La tutela giudiziaria effettiva secondo il Regolamento Dublino

III. Profili applicativi.

SOMMARIO: 1. Il sistema Dublino e il CEAS. – 2. *Mutual trust*. – 3. Da Dublino II a Dublino III. La giurisprudenza delle Corti europee e l'avvento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. –

4. Il rimedio effettivo per la tutela dei diritti fondamentali. Il ruolo del giudice. – 5. Il caso. – 6. Diritti partecipativi e rimedi. La tutela dei diritti fondamentali e rimedi. Cinque rinvii pregiudiziali italiani alla CGUE. – 7. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali nel sistema Dublino. – 8. Alcune considerazioni sul possibile esito dei rinvii pregiudiziali. – 8.1. La rilevanza degli obblighi informativi nelle procedure di ripresa in carico. – 8.2. La rilevanza del rischio di trattamenti inumani e degradanti in situazioni diverse dalle violazioni sistemiche. – 8.3. La rilevanza del *non refoulement* indiretto o a catena. – 8.4. Il rimedio giudiziale in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti. – 8.5. Un caso di *ne bis in idem*?

1. Il sistema Dublino e il CEAS.

La procedura “Dublino”, che prevede la cooperazione tra gli Stati dell'Unione europea (UE)¹ per la determinazione del Paese competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo, è nata da un accordo internazionale del 1990², poi trasformato in un Regolamento UE nel 2003 (n. 343, Regolamento Dublino II)³, infine sostituito nel 2013 dall'attuale Regolamento 604 (Dublino III)⁴

Il sistema Dublino si colloca nell'ambito del più ampio Sistema Comune Europeo dell'Asilo (CEAS), un quadro legislativo istituito dall'UE, che si compone di fonti primarie e secondarie e che è basato sulla “conformità” alla Convenzione di Ginevra delle Nazioni Unite del 1951 sullo status dei rifugiati⁵, come modificata dal protocollo del 1967⁶. Alla Convenzione e al protocollo hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

¹ Al sistema Dublino hanno aderito, tramite specifici accordi con la UE, anche Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

² Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990.

³ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo.

⁴ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

⁵ Entrata in vigore il 22 aprile 1954.

⁶ Entrata in vigore il 4 ottobre 1967.

Il “CEAS” stabilisce norme comuni in materia di “qualifiche” e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria e crea uno spazio comune europeo per la protezione internazionale.

Tale armonizzazione delle regole in materia di protezione internazionale a livello di Unione europea, raggiunta solo nei primi anni del nuovo millennio, nasce, in realtà, dall’esigenza originaria di prevenire, in uno spazio senza frontiere interne, i cosiddetti “movimenti secondari” dei richiedenti protezione, cioè quegli spostamenti da uno Stato all’altro dell’Unione dettati da motivi o esigenze più diversi: scelte o ricongiungimenti familiari, generosità del sistema di accoglienza dei diversi Paesi, generosità nel riconoscimento della protezione, opportunità di studio o lavoro, la presenza di comunità di connazionali o anche solo la congenialità del luogo. L’Unione ha provato a “compensare”, con il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e con la cooperazione in materia di asilo e immigrazione, la libertà di movimento dei richiedenti protezione derivante dall’abolizione delle frontiere interne.

La procedura Dublino, creata con la Convenzione di Dublino del 1990, è stata appunto ispirata dalla finalità principale di controllare i movimenti secondari, attraverso la fissazione di regole pressoché automatiche per l’“allocazione” dei richiedenti protezione e la repressione dei movimenti secondari, realizzata con il rinvio allo Stato “competente” del richiedente che si sia spostato in uno Stato diverso.

Solo con il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel maggio 1999, nove anni dopo la Convenzione di Dublino, l’asilo e l’immigrazione sono diventati parte integrante del diritto dell’Unione europea. Con l’articolo 63 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), la -futura- Unione europea ha attratto nel diritto dell’Unione norme convenzionali internazionali, riconoscendo che la Convenzione di Ginevra delle Nazioni Unite sui rifugiati costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati

Il CEAS ha poi preso definitivo slancio con il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, che pose le basi per: prevedere norme comuni per una procedura di asilo equa ed efficace; prevedere condizioni comuni minime per l’accoglienza dei richiedenti asilo e, inoltre, prevedere il ravvicinamento delle normative relative al riconoscimento e agli elementi sostanziali dello status di rifugiato. Il sistema doveva altresì essere completato da misure che prevedessero forme sussidiarie di protezione. Inoltre, le conclusioni precisavano che, nel lungo periodo, le norme comunitarie avrebbero dovuto indirizzarsi verso una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l’asilo, valido in tutta l’Unione⁷.

⁷ Tale sistema si è realizzato compiutamente, anche se non definitivamente, con l’adozione del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (TFUE) che, all’ art. 78, dispone che l’Unione sviluppi “una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea”.

Alla base del CEAS restava l'esigenza di determinare con chiarezza e praticità l'unico Stato competente per l'esame della domanda di asilo.

Nel contesto del CEAS, il complesso di norme del sistema Dublino ha, pertanto, una finalità di gestione pratica ed efficiente della cooperazione tra gli Stati membri per la individuazione dello Stato competente ad amministrare la domanda di protezione internazionale ed il conseguente trasferimento della persona in questo Stato.

L'esigenza di una gestione pratica ed efficiente della cooperazione, per evitare i movimenti secondari, ha dato forma all'attuale -e politicamente controverso- principio di fondo del sistema, ovvero il principio della responsabilità dello Stato di primo ingresso. Tale principio serve ad individuare con immediatezza lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione e ad evitare che una stessa persona possa presentare più domande in Stati diversi. L'unico Stato competente ad esaminare la domanda di protezione dovrà "prendere in carico" (art. 18, par. 1, lett. a del Regolamento Dublino III) il richiedente, quando sia accertata la sua competenza ad esaminare la domanda, oppure dovrà "riprenderlo in carico" (art. 18, par. 1, lett. b, c e d) quando in questo Stato il richiedente abbia presentato una prima domanda di protezione che sia pendente o sia stata definita e presenti successivamente un'altra domanda in uno Stato diverso.

Il sistema Dublino non è stato invece concepito come strumento di solidarietà verso i richiedenti protezione. L'art. 80 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce che il principio di solidarietà e di "equa ripartizione della responsabilità" riguarda i rapporti tra Stati membri ma non il trattamento dei richiedenti protezione.

Lo strumento "Dublino" è, peraltro, da tempo l'oggetto di discussioni politiche e di proposte di cambiamento, promosse principalmente dagli Stati più esposti al primo ingresso, perché il principio del primo ingresso determina uno squilibrio proprio nelle responsabilità degli Stati membri dell'Unione a svantaggio di quegli Stati che si devono far carico di controllare le frontiere nell'interesse dell'intera Unione, dell'accoglienza e della procedura d'asilo; ma anche in considerazione del fatto che nonostante la progressiva diminuzione delle domande d'asilo dopo il picco dell'anno 2016⁸, i movimenti secondari sono progressivamente aumentati⁹, così come sono aumentate le domande multiple¹⁰.

⁸ Secondo i dati Eurostat, reperibili al seguente link https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics, le domande di asilo presentate nell'Unione europea negli ultimi anni sono state: 1.221.200 nel 2016, 677.500 nel 2017, 625.600 nel 2018, 698.800 nel 2019 e 471.300 nel 2020.

⁹ Si veda: *Dutch Advisory Committee on Migration Affairs, Secondary movements of asylum seekers in the EU*, 2019, <https://www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl/publicaties/publicaties/2019/11/05/increasing-onward-migration-of-asylum-seekers-in-the-eu..>

¹⁰ EU-LISA, *Eurodac – 2019 Annual Report*, luglio 2020, reperibile al seguente link: <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/Eurodac%20-%202019%20Annual%20Report.pdf>. Nel 2019, in Eurodac sono state registrate 592.691 domande di protezione internazionale. Di queste, il 32% erano domande multiple (190.201),

Nel “nuovo patto sulla migrazione ed asilo del 23 settembre 2020” della Commissione europea¹¹, si prevede addirittura l’abrogazione del Regolamento in favore dell’introduzione di una “procedura di pre-ingresso” e la traslazione della attuale procedura sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione in un nuovo “Regolamento sulla gestione della migrazione e dell’asilo”; si prevede, inoltre, una significativa riduzione dello spazio per le deroghe da parte del singolo Stato Membro alle regole comuni, in particolare in relazione all’esercizio della clausola di sovranità, di cui si tratterà in seguito, il ricorso alla quale diventerebbe possibile solo per motivi familiari.

