. In tali casi, lo Stato non potrebbe effettuare legittimamente il trasferimento e dovrebbe attivare obbligatoriamente la clausola di discrezionalità di cui all'art. 17 del Reg. 604/2013<sup>47</sup>. Tale tesi si fonda sia sul presupposto che il Reg. 604/2013 non avrebbe potuto determinare un peggioramento del livello di tutela dei diritti, stante l'obiettivo, di cui al considerando 9, di migliorare la protezione dei richiedenti asilo rispetto al precedente Reg. 343/2003, sia sul richiamo agli "obblighi positivi" che discenderebbero in capo agli Stati membri dall'art. 8 CEDU.

## **5. Applicazione al contesto italiano della tesi relativa all'attivazione obbligatoria e da parte del giudice della clausola di discrezionalità alla luce della natura dell'azione fatta valere**

La tesi qui esposta della attivazione obbligatoria e giudiziale della clausola di discrezionalità, almeno nei casi in cui vi sia la necessità di garantire gli obblighi discendenti dalla CEDU, non è accolta dalla giurisprudenza di legittimità italiana. Secondo la Corte di Cassazione, l'attivazione di essa non è soggetta a condizioni particolari ed è volta a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, determinando le circostanze in cui intende farne uso, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico. Tale decisione spetta esclusivamente alle autorità statali e, nell'ordinamento italiano, compete, in base all'art. 3, comma 3 del d.lgs. 25/2008, all'Unità Dublino che opera presso il dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del ministero dell'interno, mentre non può essere direttamente esercitata dal giudice<sup>48</sup>.

Tuttavia, superando precedenti timidezze<sup>49</sup> e allineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia *M.A., S.A., A.Z.*, la Cassazione ha infine affermato la sindacabilità del (mancato) esercizio della clausola in parola osservando: «il rifiuto illegittimo dell'amministrazione di farne uso, risolvendosi necessariamente nell'adozione di una decisione di trasferimento, potrà, eventualmente essere oggetto di contestazione in sede di ricorso giurisdizionale, al pari della sua impropria utilizzazione. Un simile ricorso non risulterà finalizzato a sostituire la discrezionalità del giudicante alla discrezionalità dell'amministrazione competente, ma piuttosto a verificare se l'esercizio

---

<sup>47</sup> Cfr. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 1532 ss.

<sup>48</sup> *Ex multis*, Cass., sez. I, 28 ottobre 2020, n. 23724; conforme anche Cass., Cass., 28 ottobre 2020, n. 23727.

<sup>49</sup> Sembrava, ad esempio, orientarsi verso la tesi dell'insindacabilità della mancata attivazione della clausola Cass., Sez. Lav. n. 26603 del 23 novembre 2020, sul rilievo che l'art. 17 del Reg. 604/2013 avrebbe come destinatari gli Stati e non il giudice e, in precedenza, sia pure implicitamente, Cass. 23584/2020, in cui si formula il principio di diritto secondo cui «daddove sia stato impugnato un provvedimento di ripresa in carico di un immigrato già accettato da parte di uno stato membro UE, il giudice ordinario nazionale non può rilevare violazioni formali del Regolamento Dublino verificatesi nel corso della procedura, essendo sfornito di competenza al riguardo. Infatti, il relativo sindacato è limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicano il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali» (corsivo nostro).

di quest'ultima sia eventualmente avvenuto in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Reg. CE 604/2013 e, più in generale, dell'impianto normativo del diritto dell'Unione o della Cedue<sup>50</sup>.

Si può ritenere, dunque, che le situazioni in precedenza esposte come giustificative di un'attivazione obbligatoria (e, nella nostra tesi, giudiziale) della clausola di discrezionalità sembrano coincidere, nell'impostazione della Corte di Cassazione, con ipotesi in cui la mancata attivazione della clausola da parte dell'amministrazione sarebbe sanzionabile dall'autorità giudiziaria attraverso l'annullamento del relativo decreto di trasferimento.

In questo senso, sostenere la possibilità dell'attivazione della clausola discrezionale direttamente da parte del giudice oppure annullare il decreto, sul presupposto che l'amministrazione avrebbe dovuto attivare la clausola, e invitare, poi, quest'ultima ad agire in tal senso potrebbero sembrare soluzioni non troppo dissimili.

È da interrogarsi, allora, se, in nome delle esigenze di celerità dei relativi procedimenti Dublino e del diritto della parte ad ottenere un rimedio effettivo, ossia soddisfacente in concreto della pretesa azionata, *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, non sia più funzionale procedere nel primo senso, anziché nel secondo, atteso che la soluzione del radicamento della competenza si verrebbe comunque a determinare vuoi per l'attivazione della clausola di discrezionalità da parte dell'amministrazione, vuoi per la decorrenza del termine dei sei mesi *ex art. 29*, laddove l'amministrazione rimanesse inerte.

Inoltre, si può osservare, in relazione all'ipotesi dell'annullamento del decreto di trasferimento per omessa o insufficiente motivazione circa l'attivazione della clausola di discrezionalità, che, essendo la relativa decisione solo di carattere rescindente, non si potrebbe negare l'eventualità che l'amministrazione, pur ponderando nuovamente i diversi interessi in gioco e motivando o motivando in modo diverso rispetto alla prima decisione di trasferimento circa l'attivazione della clausola, si orientasse comunque per non azionare quest'ultima ed emettesse un secondo nuovo decreto di trasferimento, ponendo in tale caso diversi problemi applicativi in ordine al decorso dei termini di cui all'*art. 29* del Reg. 604/2013<sup>51</sup>.

È poi da sottolineare come l'*art. 27* del Reg. 604/2013 non dia indicazioni specifiche quanto alla natura dell'azione fatta valere, rimettendo, sul punto, all'autonomia procedurale degli Stati membri. La disposizione recita infatti: «il richiedente o altra persona di cui all'*art. 18*, par. 1 lett. c) o d) hanno diritto a un *ricorso* effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una *revisione* della medesima, in fatto e in diritto, innanzi a un organo giurisdizionale» (corsivo nostro).

---

<sup>50</sup> Cass., sez. lav., 23 dicembre 2020, n. 29447.

<sup>51</sup> A mero titolo d'esempio: l'ordinanza con cui si è annullato il primo decreto di trasferimento, per mancata o insufficiente motivazione circa l'attivazione della clausola, travolge anche l'accettazione dello Stato competente, che pure sarebbe atto che precede il decreto di trasferimento? Se sì, è necessario che lo stato competente manifesti nuovamente l'intenzione di accettare il trasferimento? Se non vi fosse tale manifestazione espressa, da quando si fanno decorrere i sei mesi di cui all'*art. 29*? Sarebbe attivabile un secondo giudizio, di ottemperanza, laddove la decisione dell'amministrazione eludesse quanto stabilito dal giudice avverso cui si è proposto ricorso contro il (primo) decreto di trasferimento?

L'uso alternativo dei termini “ricorso” e “revisione” sembra ammettere tanto una natura caducatoria della relativa impugnazione, volta quindi al solo annullamento dell'atto, quanto estesa al merito. È da notare, peraltro, che, anche laddove i sistemi nazionali configurino il relativo ricorso come un giudizio sulla legittimità del relativo decreto di trasferimento, la Corte di giustizia ha comunque stabilito che il giudice debba tenere conto di eventi successivi all'adozione della decisione di trasferimento formati dopo l'emissione del decreto, quali, ad esempio, il decorso dei termini, *ex art. 29 Reg. 604/2013*<sup>52</sup>, o di situazioni fattuali, non considerate dall'amministrazione, ma tali da condurre a una diversa valutazione sullo Stato competente. Ma vi è di più: nella recente sentenza *H.A.*, sia pure in un *obiter dictum*, la Corte di giustizia, in riferimento a un sistema processuale di tipo annullatorio, ha affermato che «il mezzo di ricorso deve altresì garantire che, qualora una circostanza successiva alla decisione di trasferimento implichi la competenza dello stato membro richiedente, le autorità competenti di quest'ultimo sono tenute ad assumere i provvedimenti necessari per riconoscere tale competenza e per avviare senza ritardo la domanda di protezione presentata dall'interessato» (corsivo nostro)<sup>53</sup>.

Come si evince, dunque, da questo passaggio, non si tratta solo di un'ipotesi di deroga al principio generale *tempus regit actum*, in base al quale la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere vagliata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, quanto piuttosto il fatto che l'oggetto del giudizio non è in sostanza la legittimità formale del provvedimento di trasferimento, ma l'accertamento di eventi – anche appunto successivi all'emanazione del provvedimento – idonei ad incidere sulla competenza all'esame della domanda («le autorità competenti [...] sono tenute ad assumere i provvedimenti necessari per riconoscere tale competenza», corsivo nostro). Eventi che, laddove presenti, implicano per il giudice l'obbligo di adottare soluzioni processuali che consentano di passare senza indugio all'esame della domanda.

Tali riflessioni, poi, si devono innestare nello specifico contesto giuridico italiano, in relazione al quale non è chiara, fermo restando la natura di diritto soggettivo fatta valere nel ricorso Dublino e la conseguente giurisdizione del g.o., oggi legislativamente stabilita dall'art. 3, comma 3 *bis* del d.lgs. 25/2008<sup>54</sup>, quale sia la natura dell'azione – se

---

<sup>52</sup> Cfr. Corte giust., sent. 25 ottobre 2017, Causa C-201/16, *Shiri*. L'autorità austriaca competente aveva dichiarato inammissibile la domanda di protezione internazionale del sig. Shiri, ordinando la sua espulsione e dichiarando che egli poteva essere trasferito verso la Bulgaria. Questi presentava ricorso avverso tale decisione, facendo valere che l'Austria era divenuta lo Stato membro competente a esaminare la sua domanda in ragione della scadenza del termine di trasferimento di sei mesi *ex* articolo 29 del regolamento Dublino III. Nel caso di specie, tale termine di sei mesi era scaduto in data successiva a quella dell'adozione della decisione di trasferimento. La Corte ha dichiarato che l'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III, letto alla luce del considerando 19 di tale regolamento, nonché l'art. 47 della Carta devono essere interpretati nel senso che un richiedente protezione internazionale deve poter disporre di un mezzo di ricorso effettivo e rapido che gli consenta di far valere la scadenza del termine di sei mesi definito all'art. 29, par. 1 e 2, di detto regolamento *intervenuta successivamente all'adozione della decisione di trasferimento*.