2. Il Mutual trust.

Presupposto del funzionamento del sistema Dublino è il principio del *mutual trust*, vale a dire il principio strutturale della fiducia reciproca tra gli Stati membri¹². Questo principio si fonda su due postulati che costituiscono il cuore dell’architettura europea:

- il principio per cui tutti gli Stati membri sono considerati Stati “sicuri per i cittadini di Paesi terzi”¹³ che presentano la domanda di protezione.
- La presunzione che tutti gli Stati membri garantiscano un eguale livello di tutela dei diritti fondamentali (e della *Rule of Law*).

Purtroppo, le vicende politiche di diversi Paesi dell’Unione (Ungheria e Polonia in prima fila) hanno dimostrato che i due principi devono essere considerati il frutto di presunzioni “semplici” che possono essere contraddette dalla realtà.

3. Da Dublino II a Dublino III. La giurisprudenza delle Corti europee e l’avvento della Carta dei diritti fondamentali.

Il Regolamento 343/2003 (Dublino II) conteneva dei criteri per la determinazione della competenza basati su automatismi. Questi criteri, mantenuti in buona parte nel Regolamento 604/2013 (Dublino III), danno luogo a procedure di presa e ripresa in carico regolate nei tempi e modalità di espletamento.

In caso di accettazione della presa o ripresa in carico, la procedura si conclude con un ordine di trasferimento forzoso verso lo Stato competente, da eseguirsi in conformità al diritto nazionale dello Stato membro richiedente e a spese di quest’ultimo, previa concertazione tra gli Stati membri interessati, non

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “Nuovo patto sulla migrazione e l’asilo”, Bruxelles, 23.9.2020 COM(2020) 609.

¹² Il *mutual trust* è un principio strutturale del sistema costituzionale dell’Unione europea, secondo quanto affermato nel parere reso dalla Corte di giustizia dell’Unione europea il 18 dicembre 2004 con riferimento al Progetto di accordo per l’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, punto 168.

¹³ Preambolo del Regolamento Dublino III, considerando 3.

appena ciò sia materialmente possibile e comunque entro sei mesi a decorrere dall'accettazione della richiesta (art. 29 di Dublino III).

Il Regolamento Dublino II non contemplava un sistema di garanzie volte a consentire al richiedente protezione una partecipazione informata alla procedura.

Esso non considerava l'eventualità che i meccanismi del Regolamento, ed in particolare il trasferimento forzoso da un Paese ad un altro, potessero determinare una violazione dei diritti fondamentali della persona, non solo per la limitazione della sua libertà personale derivante dal trasferimento stesso ma anche per l'incidenza sulle sue condizioni di vita nello spostamento da uno Stato ad un altro contro la sua volontà e in mancanza di un diverso progetto di vita.

Esso non prevedeva, inoltre, la possibilità per il richiedente di rivolgersi ad un giudice per la tutela dei propri diritti individuali, potenzialmente lesi dall'ordine di trasferimento, ma solo un meccanismo di "ricorso o revisione" (articolo 19.2) sui criteri di competenza individuati dagli Stati coinvolti.

La potenzialità lesiva del meccanismo del trasferimento del sistema Dublino è stata riconosciuta dalla giurisprudenza: prima, nel gennaio 2011, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito anche: Corte EDU) e poi, nel dicembre dello stesso anno, dalla Grande camera della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito anche: CGUE).

Con la "storica" decisione *M.S.S. c. Belgio e Grecia*¹⁴, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che il trasferimento in Grecia, secondo il sistema Dublino II, di un richiedente protezione avrebbe determinato la violazione del suo diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, secondo quanto stabilito dall' art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito anche: CEDU) a causa delle carenze sistemiche nel sistema di accoglienza del Paese di destinazione ed ha invitato il Belgio a fare uso della cd. "clausola di sovranità", per affermare la propria competenza sulla domanda di asilo.

Questo indirizzo è stato parzialmente recepito pochi mesi dopo anche dalla CGUE nella decisione *N.S.*¹⁵, con la quale essa, richiamando l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito anche: Carta) - che, così come l'articolo 3 della Convenzione, vieta in modo assoluto l'inflizione di trattamenti inumani e degradanti -, ha stabilito, sempre in un caso riguardante la Grecia quale Paese di destinazione, il divieto di trasferimento in caso di "carenze sistemiche" nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza" nel Paese di destinazione. A differenza di quanto stabilito dalla CEDU nel caso *N.S.*, la CGUE, rispondendo a una delle questioni sollevate nel rinvio pregiudiziale, ha negato che

¹⁴ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 ottobre 2011.

¹⁵ CGUE, Grande sezione, *N.S.*, 21 dicembre 2011, cause C-411/10 e C-493/10.

lo Stato membro in cui si trova il richiedente abbia l'obbligo di dare applicazione alla clausola di sovranità, stabilendo che esso debba, invece, verificare se, alla luce degli altri criteri individuati dal Regolamento Dublino, sia possibile identificare un altro Stato membro competente a esaminare la domanda. La Corte ha, tuttavia, precisato che lo Stato membro in cui si trova il richiedente deve assicurare che la procedura, a causa della sua durata irragionevole, non comporti l'“aggravamento della violazione dei diritti fondamentali di tale richiedente”. Per tale eventualità, detto Stato è tenuto a esaminare la domanda “conformemente alle modalità previste all'art. 3, par. 2, del Regolamento n. 343/2003”, ossia in base alla clausola di sovranità.¹⁶.

La decisione è molto importante perché la Corte di giustizia ha stabilito, in via giurisprudenziale tre principi: un primo con nettezza, un secondo chiaro nello scopo ma incerto nella portata oggettiva, un terzo che ha lasciato un ampio margine di incertezza interpretativa.

- Il primo principio è quello per il quale la fiducia reciproca tra gli Stati membri non ha carattere inderogabile ma incontra delle limitazioni quando la presunzione di pari tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, sui cui esso si fonda, sia smentita dai fatti. Nel caso NS questi fatti erano relativi a “carenze sistemiche” del sistema di accoglienza del Paese di destinazione che comportavano il rischio di violazione del divieto assoluto, secondo il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, di trattamenti inumani e degradanti.

- Con il secondo principio, la Corte ha stabilito che la persona trasferita, che lamenta il rischio di essere soggetta a trattamenti inumani e degradanti, deve avere accesso ad un rimedio giurisdizionale contro la decisione di trasferimento; questo rimedio deve essere effettivo (articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Resta incerto se l'accesso al rimedio effettivo sia consentito solo nel caso di carenze sistemiche dell'accoglienza o delle procedure d' asilo, che comportino il rischio di trattamenti inumani e degradanti, o anche in caso di rischio di qualsiasi trattamento inumano e degradante, abbia esso origine in cause generali o sistemiche oppure anche in ragioni di carattere individuale, o ancora persino in caso di rischio di violazione di altri diritti fondamentali.

- Il terzo principio riguarda il rimedio nel caso di rischio di violazione dell'art. 4 della Carta. Qui, non vi è obbligo di attivazione della clausola di sovranità ma la soluzione deve essere cercata nelle altre regole di competenza del Regolamento; mentre la clausola di sovranità rivive solo nell'ipotesi di “aggravamento” della lesione di diritti fondamentali a causa della irragionevole durata del processo.

¹⁶ CGUE, N.S., cit., punto 98.

La decisione della CGUE nel caso *N.S.* è intervenuta dopo l'adozione del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 che ha, tra l'altro, sancito "l'obbligatorietà" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta effettiva dal primo dicembre 2009, dopo le ratifiche del Trattato. Il Trattato di Lisbona e la Carta hanno dato avvio, nella giurisprudenza della CGUE, ad una nuova era della tutela dei diritti fondamentali quando si versi nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE.