<sup>53</sup> Corte giust., sent. 15 aprile 2021, Causa C-194/19, *H.A.*, § 47

<sup>54</sup> La modifica è stata introdotta nel 2017, con l'art. 3, comma 1 lett. e-bis, della l. n. 46 del 2017, che ha convertito il d.l. 13/2017. La giurisdizione del g.o., prima dell'intervento del legislatore, è stata affermata da C. Stato, sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738 e confermata dalla Cass. Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8044 su cui *infra* nel testo

di accertamento della competenza o di legittimità dell'atto di trasferimento – e quali siano i relativi poteri del giudice.

Sul punto, si può osservare che, nell'ord. n. 8044/2018, le Sez. Unite sono giunte ad affermare la giurisdizione del g.o. nei casi Dublino, anche enfatizzando il collegamento tra il procedimento Dublino di accertamento della competenza all'esame della domanda e quello sulla decisione della domanda medesima<sup>55</sup>. Questo parallelismo tra le due fasi sembra appunto giustificare una soluzione simile, quanto alla natura del ricorso, a quello che si ha in relazione alle domande di protezione internazionale che è appunto di accertamento del relativo status. Dunque, anche nel contesto Dublino, si potrebbe sostenere che il ricorso dovrebbe avere ad oggetto l'accertamento della competenza dello stato all'esame della domanda di protezione internazionale.

Anche in talune sentenze della Cassazione, pure concludendosi nel senso che il controllo del giudice ordinario, in relazione al decreto di trasferimento «è pertanto *un sindacato di legalità, da svolgersi come giudice dell'atto e non del rapporto e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e la violazione di legge*», si legge altresì, in modo un po' contraddittorio, richiamando il precedente dell'ord. n. 31675/2018 sempre della Cassazione, che «la competenza ad esaminare una domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 17 citato, spetta all'amministrazione e al giudice spetta invece decidere su quale sia lo stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale» (corsivo nostro)<sup>56</sup>.

A riguardo, si deve ulteriormente osservare che l'art. 113, comma 3 della Costituzione consente al legislatore di attribuire al g.o. un potere di annullamento degli atti amministrativi, ma ciò dovrebbe essere esplicitamente previsto dalla legge («nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»), dovendosi altrimenti applicare, in assenza di una previsione derogatoria, la legge sul contenzioso amministrativo<sup>57</sup> che attribuisce al g.o. un potere incidentale di disapplicazione, ma non di annullamento.

In questo senso, si può ricordare l'ordinanza di manifesta infondatezza della Corte costituzionale, la n. 140 del 2001, resa in riferimento alla questione di costituzionalità, per violazione degli artt. 3, 24 e 113 della Cost., dell'allora art. 28, comma 6 del Testo Unico Immigrazione, laddove, in materia di unità familiare dello straniero, attribuiva la giurisdizione al g.o., abilitando quest'ultimo, con il decreto che accoglie il ricorso, a disporre il rilascio del visto d'ingresso. La Corte ha così rilevato: «considerato che non esiste un principio costituzionale che escluda la possibilità per il legislatore ordinario, in determinati casi (rimessi alla scelta discrezionale dello stesso legislatore), in sede di affidamento della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, di attribuire al giudice ordinario anche un potere di annullamento e speciali effetti talora sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera prioritari, anche se ciò può comportare la necessità da parte del giudice di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati,

---

<sup>55</sup> Cass., Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8044: «Ne deriva che l'accertamento della competenza dell'esame della domanda e la decisione sulla domanda medesima, pur costituendo fasi distinte, sono inserite in un procedimento unitario, attivato dalle manifestazioni di volontà del cittadino straniero».

<sup>56</sup> Si veda ad esempio Cass., sez. Lav., 23 novembre 2020, n. 26603 rispettivamente par. 18 e par. 13.

<sup>57</sup> Cfr. l. del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

*ma sempre riguardanti situazioni regolate da una serie di previsioni legislative, che prevedano espressamente l'esercizio di tali poteri». (corsivo nostro).*

L'art. 3, comma 3 *bis* del d.lgs. 25/2008 non attribuisce alcun potere di annullamento al giudice ordinario in relazione al decreto di trasferimento nei procedimenti Dublino.

Si potrebbe osservare, però, che anche in altri contesti, sempre legati all'immigrazione, il legislatore ha affidato il ricorso avverso taluni provvedimenti amministrativi alla giurisdizione ordinaria, senza però attribuire in modo espresso un relativo potere di annullamento, e, tuttavia, nonostante il silenzio serbato dalla legge, si ritiene che esso spetti implicitamente al giudice<sup>58</sup>. È il caso, ad esempio, del giudizio avverso il provvedimento di espulsione. La giustificazione è individuata nella necessità di garantire al ricorrente l'effettività del rimedio giurisdizionale, che sarebbe frustrata se non si garantisse l'annullamento del provvedimento espulsivo, laddove invalido<sup>59</sup>.

Tuttavia, nel contesto Dublino, non è affatto detto che il rimedio effettivo sia rappresentato solo dall'annullamento del decreto di trasferimento. L'interesse ad avere una pronuncia celere sul merito della domanda d'asilo induce a ritenere che il rimedio effettivo dovrebbe corrispondere a una statuizione sullo stato competente a valutare la domanda, in modo da procedere senza indugi alla valutazione sulla sussistenza o meno della protezione internazionale.

Ne deriva che, nelle ipotesi finora descritte – che riguardano, appunto, tutte situazioni di ripresa in carico e dove, per le ragioni che si sono in precedenza esposte, non si pone la questione di cercare un altro Stato membro competente, non essendo applicabile l'art. 3, par. 2, secondo capoverso del Reg. 604/2013 – la presenza di cause ostative al trasferimento, derivanti dalla necessità di garantire gli obblighi convenzionalmente imposti dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte EDU, dovrebbe indurre il giudice ad un'affermazione sulla competenza dello Stato italiano a valutare la domanda, attraverso l'applicazione della clausola di discrezionalità.

La circostanza per la quale nelle situazioni descritte l'attività dell'amministrazione si configurerebbe come strettamente vincolata, perché appunto volta a dare attuazione a precisi vincoli internazionali, sembra inoltre idonea a scongiurare il rischio di una lesione del principio della separazione dei poteri. Infine, è appena il caso di osservare che le obbligazioni scaturenti dal diritto dell'Unione sono imputabili allo Stato nel suo complesso e dunque anche al giudice. Sicché la circostanza per cui l'art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013 è formalmente diretta agli Stati non pare rappresentare un ostacolo a che essa riguardi anche l'apparato giudiziario.

---

<sup>58</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il giudice ordinario e le nuove forme di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Aspetti problematici della devoluzione al giudice ordinario delle controversie in materia di atti autoritativi*, 2002, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) che in riferimento all'impugnazione avverso il decreto di espulsione osserva come a livello legislativo «non vi sono esplicite indicazioni in ordine al contenuto, alla natura ed alla profondità dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario» e che tuttavia «pur nel silenzio della legge sembra preferibile ritenere che l'accertamento di un vizio [...] debba condurre alla pronuncia di annullamento dell'atto oggetto di gravame».

<sup>59</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, spec. 98 e ss. e 131 ss. In generale, sul tema, vedi anche E. MITZMAN, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi della CEDU*, Tesi dottorato, Univ. di Trento, A.A. 2012-2013, spec. pp. 298 ss.

La soluzione qui proposta – consistente appunto nel ritenere l’attivazione della clausola di discrezionalità *ex art.* 17, par. 1 del Reg. Dublino obbligatoria, anche da parte del giudice, nei casi almeno in cui l’esecuzione del trasferimento di ripresa in carico esporrebbe lo Stato a una lesione degli obblighi convenzionalmente assunti con la CEDU – si giustifica anche sulla base dell’ulteriore osservazione per cui nei casi di violazione sistemiche, ai sensi dell’art. 3, par. 2 del Reg. 604/2013, la soluzione offerta, nei casi di ripresa in carico, è appunto il radicamento della competenza all’esame della domanda in capo allo Stato che ha avviato la procedura di determinazione.

Sicché, da questo punto di vista, sembrerebbe singolare e potenzialmente lesivo del principio di uguaglianza/ragionevolezza che, in presenza di un’asserita violazione dello stesso bene giuridico (l’art. 3 CEDU), ma in contesti di carattere individuale, e/o comunque di violazioni di altri diritti comunque fondamentali, il rimedio sia diverso, nel senso di limitarsi, in questa seconda ipotesi, al solo annullamento del provvedimento di trasferimento, senza alcun accertamento relativo allo stato competente all’esame della domanda.

In alternativa alla nostra ricostruzione, si potrebbe allora ritenere applicabile la soluzione offerta dall’art. 3, par. 2, terzo periodo del Reg. 604/2013, secondo cui «Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente».

L’applicazione in via analogica di tale disposizione, in una situazione in cui il trasferimento in un altro Paese UE, pur non integrando un’ipotesi di violazioni sistemiche, avrebbe determinato, a parere del collegio giudicante, una violazione del cd. *refoulement* indiretto, è stata applicata dal Tribunale di Milano<sup>60</sup> che ha esplicitamente accertato e statuito relativamente alla competenza dello Stato italiano a valutare la domanda. Il recente rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Firenze pone all’attenzione della Corte proprio tale possibile lettura dell’art.3, par. 2 del Reg., sempre in un’ipotesi di rischio di *refoulement* indiretto.