La giurisprudenza della CGUE ha, poi, trovato spazio nel testo del Regolamento Dublino III.

Innanzitutto, i *considerando* 32 e 39 di Dublino III impongono di interpretarne le disposizioni in conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; il *considerando* 13 richiama, poi, l'interesse superiore del minore e il *considerando* 14 "il rispetto della vita familiare" alla luce della CEDU e della Carta.

Nella prospettiva della valorizzazione delle garanzie di tutela dei diritti della persona, il Regolamento ha poi introdotto i diritti del richiedente protezione di "partecipazione" al procedimento Dublino, disciplinati negli articoli 4 e 5 in conformità con il *considerando* 18, per il quale: "è opportuno organizzare un colloquio personale con il richiedente al fine di agevolare la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale"; ed inoltre, "non appena sia presentata la domanda di protezione internazionale il richiedente dovrebbe essere informato dell'applicazione del (...) Regolamento". L'articolo 4, traduce il "considerando" in una norma precisa e di diritto uniforme, per la quale tali "Informazioni debbono essere fornite al richiedente per iscritto e in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, avvalendosi dell'opuscolo comune tal fine predisposto".

Inoltre, il Regolamento ha pienamente recepito e trasformato in regole e procedure i principi stabiliti dalla CGUE nel caso *N.S.*, prevedendo:

- nell'articolo 3.2. che: "Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente. Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro

in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente”.

- Nell’articolo 27 il diritto ad un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, con esame in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale. Lo stesso articolo 27 regola, poi, i principali aspetti della procedura del ricorso effettivo, lasciando tuttavia un margine di intervento all’autonomia procedurale degli Stati membri.

Il Regolamento sembra invece accogliere un’impostazione restrittiva circa la possibilità di utilizzo della clausola di sovranità, già prevista dal Regolamento Dublino II e confermata nell’art. 17 sotto il titolo di “clausole discrezionali”. L’impostazione restrittiva discende dal *considerando* 17 che limita la possibilità di deroga ai criteri di competenza, “per motivi umanitari e caritatevoli”, ai fini specifici “di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela”.

4. Il rimedio effettivo per la tutela dei diritti fondamentali. Il ruolo del giudice di primo grado.

Il Giudice ha dunque la responsabilità di assicurare al richiedente il rimedio effettivo, previsto dall’articolo 27 del Regolamento, in conformità a quanto stabilito dall’articolo 19 del Trattato sull’Unione europea e dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Il *considerando* 19 del Regolamento rende chiaro che, ai sensi dell’articolo 47 della Carta e al fine di garantire il rispetto del diritto internazionale, è “opportuno” che il ricorso effettivo avverso tali decisioni verta tanto sull’esame dell’applicazione del Regolamento quanto “sull’esame della situazione giuridica e fattuale” dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito.

Il diritto al ricorso giurisdizionale contro la decisione di trasferimento riguarda, dunque, tanto il *diritto* quanto il *fatto*: il giudice, pertanto, non è chiamato ad operare una mera decisione di controllo sull’applicazione di regole procedurali, quanto ad interpretare ed applicare queste regole alla luce della situazione di fatto sottostante, anche relativa al Paese di destinazione (articolo 3.2.), che il giudice indagherà, utilizzando se del caso i doveri di cooperazione ufficiosa, come previsto in via generale, per la materia della protezione internazionale, dalla “Direttiva procedure”¹⁷.

La mutata prospettiva caratterizzante il ricorso previsto dall’articolo 27 del Regolamento Dublino III rispetto al sistema di “revisione” precedente è stata

¹⁷ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, art. 4 par. 1 e art. 4 par. 5.

inquadrata dalla CGUE nella sentenza *Ghezelbash*¹⁸, con la quale la Corte ha stabilito che la norma del Regolamento non pone limitazioni circa gli argomenti deducibili dal richiedente nel ricorso, in conformità con il principio dell'articolo 47 della Carta per il quale ciò che conta è che la tutela sia effettiva e pertanto idonea a tutelare i diritti attribuiti al richiedente dal sistema comune europea dell'asilo (CEAS). Ne consegue che il ricorrente può utilizzare il ricorso anche per dedurre violazioni dei suoi diritti diversi dal rischio di trattamenti inumani e degradanti che conseguano alle carenze sistemiche previste dall'articolo 3, par. 2, del Regolamento.

Inoltre, nella coeva sentenza *Karim*¹⁹, la Grande sezione ha sancito che il ricorso contro la decisione di trasferimento può avere a oggetto l'esame dell'applicazione del regolamento Dublino e, quindi, non solo le regole di competenza definite del capo III. Conseguentemente, esso può avere anche ad oggetto i "diritti partecipativi" che sono strumentali ad una tutela effettiva. Ciò è stato poi ulteriormente chiarito dalla Corte nella sentenza *Mengesteab*²⁰ con l'affermazione per la quale con il ricorso dell'art. 27 può essere anche dedotto l'errore nell'applicazione di una norma procedurale del Regolamento. Ciò vale, a maggior ragione, per le norme procedurali che assicurano diritti partecipativi.

Il quadro di definizione dell'ampiezza dell'oggetto del rimedio effettivo è stato poi completato dalla CGUE con le decisioni *Shiri*²¹ e *H.A.*²², nelle quali la Corte ha affermato la possibilità per il richiedente di far valere anche circostanze verificatesi successivamente all'adozione della decisione di trasferimento e che siano rilevanti ai fini di una corretta applicazione del Regolamento, sempre nell'ottica della tutela giurisdizionale effettiva.

5. Il caso.

In questo quadro normativo e giurisprudenziale, diversi tribunali italiani si sono trovati ad affrontare un caso che si esemplifica come segue (il Paese di provenienza, quello di destinazione e gli elementi di fatto possono ovviamente essere diversi).

L'Unità Dublino della Germania accetta, sulla base dell'art. 18 lettera d) del Regolamento, la richiesta di ripresa in carico di un cittadino afghano, formulata dall'Unità Dublino Italiana.

Il ricorrente, affermando di parlare solo le lingue Pashtu e Dari, di essere fuggito a causa della persecuzione da parte dei talebani e di avere subito violenze durante il viaggio con conseguenza di disturbo posttraumatico da stress certificato da un medico, impugna l'ordine di trasferimento davanti a un giudice perché:

¹⁸ CGUE, Grande sezione, *Ghezelbash*, 7 giugno 2016 causa C-63/15.

¹⁹ CGUE, Grande sezione, *Karim*, 7 giugno 2016 causa C-155/15.

²⁰ CGUE, Grande sezione, *Mengesteab*, 26 luglio 2017, causa C-670/16.

²¹ CGUE, Grande sezione, *Shiri*, 25 ottobre 2017, causa C-201/16.

²² CGUE, Grande sezione, *H.A. v État belge*, 21 aprile 2021, causa C-194/19.

I) non ha ricevuto le informazioni dell'art. 4 e 5 del Regolamento Dublino III nella sua lingua e non ha ricevuto copia dell'opuscolo informativo comune.

II) Il rimpatrio certo dalla Germania all'Afghanistan lo esporrebbe alla persecuzione dei talebani, alla guerra e aggraverebbe in modo irrimediabile il suo stato psichico.

Sotto il vigore di Dublino II il caso si sarebbe risolto con il trasferimento del richiedente in Germania, perché il Regolamento si fondava su una concezione assoluta del principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri ed il richiedente, colpito da un provvedimento di trasferimento, non era considerato un soggetto portatore di diritti nella procedura Dublino ma l'oggetto della cooperazione tra gli Stati.

Progressivamente, grazie alla giurisprudenza delle corti europee, è emersa la consapevolezza che un trasferimento forzoso di persone chiama in causa, per sua natura, i diritti fondamentali della persona.

Nella sentenza *Javo*²³ del 2019, la Corte di giustizia ha fatto riferimento alla nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru*²⁴ emessa dalla stessa GGUE in tema di mandato di arresto europeo, per evidenziare che il trasferimento della persona nel sistema Dublino comporta delle limitazioni della libertà della persona non dissimilirispetto all'esecuzione di un mandato di arresto europeo.