La soluzione, che condivide, rispetto alla tesi qui sostenuta dell’attivazione obbligatoria e giudiziale della clausola di discrezionalità di cui all’art. 17, par. 1 del Reg. 604/2013, la premessa per cui il ricorso *ex art.* 27 del Reg. dovrebbe essere rivolto ad accertare quale sia lo stato competente, ha, mi sembra, due limiti: il primo è che la soluzione offerta dal terzo periodo dell’art. 3, par. 2 del Reg. sembra appunto, per ragioni testuali e sistematiche, legarsi al capoverso precedente e quindi riferibile alle sole violazioni sistemiche; il secondo limite è che, anche ad ammettere la lettura estensiva, il riferimento nell’art. 3, par. 2 del Reg. Dublino all’art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell’UE (e quindi al divieto di trattamenti inumani e degradanti) potrebbe al più suggerirne un’applicazione limitata ai casi in cui venga in discussione solo la

---

<sup>60</sup> Trib. Milano, decreto 14 ottobre 2020, R.G. 27034/2020.

lesione di tale diritto, e non altri, creando una gerarchizzazione nella tutela di questi ultimi che sembra discutibile<sup>61</sup>.

## **6. La questione degli obblighi informativi: un onere da assolvere anche nelle procedure di ripresa in carico?**

Tra le innovazioni introdotte dal Reg. 604/2013 rispetto al precedente regolamento, vi è, si è detto, il rafforzamento delle garanzie cd. partecipative del richiedente nell'ambito del procedimento di determinazione dello stato responsabile.

I diritti di partecipazione al procedimento svolgono due funzioni: da un lato, essi consentono al richiedente di esercitare in modo più efficace il suo diritto alla difesa; dall'altro, essi permettono anche di soddisfare meglio l'interesse pubblico cui è preposta l'amministrazione (ma nel contesto Dublino, sembra più corretto parlare di amministrazioni), fornendo a quest'ultima uno strumento ulteriore per conoscere tutti gli elementi su cui fondare una decisione completa e celere.

La Corte di giustizia ha ricavato dal sistema dei Trattati un principio generale ad essere sentiti nei procedimenti amministrativi in materia di protezione internazionale e di espulsione, anche laddove la normativa applicabile non preveda espressamente tale diritto<sup>62</sup>. Il principio, pur imponendo l'obbligo in capo all'amministrazione di mettere l'interessato nelle condizioni di poter chiarire punti oscuri o contraddittori, non implica necessariamente un obbligo di audizione personale, potendo il diritto ad essere ascoltato venire soddisfatto anche attraverso la presentazione di memorie o osservazioni scritte. Solo laddove l'autorità non fosse in grado di raggiungere una decisione sulla base degli elementi forniti, scatterebbe un obbligo di audizione personale.

In questo senso, dunque, gli artt. 4 e 5 del Reg. possono ritenersi la concretizzazione di principi generali enunciati dalla Corte, ma in tutta evidenza essi rafforzano sensibilmente la posizione soggettiva del richiedente.

Ciò premesso, la questione va affrontata tenendo distinti due piani. In primo luogo, ci si deve chiedere se, anche nelle procedure di ripresa in carico, esista un obbligo per l'amministrazione di rilasciare l'opuscolo informativo *ex art. 4 del Reg. 604/2013* e/o di procedere al colloquio personale *ex art. 5*. E, in secondo luogo, ammesso che tale obbligo vi sia, ci si dovrà interrogare su quale sia il regime di invalidità del decreto di trasferimento, assunto in carenza di tali obblighi procedurali: mera irregolarità sanabile, annullabilità o nullità?

---

<sup>61</sup> Anche se, da questo punto di vista, è vero che l'art. 3 CEDU rientra tra i diritti cd. assoluti (non soggetti, cioè, a bilanciamento) e inderogabili ai sensi dell'art. 15 CEDU.

<sup>62</sup> In riferimento alla protezione internazionale, con particolare riguardo alla dir. 2005/85, applicabile alle sole procedure di rifugio e non di protezione sussidiaria, laddove lo Stato avesse optato per disciplinare ciascun tipo di protezione internazionale con due procedimenti amministrativi distinti, Corte giust., sent. 9 febbraio 2017, Causa C-560/14, *M*; in riferimento all'espulsione e alla dir. 2008/115, sent. 5 novembre 2014, Causa C.166/13, *Mukarubega*; sent. 11 dicembre 2014, Causa C-249/13, *Boudjlida*.