Il caso, sopra illustrato, pone però una serie di problema nuovi:

1. Se la violazione dei diritti partecipativi da parte dell'Autorità Dublino sia rilevante nei casi di ripresa in carico e possa essere una ragione sufficiente grave per annullare l'ordine di trasferimento.

2.. Se la deroga al principio di *mutual trust* valga solo nel caso di carenze sistemiche dell'accoglienza o delle procedure di asilo nel Paese di destinazione, oppure se il giudice dello Stato in cui il richiedente ha proposto ricorso possa prendere in considerazione altri casi di rischio di violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

3. Se la considerazione di tale rischio e la deroga al principio del *mutual trust* possano valere anche nel caso del cosiddetto “*non refoulement* indiretto o a catena”, quando cioè la domanda di protezione internazionale sia stata già respinta dallo Stato competente (la Germania) ed il rischio di trattamento inumano e degradante discende dall'esistenza di conflitti armati che generano violenza generalizzata nel Paese terzo (Afghanistan) nel quale il richiedente sarà verosimilmente rimpatriato dal Paese competente.

²³ CGUE, Grande sezione, *Javo*, 19 marzo 2019, causa C-163/17, par. 81.

²⁴ CGUE, Grande sezione, *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15.

4. In caso di rilevanza del principio del “*refoulement indiretto*”, quale sia il rimedio che il giudice debba adottare: se stabilire la competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda di protezione internazionale ai sensi dell’articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento Dublino III ovvero se sia obbligato ad attivare la clausola discrezionale dell’art. 17.

5. In caso di affermazione della competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda, se non contrasti con il Sistema Comune Europeo di Asilo e con il principio di *mutual trust* il riesame di una domanda che sia stata già respinta da un altro Stato membro sul presupposto dell’inesistenza del rischio, di trattamento inumano e degradante ai sensi della lettera C dell’art. 14 del D. Lgs. 251/2007 o della corrispondente lettera C dell’art. 15 della Direttiva Qualifiche²⁵.

La rilevanza concreta del caso dipende dal fatto che il CEAS non assicura decisioni uniformi su ricorsi analoghi nei diversi Stati membri: ad esempio le decisioni di riconoscimento della protezione internazionale ai richiedenti asilo provenienti dall’Afghanistan oscillano tra il 98% (Italia) e il 24% (Bulgaria)²⁶. Le ragioni di tale diversità di giudizio stanno anche, ma non solo, nella diversa applicazione del concetto di *internal protection alternative*, prevista dalla Direttiva Qualifiche²⁷.

Di fronte all’incertezza nella soluzione, alla luce del diritto UE, dei cinque quesiti riposa però una certezza che trae fondamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra citata, decisioni *Ghezalbash*, *Karim* e *Mengesteab*, e cioè che il ricorrente è legittimato a far valere davanti al giudice nazionale tanto la questione procedurale del mancato rispetto degli obblighi informativi quanto la questione sostanziale del rischio di violazione del *refoulement* indiretto.

6. Diritti partecipativi e rimedi. La tutela dei diritti fondamentali e rimedi. Cinque rinvii pregiudiziali italiani alla CGUE.

Tra marzo e aprile 2021 la Corte di cassazione²⁸ e i Tribunali di Trieste²⁹, Roma³⁰ Milano³¹ e Firenze³² hanno sollevato cinque rinvii pregiudiziali di fronte alla Corte di Giustizia per provare ad ottenere chiarimenti interpretativi sul

²⁵ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta

²⁶ ECRE, *No Reason for Returns to Afghanistan*, Policy Note 17, 2019, 1.

²⁷ Direttiva Qualifiche, art. 8, par. 1: «Nell’ambito dell’esame della domanda di protezione internazionale, gli Stati membri possono stabilire che il richiedente non necessita di protezione internazionale se, in una parte del territorio del paese d’origine, questi: a) non ha fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corre rischi effettivi di subire danni gravi; oppure b) ha accesso alla protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all’articolo 7; e può legalmente e senza pericolo recarsi ed essere ammesso in quella parte del paese e si può ragionevolmente supporre che vi si stabilisca».

²⁸ Cass., Sez. II, ordinanza di rimessione, 29.03.2021.

²⁹ Tribunale di Trieste, Sez. Immigrazione, ordinanza di rimessione 02.04.2021.

³⁰ Tribunale di Roma, Sez. XVIII immigrazione, ordinanza di rimessione 12.04.2021.

³¹ Tribunale di Milano, sezione XII, immigrazione, ordinanza di rimessione del 14.04.2021.

³² Tribunale di Firenze, Sez. Protezione internazionale civile, ordinanza 29.04.2021.

diritto europeo, che consentano di sciogliere i dubbi legati ai cinque quesiti sopra elencati.

I rinvii hanno ad oggetto questioni:

- sulla estensione e rilevanza degli obblighi informativi in caso di ripresa in carico³³ e sui rimedi idonei a ripristinare la violazione, se annullamento dell'ordine di trasferimento oppure affermazione della competenza dello Stato (Corte di cassazione; Trieste e Milano);
- sulla rilevanza del *refoulement indiretto* e sulla compatibilità del riesame di una domanda di protezione già respinta con il Sistema Comune Europeo dell'Asilo (Tribunale di Roma); sui rimedi utilizzabili in caso di violazione, se il rimedio previsto dall'articolo 3.2. del Regolamento (Tribunale di Firenze) oppure il ricorso "obbligatorio alla clausola discrezionale" (Tribunale di Roma e Tribunale di Firenze).

Alcuni mesi prima, le medesime questioni sono state affrontate e risolte dal Tribunale di Milano³⁴, senza sollevare rinvio pregiudiziale.

Il tribunale di Milano:

- ha accertato, nel caso concreto, consultando specifiche fonti di informazioni sul Paese di ripresa in carico, che il trasferimento del richiedente in Germania avrebbe comportato il suo rimpatrio in Afghanistan, sulla base di accordi di rimpatrio stretti dalla Germania con il Paese di origine;
- ha stabilito che il rimpatrio del richiedente in Afghanistan lo avrebbe esposto a trattamenti inumani e degradanti a causa dei conflitti armati, interni ed internazionali, presenti nel Paese che generano una situazione di violenza generalizzata, per la quale qualsiasi civile resta esposto a seri rischi per la sua incolumità personale e la stessa sopravvivenza;
- ha affermato che il divieto di *refoulement* indiretto deriva dalla giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE sulla natura assoluta del divieto di tortura sancito all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, corrispondente all'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
- ha applicato estensivamente il rimedio previsto dall'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento, concepito per i casi di rischio di trattamenti inumani e degradanti; ha constatato l'impossibilità di eseguire il trasferimento verso lo Stato membro competente, nonché verso altri Stati membri designati in applicazione dei criteri di Dublino III, e ha quindi concluso accogliendo il ricorso e affermando la competenza delle autorità italiane a esaminare la domanda di protezione.

³³ Tra il 2008 e il 2014, il 72% delle richieste emesse nel quadro del regolamento Dublino è stato rappresentato da richieste di ripresa in carico, contro il 28% di richieste di presa in carico.

³⁴ Tribunale di Milano, decreto del 14 ottobre 2020.

7. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali nel sistema Dublino.

I rinvii pregiudiziali e la decisione del Tribunale di Milano fanno leva sulla progressiva evoluzione della giurisprudenza delle corti europee sulla tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti nel sistema Dublino.

Tre anni dopo la sentenza *N.S.* della CGUE, successivamente codificata nel già ampiamente richiamato articolo 3, par. 2, del Regolamento Dublino III, con la sentenza *Tarakeel*³⁵, la grande camera della Corte EDU ha affrontato un caso nuovo di trasferimento Dublino nei confronti di una famiglia con figli piccoli dalla Svizzera all'Italia. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso la presenza di carenze sistemiche nel sistema di accoglienza italiano ma ha ritenuto che il rischio di trattamento inumano e degradante discendesse dalla incapacità (la Corte parla di «*serious doubts*» - par. 115 - circa l'effettiva capacità del sistema) di garantire condizioni di accoglienza idonee a far fronte alla specifica situazione di vulnerabilità della famiglia. La Corte ha inoltre stabilito che lo Stato svizzero fosse obbligato ad attivare la clausola di sovranità.