Riguardo al primo punto, non sono mancate, nella giurisprudenza di merito<sup>63</sup>, tesi volte a ritenere non applicabili gli obblighi partecipativi nella fase di ripresa in carico. In effetti, la netta diversità di disciplina tra le due procedure è stata recentemente segnalata dalla Corte di giustizia, sia pure a fini diversi ma potenzialmente connessi<sup>64</sup>. Nella già citata sentenza *H.R.*, infatti, la Corte ha sottolineato che, a differenza delle procedure di presa in carico, quelle di ripresa in carico presuppongono che non sia in discussione la competenza all'esame della domanda da parte di uno Stato UE diverso da quello in cui si trova il richiedente e ciò perché ai sensi dell'art. 18 lett. b), c), e d), del Reg. 604/2013 in tale Paese era già stata presentata una domanda di protezione internazionale. Ne consegue, secondo la Corte di giustizia, che, nell'ipotesi in cui un cittadino di un paese terzo abbia presentato una domanda di protezione internazionale in un primo Stato membro, abbia poi lasciato tale stato membro e abbia successivamente presentato una nuova domanda in un secondo stato membro, questi non può, in un ricorso *ex* art. 27 del Reg., far valere vizi legati alla erronea applicazione dei criteri di competenza per come in concreto implementati dall'amministrazione del primo paese.

Alla luce di tale giurisprudenza, si potrebbe, dunque, ritenere che l'obbligo di assolvere agli obblighi informativi e all'audizione personale acquistino un rilievo decisamente diverso a seconda che il procedimento riguardi un'ipotesi di presa in carico o, al contrario, di ripresa in carico: nel primo caso, evidentemente, tali obblighi informativi sono funzionali a consentire alla parte di fornire elementi per determinare il Paese effettivamente competente, nel secondo caso, invece, si dovrebbe opinare diversamente, atteso che la competenza del secondo Stato, sulla base dei criteri del Reg. Dublino, non è in discussione.

Anche il dato testuale degli artt. 4 e 5 del Reg. 604/2013 offre sostegno alla tesi in questione. L'art. 4, infatti, prevede che gli obblighi informativi siano assolti «non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'art. 20, par. 2». A sua volta, quest'articolo precisa: «La procedura di determinazione dello Stato membro competente è avviata non appena una domanda di protezione internazionale è presentata per la prima volta in uno Stato membro». Nei casi di ripresa in carico, dunque, lo Stato tenuto ad assolvere tali obblighi sembrerebbe essere quello competente e non quello che ha avviato la procedura di determinazione della competenza.

Per quanto riguarda il colloquio personale, secondo l'art. 5 del Reg. 604/2013, quest'ultimo è svolto «al fine di agevolare la procedura di determinazione dello stato membro competente», un'espressione che, dunque, non collima con l'ipotesi della ripresa in carico in cui la determinazione dello Stato competente è già avvenuta. Inoltre, l'art. 5, par. 3 dice che il colloquio personale deve svolgersi in tempo utile e comunque prima che sia adottata la decisione di trasferire il *richiedente* verso lo stato membro competente, ai sensi dell'art. 26, par. 1 del Reg. 604/2013. E se, da una parte, l'art. 26 riguarda tanto ipotesi di presa quanto di ripresa in carico, dall'altra, il riferimento al

---

<sup>63</sup> Si veda, a titolo d'esempio, Trib. Trieste, dec. 5 luglio 2019, R.G. 1786.

<sup>64</sup> Corte giust., sent. 2 aprile 2019, cause C-582/17 e C-583/17, *H.R.*

“richiedente”, di cui all’art. 5 del Reg. 604/2013, sembra escludere le ipotesi di cui all’art. 18, par. 1, lett. c) e d), rilevanti proprio nelle procedure di ripresa in carico, in relazione alle quali il Reg. utilizza sempre l’espressione “persona di cui all’art. 18, par. 1, lett. c) e d)” e non “richiedente”, proprio perché che in tali casi si è già avuto un esito sulla domanda di protezione internazionale.

Tuttavia, mi sembra che la tesi che esclude l’esistenza di qualsiasi obbligo informativo nelle procedure di ripresa in carico non possa ritenersi convincente fino in fondo.

In primo luogo, si può osservare che tra le informazioni contenute nell’opuscolo si ha anche quella di cui all’art. 4, lett. d) relativa la possibilità di impugnare una decisione di trasferimento e, ove applicabile, di chiedere la sospensione del trasferimento, un’informazione, questa, che non può differenziarsi in ragione della procedura di presa o di ripresa in carico, applicandosi l’art. 27 del Reg. ad entrambe. Oltre a tale dato di carattere testuale, anche dal punto di vista teleologico, si può osservare che vi sono sicuramente elementi, in possesso del richiedente (*rectius*, della persona di cui all’art. 18, par. 1, lett. c) e d) del Reg. 604/2013), che possono risultare funzionali alla corretta operatività del meccanismo, anche in un contesto di ripresa in carico. Per esempio, si può fare riferimento al termine di cui all’art. 19 del Reg. 604/2013. L’amministrazione statale che ha avviato la procedura di determinazione ha interesse, anche nell’ottica di una leale cooperazione orizzontale tra stati, a conoscere e a far conoscere allo stato competente tutti gli elementi che possono indurre a ritenere che il richiedente si sia allontanato da più di tre mesi dal paese in cui ha presentato la prima domanda.