Con questa decisione, la Corte di Strasburgo riapre la partita dei diritti fondamentali nel sistema Dublino, sia sotto il profilo della situazioni suscettibili di tutela, non violazioni sistemiche ma anche violazioni legate alla peculiare situazione del richiedente protezione, sia sotto il profilo dei rimedi, considerando l'obbligo, alla luce del sistema CEDU e non ovviamente di quello UE, dello Stato di attivare un rimedio messo a disposizione dal suo sistema procedurale, ossia la clausola di sovranità.

La risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea non si è fatta attendere, quando le è stata posta una questione riguardante il trasferimento di una donna che, a causa di una grave depressione *post-partum*, si trovava in una condizione psico-fisica particolarmente grave. Si trattava di una cittadina siriana, *C.K.* che, insieme al marito egiziano *H.F.*, avrebbe dovuto essere trasferita dalla Slovenia alla Croazia durante la gravidanza, alla quale seguì un parto problematico. Il caso è nuovo, perché il rischio di trattamento disumano e degradante non era legato all'esistenza di carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza dello Stato membro competente, bensì alla incompatibilità della sua condizione di salute con il trasferimento che, nel caso specifico, avrebbe potuto determinare un deterioramento irreversibile delle sue condizioni psicofisiche. In questo caso, dunque, il rischio di trattamento disumano e degradante è conseguenza del trasferimento "in sé" e non delle carenze sistemiche dello Stato competente.

Nel caso, noto come *CK*³⁶, la Corte ha affermato i due seguenti principi:

³⁵ Corte EDU, Grande camera. *Tarakeel v. Switzerland*, 4 novembre 2014, app. No. 29217/12.

³⁶ CGUE *C.K., H.F., A.S. c. Slovenia*, 16 febbraio 2017, causa C-578/16.

- “L’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea va interpretato nel senso che: anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l’esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, ai sensi di tale articolo”³⁷.

- L’articolo 17, paragrafo 1, di detto regolamento, letto alla luce dell’articolo 4 della Carta, non può essere interpretato nel senso che obbliga tale Stato membro, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, ad applicare detta clausola³⁸.

La Corte di giustizia, di fronte al rischio di violazione di un divieto assoluto quale quello dei trattamenti inumani e degradanti, ha fatto un significativo passo avanti verso il superamento della dottrina della rilevanza delle sole delle carenze sistemiche, a favore di una valutazione che consideri ulteriori condizioni, anche individuali del richiedente, pur rimarcando l’eccezionalità del caso.

Al contempo la Corte ha fatto un passo “laterale” rispetto a *N.S.* escludendo, in contrasto con la Corte EDU e al fine di salvaguardare il principio di *mutual trust*, l’obbligatorietà del ricorso al rimedio della clausola di sovranità. La Corte ha infatti proposto una soluzione per la quale le autorità dello Stato membro trasferente avrebbero dovuto valutare, adottando opportune precauzioni anche in cooperazione con le autorità dello Stato membro di destinazione, la possibilità di effettuare un trasferimento con modalità idonee ad escludere il rischio di trattamento inumano o degradante connesso al trasferimento. Qualora ciò non fosse possibile, le Autorità avrebbero dovuto sospendere l’esecuzione del trasferimento in attesa del miglioramento delle condizioni di salute della richiedente. La Corte si è poi, appunto, preoccupata di affermare esplicitamente che la soluzione fornita «rispetta pienamente il principio della fiducia reciproca» poiché non compromette “l’esistenza di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali in ogni Stato membro”, ma garantisce che essi siano tutelati in “situazioni eccezionali”³⁹.

Va, qui, osservato che se il ritardo nel trasferimento supera i sei mesi dall’accettazione dello Stato competente, trova applicazione il secondo paragrafo dell’articolo 29 del Regolamento, in base al quale: “Se il trasferimento non avviene entro il termine di sei mesi, lo Stato membro competente è liberato dall’obbligo di prendere o riprendere in carico l’interessato e la competenza è trasferita allo Stato membro richiedente”. L’effetto è pertanto identico a quello che conseguirebbe all’esercizio della clausola di sovranità. Risulta, così, chiara l’intenzione della Corte

³⁷ CGUE, C.K., cit., punto 65.

³⁸ CGUE, C.K., cit., punto 96.

³⁹ CGUE, C.K., cit., punto 95.

di escludere l'esistenza di situazioni nelle quali il ricorso alla clausola di sovranità possa considerarsi "obbligatorio" e di affidare, invece, ai meccanismi automatici previsti dal Regolamento la soluzione di situazioni "eccezionali", nelle quali esista il rischio che il trasferimento esponga la persona a trattamenti inumani e degradanti.

L'ultimo passaggio, in ordine temporale anche se presumibilmente non il passaggio finale, della giurisprudenza della Corte in tema di Dublino e divieto di trattamenti inumani e degradanti si trova nella sentenza *Javo* della Grande sezione⁴⁰. Si trattava di un caso riguardante il trasferimento di un cittadino del Gambia dalla Germania all'Italia ed il quesito riguardava la compatibilità del trasferimento con le condizioni di accoglienza in Italia per l'ipotesi di accoglimento -e non di rigetto- del ricorso per la protezione; nel quesito si considerava l'esistenza del rischio che il richiedente, dopo l'eventuale riconoscimento della protezione internazionale da parte dell'Italia, si trovasse a vivere in condizioni di indigenza talida configurare un trattamento inumano e degradante.

La Corte ha risposto positivamente al quesito, affermando che, "sebbene l'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento Dublino III contempli soltanto la situazione all'origine della sentenza del 21 dicembre 2011, N.S. e a. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865), ossia quella in cui il rischio reale di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta, risulti da carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nello Stato membro che, ai sensi di tale Regolamento, è designato come competente per l'esame della domanda, tuttavia dai punti 83 e 84 della presente sentenza, nonché dal carattere generale e assoluto del divieto di cui all'articolo 4, deriva che il trasferimento di un richiedente verso tale Stato membro è escluso in tutte le situazioni in cui esistano motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un simile rischio in occasione del suo trasferimento o a seguito di questo"⁴¹.

Con *Javo*, si completa la trilogia delle decisioni della Corte, con una giurisprudenza che "copre" tutti i casi di rischi di trattamenti inumani e degradanti per la quale: "è irrilevante, ai fini dell'applicazione del summenzionato articolo 4, che l'interessato sia esposto a un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, a causa del suo trasferimento verso lo Stato membro competente, ai sensi del regolamento Dublino III, al momento stesso del trasferimento, durante la procedura di asilo ovvero all'esito di quest'ultima".⁴² Inoltre, in *Javo*, la Corte parrebbe, per il caso del rischio di trattamento inumano e degradante "all'esito" del riconoscimento della protezione, fare riferimento ad un'interpretazione estensiva dell'articolo 3 paragrafo 2 di Dublino III per ciò che concerne il rimedio applicabile.

⁴⁰ CGUE, Grande sezione, *Javo*, 19 marzo 2019, causa C-163/17.

⁴¹ CGUE, *Javo*, cit., punto 87.

⁴² CGUE, *Javo*, cit., punto 88.

8. Alcune considerazioni sul possibile esito dei rinvii pregiudiziali.

Alcune conclusioni possono essere ritratte dalla giurisprudenza della Corte, sopra citata:

- il rischio di trattamenti inumani e degradanti, che sono oggetto di un divieto assoluto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (articolo 4), ha sempre rilievo ai fini dell'applicazione del Regolamento Dublino (*Jawo*);
- esso ha rilievo non solo nel caso di carenze sistemiche ma anche nel caso di rischi individuali, in situazioni eccezionali (*C.K.*);
- nel caso di carenze sistemiche (*N.S.* e *Jawo*) trova applicazione il meccanismo di affermazione della competenza previsto dal paragrafo due dell'articolo 3 del Regolamento;
- nel caso di rischi individuali, lo Stato richiedente deve innanzitutto cercare forme di cooperazione e, ove queste non siano risolutive, sospendere il trasferimento fino a che la sua competenza non si consolidi secondo il meccanismo del secondo paragrafo dell'articolo 29 del Regolamento (*C.K.*);
- il ricorso alla clausola discrezionale (o di sovranità) non può mai essere il risultato di un obbligo imposto dal diritto dell'Unione europea in ossequio al principio del *mutual trust* (*C.K.* e *Jawo*).

A questi principi, vanno sommati quelli affermati dalla Corte con riguardo all'ambito di applicazione del rimedio effettivo, per i quali:

- non vi sono limiti alla deduzione di violazioni di diritti fondamentali nel ricorso al giudice (*Gbezelbash*).
- Il ricorrente può far valere anche questioni procedurali e pertanto anche relative alla violazione dei diritti partecipativi (*Karim e Mengesteab*).

Alla luce di questi principi si può dunque provare a ipotizzare una risposta ai quesiti sollevati dagli uffici giudiziari italiani di fronte alla Corte di giustizia, partendo dalla violazione dei diritti partecipativi nel caso di "ripresa in carico".

8.1 La rilevanza degli obblighi informativi nelle procedure di ripresa in carico.

Il dubbio sulla rilevanza degli obblighi informativi nelle procedure di ripresa in carico discende dalla considerazione che in queste procedure non si tratta di determinare lo Stato competente ma di "restituire" il richiedente allo Stato presso il quale pende la domanda di protezione internazionale o che, addirittura, si è già pronunciato sulla stessa, respingendola. Le informazioni che il richiedente possa fornire nel corso della procedura non servono, pertanto, a determinare la competenza che è già definita dal Regolamento.

E' tuttavia agevole osservare, alla luce della giurisprudenza della CGUE, che i diritti "partecipativi" del ricorrente non si limitano alla facoltà di dedurre fatti che possano incidere sulla determinazione della competenza ma si sostanziano anche nella possibilità di far valere situazioni di fatto che riguardano la sua persona o la sua vicenda personale o ancora le condizioni dello Stato membro di accoglienza o quello di origine in cui è destinato ad essere rimpatriato, al fine di evidenziare il rischio di lesione di diritti fondamentali. Anzi, è proprio l'ambito della protezione dei diritti fondamentali che attribuisce pregnanza alla partecipazione al procedimento e alla possibilità di accesso ad un rimedio effettivo.

A tale ultimo riguardo, il considerando 19 del Regolamento rende chiaro che il ricorso effettivo avverso le decisioni di trasferimento non verte soltanto sull'esame dell'applicazione del Regolamento ma anche sull'esame della "situazione giuridica e fattuale dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito".

Superato il primo scoglio, si tratta di comprendere quale sia la conseguenza della violazione dei diritti partecipativi.

Su questo punto si registra una grande incertezza nella giurisprudenza della Corte di cassazione che ha proposto tre indirizzi, tra di loro incompatibili; la sezione I ha affermato nel 2020 che non è sindacabile la violazione degli obblighi informativi⁴³; sempre nel 2020, nello stesso mese di ottobre, la stessa sezione ha affermato, invece, la "sindacabilità" della violazione da parte del giudice e ha individuato la conseguenza nell'obbligo del giudice di dare "conto nelle motivazioni, di quale fosse stato il danno concreto patito dal richiedente, vuoi nel proprio diritto di interlocuzione con l'Autorità vuoi nel proprio diritto di difesa"⁴⁴; la sezione II, nel 2019, ha pure affermato la sindacabilità ed ha, invece, individuato, quale conseguenza, la "nullità del provvedimento di trasferimento"⁴⁵.

Nei rinvii pregiudiziali la Corte di cassazione, il Tribunale di Milano e il Tribunale di Trieste hanno chiesto alla Corte di giustizia di prendere posizione anche sul rimedio applicabile alla violazione.

Pur nell'incertezza della risposta, si può prevedere che la Corte richiamerà il saldo principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, affermato più volte anche nel settore dell'immigrazione⁴⁶, per il quale spetta allo Stato membro individuare il rimedio, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività, in virtù dei quali le modalità procedurali dei ricorsi volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di diritto interno e non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento UE.

⁴³ Cass., sez. I, 27.10.2020, nn. 25385, 25386, 25387 del 27.10.2020.

⁴⁴ Cass., sez. I, ordinanza del 07.10.2020, n. 21553.

⁴⁵ Cass., sez. II, ordinanza del 24.02.2019, n. 8282.

⁴⁶ CGUE, *Samba Diouf*, 28 luglio 2011, in causa C-69/10, punto 29.

Potrebbe essere, ad esempio, ritenuto effettivo il rimedio individuato dal Tribunale di Milano che - anche nel procedimento sopra citato⁴⁷ -, a fronte dell'accertata violazione dei diritti partecipativi, ha sospeso l'ordine di trasferimento per consentire al ricorrente di far valere tutte le proprie difese con l'assistenza tecnica, assicurata dallo Stato in caso di indigenza, nel procedimento di merito davanti al giudice.

Il procedimento giudiziale, svolto con la piena partecipazione del ricorrente, si concluderà poi con l'accertamento dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale.

Questa soluzione appare un rimedio effettivo perché consente di dare piena applicazione al Regolamento senza interrompere il procedimento, come nel caso di annullamento o di dichiarazione di nullità dell'ordine di trasferimento, che produrrebbero l'inevitabile effetto di radicare la competenza in capo allo Stato cui appartiene il giudice, in forza del decorso del termine semestrale, così come stabilito dall'articolo 29 del Regolamento.

8.2 La rilevanza del rischio di trattamenti inumani e degradanti in situazioni diverse dalle violazioni sistemiche.

Il secondo dubbio nasce dal testo del Regolamento che, nell'articolo 3 paragrafo 2, contiene un'unica deroga espressa al principio *di mutual trust* nel caso di violazione sistemiche nel Paese di destinazione. Il dubbio riguarda la rilevanza del rischio di trattamenti inumani e degradanti in situazioni diverse dalle violazioni sistemiche. Esso -si ritiene- è stato però già risolto dalla trilogia di sentenze *N.S.*,

C.K. e Jawo. In particolare, in *Jawo*, la Corte ha reso chiaro che “è irrilevante, ai fini dell'applicazione del summenzionato articolo 4, che l'interessato sia esposto a un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, a causa del suo trasferimento verso lo Stato membro competente, ai sensi del regolamento Dublino III, al momento stesso del trasferimento, durante la procedura di asilo ovvero all'esito di quest'ultima”.⁴⁸

La Corte fa quindi leva sul carattere assoluto⁴⁹ del divieto di trattamenti inumani e degradanti per concludere che il rischio di violazione del divieto rappresenta sempre un limite all'applicazione automatica del Regolamento, sia in caso di violazioni sistemiche durante e all'esito della procedura d'asilo sia, eccezionalmente (*C.K.*), in caso di rischio aggravato dalla situazione individuale del richiedente.

⁴⁷ Trib. Milano, decreto del 14 ottobre 2020, *cit.*

⁴⁸ CGUE, *Jawo*, *cit.*, punto 88.

⁴⁹ Il carattere assoluto del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è stato affermato dalla Corte EDU fin dal 1978 nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito* (del 10 gennaio 1978), in cui il giudice della Convenzione ha affermato, con espressione lapidaria, che “non può esserci alcuna giustificazione per azioni contrarie alle disposizioni che proibiscono la tortura o altri trattamenti inumani”.

Quest'ultimo aspetto è stato rimarcato dalla Corte nel caso *Javo*, con il richiamo al precedente *Aranyosi e Căldăraru*⁵⁰. Ci si è chiesti se il riferimento al caso *Aranyosi e Căldăraru* significhi il richiamo anche alla “valutazione bifasica” pretesa dalla Corte, quando deve essere data esecuzione a un mandato di arresto europeo: prima una valutazione di carattere generale o sistemica riferita al rischio di trattamento inumano e degradante nel Paese che richiede l'esecuzione del mandato di arresto e poi una verifica individualizzata della persistenza del rischio nel caso specifico.