Analogamente, il ricorrente dovrebbe essere messo in grado di comunicare fatti che possono incidere sull’eseguibilità del trasferimento (ad esempio, lo stato di gravidanza o l’aggravio delle condizioni di salute) o elementi da cui emergano violazioni di diritti fondamentali e ciò anche per l’attivazione da parte dell’amministrazione della clausola di discrezionalità.

Dunque, all’esito di tale sommaria analisi sembra potersi concludere nel senso che sussista comunque un obbligo per l’amministrazione di garantire gli obblighi partecipativi anche nelle procedure di ripresa in carico. Certamente, però, la differenziazione tra procedure di presa e ripresa in carico potrebbe suggerire che l’assolvimento degli obblighi nella fase di ripresa in carico possa articolarsi ed essere sanzionata in termini diversi<sup>65</sup>.

## **7. Quale regime di invalidità è applicabile a un provvedimento di trasferimento assunto in violazione degli obblighi informativi e/o del diritto all’intervista personale?**

---

<sup>65</sup> Su questa ipotesi si muove, ad esempio, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Trib. Milano, ord. 14 aprile 2021, RG 43911.

Venendo alla seconda questione, si deve notare che il Reg. Dublino non precisa le conseguenze applicabili al provvedimento di trasferimento assunto in violazione dei diritti di partecipazione procedimentale previsti dagli artt. 4 e/o 5 del Reg. 604/2013.

Ci si deve chiedere, dunque, se, pur nel silenzio del Reg. 604/2013, il diritto dell'UE si limiti a rinviare ai sistemi procedurali nazionali o se esso comunque imponga una soluzione uniforme, magari sulla base dei principi generali di buona amministrazione e di difesa e/o delle finalità proprie del regolamento e del suo *effet utile*. Ed è evidente che, in questa valutazione, si dovrà adeguatamente tenere in conto l'interesse alla celerità nell'esame delle domande di asilo, che è obiettivo perseguito dal regolamento, e valutare se, alla luce delle osservazioni del paragrafo precedente, il regime sanzionatorio applicabile al provvedimento di trasferimento nei procedimenti di ripresa in carico, in ipotesi assunto in violazione di detti requisiti, debba essere identico a quello applicabile nei procedimenti di presa in carico.

Queste questioni sono state poste, come noto, all'attenzione della Corte di giustizia dai recenti rinvii pregiudiziali effettuati dalla Corte di Cassazione<sup>66</sup> e dal Tribunale di Trieste<sup>67</sup>, dopo che a livello interno si sono applicate diversi regimi<sup>68</sup>.

Sul punto, si può osservare che la Corte di giustizia ha adottato in altri contesti un criterio sostanzialistico che l'ha portata a ritenere sanabile il vizio relativo agli obblighi informativi tutte quelle volte in cui il giudice ha in concreto la possibilità di interloquire comunque con la parte, così di verificare che anche qualora quest'ultima fosse stata nelle condizioni di rendere dichiarazioni, l'amministrazione non avrebbe cambiato opinione e il contenuto del provvedimento sarebbe stato identico.

Così, nell'ambito delle procedure espulsive e dell'applicazione della direttiva 2008/115, pur silente sul punto, la Corte ha affermato che «quando nell'ambito di un procedimento amministrativo la proroga di una misura di trattenimento è stata adottata in violazione del diritto di essere sentiti, il giudice nazionale chiamato a valutare la legittimità di tale decisione *può ordinare la cessazione del trattenimento soltanto se ritiene, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie, che tale violazione abbia effettivamente privato colui che la invoca della possibilità di difendersi più efficacemente, di modo che i procedimenti amministrativi in questione avrebbero potuto comportare un risultato diverso*» (corsivo nostro)<sup>69</sup>.

Più recentemente, nel caso *Addis*<sup>70</sup>, relativo alla mancata audizione del richiedente asilo nella fase amministrativa di valutazione della domanda e alle conseguenze di tale omissione ai fini del giudizio di impugnazione, la Corte ha osservato che gli articoli 14 e 34 della direttiva “procedure” devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dell'obbligo di dare al richiedente protezione internazionale la facoltà di sostenere un colloquio personale, prima

---

<sup>66</sup> Cass., ord. 29 marzo 2021, n. 08668.

<sup>67</sup> Trib. Trieste, 2 aprile 2021, R.G. 2020/774.

<sup>68</sup> Per la tesi dell'annullabilità, v. Consiglio St., sez. III, 8 settembre 2015, n. 4199 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Catanzaro, 23 ottobre 2019, n. 3181. Sembra orientarsi per la tesi della nullità Cass., Sez. 2, 27 agosto 2020, n. 17963. Per la tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi, almeno nelle procedure di ripresa in carico, Cass., Sez. 1, 27 ottobre 2020n. 23585, 23586 e 23587.

<sup>69</sup> Corte giust., sent. 10 settembre 2013, Causa C-383/13/PPU, G.R.