La progressione delle decisioni *N.S., C.K.* e *Javo* e i passaggi della motivazione della sentenza *Javo* sopra riportati inducono invece a ritenere che il richiamo di *Aranyosi e Căldăraru* serva alla Corte solo per un'equiparazione della situazione sottostante, ossia l'esecuzione forzata di un ordine di trasferimento potenzialmente foriera di trattamenti inumani e degradanti, ma non per l'“esportazione” del test bifasico nell'ambito del sistema Dublino, dove i rischi di soggezione a trattamenti inumani e degradanti rilevano, invece, sempre.

8.3 La rilevanza del *non refoulement* indiretto o a catena.

Il terzo dubbio riguarda il *non refoulement* indiretto o a catena e in particolare se esso rientri nel rischio di trattamento inumano e degradante e possa giustificare una deroga al principio del *mutual trust*.

Il caso è quello, sopra esemplificato, di un richiedente la cui domanda di protezione sia stata già respinta nel Paese competente e che sia destinato ad essere rimpatriato nel Paese terzo d'origine, in cui corre il rischio di essere soggetto a un trattamento inumano e degradante, sotto forma del rischio per la sua vita o incolumità a causa dell'esistenza di conflitti armati che generano violenza generalizzata.

La questione della rilevanza del *refoulement* in generale e del *refoulement a catena* in particolare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è stata già risolta dalla Corte EDU in diverse decisioni, tra le quali spiccano per importanza; *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*⁵¹ e *Ilias e Ahmed contro Ungheria*⁵².

In *Hirsi Jamaa*, la Corte EDU ha considerato il divieto di *refoulement* quale componente essenziale del divieto assoluto di tortura e trattamenti inumani e degradanti⁵³. La natura assoluta dell'obbligo di *non refoulement* vieta, dunque, allo Stato di operare il trasferimento della persona qualora questo trasferimento la esponga al rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti. È al riguardo irrilevante che tale rischio esista nello stato di destinazione oppure in uno Stato terzo nel quale la persona sarà trasferita dallo Stato di destinazione, purchè si tratti di un rischio concreto.

⁵⁰ CGUE, *Aranyosi e Căldăraru*, cit.

⁵¹ Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, 23 febbraio 2012, in ricorso n. 27765/09.

⁵² Corte EDU, quarta sezione, *Ilias e Ahmed contro Ungheria*, 14 marzo 2017, in ricorso n. 47287/15.

⁵³ Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, cit. par.23, 120, 122.

Al fine, poi, di determinare l'estensione dell'obbligo assoluto di *non refoulement* posto a carico degli Stati membri dalla Convenzione, giova in particolare richiamare l'opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque nel caso *HirsiJamaa*, ove egli afferma che l'obbligo di *non refoulement* ricorre anche quando il rischio di trattamento inumano e degradante può essere determinato da un conflitto armato interno⁵⁴.

Nella sentenza *Ilias e Ahmed contro Ungheria*, la Corte EDU ha affrontato il caso di due cittadini bengalesi richiedenti protezione internazionale in Ungheria ed espulsi verso la Serbia dopo 23 giorni di trattenimento in una zona di transito. La Corte ha condannato l'Ungheria affermando che questo Paese avrebbe dovuto tenere in considerazione la possibilità di un *refoulement* a catena dalla Serbia alla Macedonia (FYROM oggi Macedonia del Nord) e da qui alla Grecia, ossia i Paesi attraverso i quali i cittadini bengalesi erano transitati per raggiungere l'Ungheria. La Corte ha dunque affermato che sullo Stato incombe l'obbligo di valutare d'ufficio il rischio per il richiedente protezione di subire trattamenti inumani e degradanti in un contesto di *refoulement* a catena, quando la valutazione del rischio può essere effettuata sulla base di un ampio ventaglio di fonti di informazione⁵⁵. Nel caso esaminato, la Corte europea ha evidenziato che nel 2012 l'UNHCR raccomandava agli Stati di evitare rimpatri in Serbia di richiedenti asilo per la mancanza di una procedura d'asilo giusta (*fair*) ed efficiente e per il rischio di un *refoulement* a catena verso la Macedonia e che, anche con riferimento a questo Paese, nel 2015 l'UNHCR aveva identificato significative carenze nelle procedura d'asilo e che, infine, anche in Grecia le condizioni di accoglienza erano state valutate dalla stessa Corte europea (nella decisione *M.S.S. contro Grecia e Belgio*) in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione⁵⁶.

La solida giurisprudenza della corte EDU penetra anche il diritto dell'Unione europea in forza dell'articolo 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁷. Inoltre, in forza dell'articolo 18 della Carta e dell'articolo 78, par. 1 del TFUE, il diritto d'asilo e la politica comune dell'UE in materia di protezione internazionale si conformano alla Convenzione di Ginevra che sancisce, senza incertezze, il principio di non respingimento.

In definitiva, ai fini dell'operatività del divieto di trattamenti inumani e degradanti, è rilevante ogni forma di respingimento, sia essa diretto oppure indiretto o a catena. Piuttosto, secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia in

⁵⁴ *When there is a risk of serious harm as a result of foreign aggression, internal armed conflict, extrajudicial death, forced disappearance, death penalty, torture, inhuman or degrading treatment, forced labour, trafficking in human beings, persecution, or trial based on a retroactive penal law or on evidence gathered by torture or inhuman and degrading treatment in the receiving State, the obligation of non-refoulement is an absolute obligation of all States.*

⁵⁵ Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., par. 118.

⁵⁶ Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., par. 121, 122 e 12.

⁵⁷ "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

Jawo, il livello di rilevanza va rapportato alla gravità del rischio, nel senso che il *mutual trust* cede soltanto di fronte ad un rischio di *particolarmente elevata di gravità*⁵⁸. Resta, però, questione aperta e di non facile soluzione come questa soglia vada determinata nel rispetto dell'articolo 4 della Carta e del carattere assoluto del relativo divieto.

8.4 Il rimedio giudiziale in caso di trattamenti inumani e degradanti.

Il successivo passaggio attiene al rimedio che il giudice debba adottare in caso di accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, come nel caso di *non refoulement* indiretto.

La Corte propone in *C.K.* e *Jawo* due soluzioni differenti, a seconda che si tratti di rischi che dipendono da situazioni individuali o transitorie oppure da situazioni sistemiche.

Per il primo caso (*C.K.*) la Corte suggerisce l'attivazione degli strumenti di cooperazione bilaterale tra Stati per elidere il rischio e, in caso di impossibilità o insuccesso, la sospensione del trasferimento, con l'effetto -non dichiarato dalla Corte- del consolidamento della competenza dello Stato "richiedente", in forza del meccanismo dell'articolo 29 del Regolamento (decorso del termine semestrale).

Nel secondo caso, la Corte sembra proporre un'interpretazione estensiva dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento, che è stato previsto per l'ipotesi di rischio di trattamenti inumani e degradanti derivanti da violazioni sistemiche. L'effetto è analogo a quello dell'articolo 29. La norma prevede che: *Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente.*

L'interpretazione estensiva dell'articolo 3.2. è stata proposta dal Tribunale di Milano nel decreto del 14 ottobre 2020.

Tanto in *C.K.* quanto in *Jawo*, la Corte di giustizia esclude, invece, con nettezza il ricorso "obbligatorio" alla clausola di sovranità o clausola discrezionale dell'articolo 17 del Regolamento.

Questa esclusione è in linea con la volontà della Corte di affermare il carattere eccezionale della deroga al principio di *mutual trust*. Tale situazione eccezionale ricorre solo in caso di rischio di violazione di un divieto assoluto, quale quello di trattamenti inumani e degradanti e solo nel caso in cui il rischio di violazione superi la soglia della *particolarmente elevata gravità* (*Jawo*)⁵⁹.

⁵⁸ CGUE, *Jawo*, cit., punto 91.

⁵⁹ CGUE, *Jawo*, punto 91.

I Tribunali di Roma e Firenze, nei loro rinvii pregiudiziali, hanno però sollecitato la Corte, con riguardo al caso di non *refoulement indirecto*, a prendere posizione sul ricorso “obbligatorio” alla clausola discrezionale dell’art. 17. La tesi del “ricorso obbligatorio alla clausola discrezionale” è sostenuta anche da una parte della dottrina⁶⁰.