<sup>70</sup> Corte giustizia, sent. 16 luglio 2020, Causa C-517/17, *Addis*.

dell'adozione di una decisione di inammissibilità, basata sull'articolo 33, paragrafo 2, lettera a) della direttiva in parola, non comporta l'annullamento di tale decisione e il rinvio della causa dinanzi all'autorità accertante, *a meno che detta normativa consenta a tale richiedente, nell'ambito del procedimento di ricorso avverso la decisione di cui trattasi, di esporre di persona tutti i suoi argomenti contro detta decisione nel corso di un'audizione che rispetti le condizioni e le garanzie fondamentali applicabili, enunciate dall'articolo 15 di detta direttiva, e a meno che tali argomenti non siano atti a modificare la stessa decisione*» (corsivo nostro). Se ne deduce, quindi, che nemmeno nel contesto della procedura per l'esame della domanda di protezione internazionale, dove il rilievo della posizione soggettiva fatta valere dal richiedente sembra essere oggettivamente più pregnante rispetto a quello delle procedure Dublino, la violazione dell'obbligo di audizione conduca *ipso facto* all'annullamento della decisione di diniego.

Sulla base della giurisprudenza sopra riferita consegue, in primo luogo, che l'assenza di indicazioni ricavabili sul punto dal Regolamento non equivale a una rimessione alle discipline procedurali nazionali, dovendosi comunque applicare i principi derivanti dal diritto dell'UE. In secondo luogo, se ne ricava che non si possa affatto concludere, soprattutto nel contesto delle procedure cd. di ripresa in carico, che la soluzione, in caso di omissione degli obblighi informativi, debba essere l'annullamento o addirittura l'accertamento della nullità del decreto di trasferimento, e non, invece, la semplice irregolarità sanabile, laddove almeno l'amministrazione dimostri e/o, in caso di ricorso, il giudice ritenga che, anche se si fossero rispettati gli obblighi informativi e/o il colloquio personale, il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso. Inoltre, quest'ultimo regime sanzionatorio potrebbe apparire l'unico applicabile per garantire il rispetto della celerità nella valutazione delle domande.

In ogni caso, a me pare che nel contesto italiano la questione del regime di invalidità potrebbe comunque essere relativizzata, se si guardasse nuovamente a quale debba essere la natura e l'oggetto del ricorso *ex art. 3, comma 3 bis* del d.lgs. 25/2008. Se, infatti, questo rimedio fosse volto ad accertare quale sia il paese competente all'esame della domanda, ne dovrebbe discendere che i vizi della fase amministrativa non dovrebbero incidere sulla decisione del giudice, nella misura, almeno, in cui quest'ultimo riesca con i mezzi istruttori a sanare il difetto.

Questo mi sembra essere l'approccio seguito da taluni giudici di merito. Per esempio, in una decisione del Tribunale di Milano<sup>71</sup>, si afferma: «Il presente giudizio non verte sulla regolarità formale dell'atto amministrativo (...) ma sul diritto soggettivo del ricorrente a non essere trasferito in contrasto con le regole del sistema Dublino [...]. Il procedimento *ex art. 3 d.lgs 25/2008* non può avere un esito puramente rescindente del provvedimento di trasferimento [...] ma deve condurre il giudice ad assicurare un ricorso effettivo tanto su questioni di diritto e di fatto [...]. Ne discende che gli eventuali vizi del procedimento o del provvedimento rilevano solo in quanto abbiano determinato una compressione o lesione delle garanzie partecipative del richiedente, impedendo allo stesso di presentare ogni informazione pertinente che, se

---

<sup>71</sup> Trib. Milano, 21 settembre 2020, R.G. 18621.

conosciuta, avrebbe consentito di determinare diversamente lo Stato membro competente a decidere sulla domanda».

Di conseguenza, in modo coerente con tali premesse, il giudice, laddove rilevi la violazione degli obblighi informativi, sospende gli effetti della decisione di trasferimento e mette il ricorrente nella situazione di allegare quegli elementi concreti che avrebbero potuto consentire all'amministrazione precedente di decidere diversamente in relazione al provvedimento di trasferimento. Se tali elementi non vengono forniti, la decisione impugnata viene confermata con il rigetto del ricorso<sup>72</sup>. Questa soluzione sembra anche essere in linea con l'idea che il rimedio effettivo, nei giudizi Dublino, consista nell'accertamento celere di quale sia lo stato competente a valutare la domanda e non nell'annullamento del relativo decreto di trasferimento.

Viceversa, se si ritiene che oggetto del giudizio sia verificare la legalità dell'atto, allora ci si deve interrogare sul regime di invalidità del provvedimento ed effettivamente ha senso allora chiedersi se ci siano diversità tra presa e ripresa in carico e tenere conto della giurisprudenza della Corte di giustizia che, come si è cercato di evidenziare, chiaramente adotta un criterio di tipo sostanzialistico.

---

<sup>72</sup> Sembra orientarsi nel senso che le violazioni dell'obbligo informativo possano essere fatte valere, nella procedura di ripresa in carico, solo se il ricorrente indichi in concreto quali siano le informazioni che se fornite avrebbero indotto l'amministrazione ad adottare una decisione di trasferimento di diverso contenuto o a non adottarla, Cass., sez. 1, 7 ottobre 2020, n. 21553