Inoltre, si discute se la clausola discrezionale possa o debba trovare applicazione quando si tratta di assicurare la protezione nazionale, come nel caso della protezione speciale introdotta dal Decreto-Legge 21 ottobre 2020, n. 130. Il dibattito nasce dalla considerazione che il sistema comune di asilo non è oggetto di integrale armonizzazione da parte del diritto dell’Unione. Come emerge dalla Direttiva Qualifiche e dalla giurisprudenza della CGUE⁶¹, la protezione internazionale definita dal diritto UE non esaurisce le forme di protezione che gli Stati membri possono riconoscere in attuazione di obblighi esistenti a livello costituzionale, come nel caso della protezione speciale del d.l. 130/2020 o della protezione umanitaria, oppure a livello internazionale.

Orbene, con riferimento alla clausola di sovranità, già nella vigenza del Regolamento Dublino II, la Corte aveva evidenziato che la formulazione letterale dell’allora articolo 3, par. 2 – corrispondente all’attuale articolo 17, par. 1 del regolamento Dublino III – non subordina l’applicazione della clausola di sovranità ad alcuna particolare condizione; essa mira piuttosto a riconoscere un ampio “potere discrezionale”, volto a “salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell’esercizio del diritto di concedere l’asilo”⁶².

Nella sentenza *N.S.*, la Corte ha tuttavia precisato che la disposizione in materia di clausola di sovranità “riconosce agli Stati membri un potere discrezionale che fa parte integrante del sistema europeo comune di asilo previsto dal TFUE ed elaborato dal legislatore dell’Unione”⁶³ e che l’applicazione della clausola da parte di uno Stato membro determina delle “conseguenze precise”⁶⁴ in capo a esso, prima fra tutte il fatto di divenire lo Stato membro competente a esaminare la domanda. Ne consegue che l’esercizio della clausola di sovranità deve ritenersi “parte dei meccanismi di determinazione dello Stato membro competente” ai sensi del Regolamento⁶⁵.

Pertanto, il ricorso alla clausola di sovranità non può essere richiesto al giudice quando ci si trovi al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea e quindi al di fuori del sistema comune europeo dell’asilo

⁶⁰ D. STRAZZARI, *Il Regolamento Dublino – Profili applicativi*, relazione preparata per la tavola rotonda del 27 maggio 2021 nel corso della Scuola Superiore della Magistratura, P21042.

⁶¹ CGUE, Grande sezione, *B. e D.*, 9 novembre 2010, in causa C-57/09; CGUE, *M.P.*, 24 aprile 2018 in causa C-353/16; e CGUE, *M.* 14 maggio 2019, in cause riunite C-391/16, C77/17 e C-78/17.

⁶² CGUE, Grande sezione, *Abdullahi*, 10 dicembre 2013, causa C-394/12, punto 57.

⁶³ CGUE, *N.S.*, cit., punto 65.

⁶⁴ CGUE, *N.S.*, punto 67.

⁶⁵ CGUE, *N.S.*, punto 68.

(CEAS), come nel caso di protezione assicurata dal diritto nazionale (speciale o umanitaria che sia).

In questo ultimo caso, l'intervento del giudice potrebbe ipotizzarsi solo come conseguenza dell'adempimento di obblighi "esistenti a livello costituzionale o internazionale" dello Stato.

Nell'ambito del CEAS, la Corte, nelle sentenze *C.K.* e *Jawo* ha, poi, escluso la possibilità di un ricorso obbligatorio alla clausola discrezionale, così preservando il principio di *mutual trust*.

Tale principio è stato affermato con nettezza dalla Corte anche nella sentenza *M.A.*⁶⁶, con la quale essa si è occupata dei trasferimenti Dublino verso il Regno Unito, in seguito alla notifica da parte del Regno Unito dell'intenzione di recedere dall'UE, ai sensi dell'articolo 50 TUE. La Corte, dopo aver richiamato i propri precedenti, ha ribadito la "natura facoltativa" della clausola e l'ampio potere discrezionale da essa conferito agli Stati, i quali rimangono pertanto sovrani nel definire le condizioni in presenza delle quali intendono darvi applicazione.

La sentenza è particolarmente rilevante perché, partendo da tali premesse, la Corte è giunta a negare l'esistenza di un obbligo di applicare tale clausola anche in situazioni in cui rilevi il principio internazionalmente riconosciuto del *best interests of the child*.

In presenza di una facoltà, e non di un obbligo dello Stato, di fare ricorso alla clausola di sovranità, non vi è spazio per il rimedio giudiziale.

Coloro che affermano la natura "obbligatoria della clausola discrezionale" fanno, peraltro, leva proprio sulla citata sentenza *M.A.*, con la quale la Corte ha risposto al quesito sollevato dal giudice del rinvio se l'articolo 27 del Regolamento consenta un ricorso nei confronti della decisione dello Stato di non ricorrere alla clausola di sovranità. La Corte ha affermato, per un verso, la necessità di non moltiplicare gli strumenti di impugnazione al fine di garantire la celere trattazione delle domande di protezione e, per altro verso, l'esigenza di garantire il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale principio generale del diritto UE, riconosciuto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte ha così concluso che il diritto dell'Unione europea non impone di prevedere un mezzo di ricorso specifico nei confronti della decisione con cui l'autorità nazionale ha deciso di non ricorrere alla clausola di sovranità; tuttavia, ha aggiunto, il rifiuto di ricorrere alla clausola può essere oggetto di contestazione nell'ambito del ricorso avverso la decisione di trasferimento.

Questa conclusione appare conforme ai principi espressi dalla Corte nelle decisioni *Karim* e *Mengesteab* circa la facoltà per il richiedente di far valere, con il ricorso ex art. 27 del Regolamento, anche vizi di natura procedurale. Essa,

⁶⁶ CGUE, *M.A. e A.*, 23 gennaio 2019, in causa C-661/17.

tuttavia, non contraddice quanto dalla stessa Corte ha affermato in *C.K. e Jawo* con riguardo all'esclusione del carattere "obbligatorio" della clausola discrezionale.

8.5 Un caso di *ne bis in idem*?

Resta l'ultimo quesito proposto dal Tribunale di Roma alla Corte di giustizia e cioè se, in caso di affermazione della competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda di protezione internazionale del richiedente esposto al rischio *non refoulement indiretto*, il giudice non si trovi così ad operare una rivalutazione nel merito della domanda di protezione internazionale già respinta⁶⁷ dal Paese di destinazione in materia di protezione sussidiaria della lettera c) dell'art. 15 della Direttiva Qualifiche e se ciò contrasti con il principio *mutual trust* che sta alla base del sistema comune di asilo europeo (CEAS).

In realtà, il secondo giudice del secondo Stato interviene in una situazione del tutto diversa, anche temporalmente, e autonoma rispetto a quella considerata dal primo giudice del primo Stato e che ha condotto al diniego della protezione sussidiaria.

Questa decisione negativa non è messa in discussione ed anzi essa è riconosciuta e "fa stato", nel senso che fonda il meccanismo di ripresa in carico in base all'articolo 18, par. 1, lett. d) del regolamento Dublino III.

Al secondo giudice è invece sottoposta una specifica "situazione fattuale dello Stato membro in cui il richiedente dovrebbe essere trasferito", per utilizzare le parole del considerando 19 del Regolamento. Il secondo giudice dovrà innanzitutto valutare, sulla base di allegazioni e prove che si basino su informazioni sul Paese di destinazione, se, in seguito al diniego della domanda di protezione internazionale, il richiedente sia destinato a essere rimpatriato nel Paese di provenienza. Quindi dovrà valutare, sulla base di allegazioni e prove che si basino su informazioni attuali sul Paese di origine - CoI - se il rimpatrio esponga il richiedente al rischio di trattamenti inumani e degradanti.

⁶⁷ Trib. Roma, ordinanza del 12 aprile 2021, punto 32, evidenzia il «rischio di sovrapporre il rimedio di cui all'articolo 27 del Regolamento con un nuovo esame della (prima) domanda di protezione internazionale, già svolto dallo Stato membro competente che ha applicato, legittimamente, i propri criteri interpretativi».