

*Quale ruolo per il giudice nazionale alla luce del diritto UE? **

Marcella Ferri**

Nel mio intervento cercherò di inquadrare il ruolo del giudice, adito nell'ambito di un ricorso avverso una decisione di trasferimento ai sensi dell'art. 27 del regolamento Dublino III («giudice di Dublino»), rispetto all'applicazione della clausola discrezionale. In particolare, mi propongo di esaminare se e in che misura, qualora tale giudice non condivida la valutazione operata dalle autorità dello Stato membro competente circa l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale di diritto UE, possa (*rectius*: debba) sindacare la mancata applicazione della clausola da parte della amministrazione e disporre la successiva applicazione. In altre parole, mi concentrerò sul complesso tema della c.d. giustiziabilità della clausola discrezionale, cercando di comprendere *se sia esperibile un sindacato giurisdizionale* circa la mancata applicazione della stessa e se sì, *quale sia l'ambito* del suddetto sindacato.

La questione dei poteri dell'organo giurisdizionale rispetto alla mancata applicazione della clausola da parte della amministrazione costituisce “*l'elefante nella stanza*” della sentenza *Ministero dell'Interno*, non solo perché la statuizione della Corte con riguardo alla “seconda” questione pregiudiziale sul *refoulement* indiretto offre alcune rilevanti indicazioni in relazione a questo profilo, ma ancor prima perché questo aspetto era stato esplicitamente richiamato dall'ordinanza di rinvio del Tribunale di Firenze, benché non nel quesito pregiudiziale. In particolare, i giudici fiorentini richiamavano – rilevandone le criticità – un orientamento interpretativo particolarmente restrittivo elaborato in talune ordinanze della Corte di cassazione italiana. In esse, l'applicazione della clausola era configurata quale prerogativa esclusiva dell'amministrazione e, conseguentemente, il sindacato giurisdizionale al riguardo veniva qualificato come un sindacato di mera legalità, nell'ambito del quale il giudice rappresenta solo un giudice dell'atto e non del rapporto, la cui valutazione non può sostituirsi alla «discrezionalità dell'amministrazione» circa l'applicazione della clausola¹.

Come cercherò di dimostrare, la sentenza *Ministero dell'Interno*, ponendosi nel solco della pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia – pur restringendone in parte la portata –, consente di affermare l'assenza di qualsiasi preclusione, da parte del diritto dell'UE, alla circostanza che il giudice, sulla base di quella che, dal punto di vista del diritto UE, è una mera facoltà ma che diviene

* Intervento svolto il 26 gennaio 2024 nell'ambito del Corso congiunto EUAA e SSM «Regolamento Dublino III alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea» (23 e 26 Gennaio 2024, Online, Piattaforma Teams). Le tesi qui esposte sono oggetto di una trattazione più ampia nell'ambito di uno scritto in corso di pubblicazione sulla Rivista *Eurojus*.

** Ricercatrice a tempo determinato in Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze (marcella.ferri@unifi.it).

¹ Corte di cassazione, ordinanza del 23 settembre 2020, n. 23724, punto 7.

invece un obbligo in ragione dei vincoli derivanti dall'ordinamento costituzionale e internazionale, svolga un sindacato *pieno* circa il mancato esercizio della clausola da parte della amministrazione.

Per quanto concerne il *dato letterale* dell'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III, se è certamente vero che, come rilevato nel sopra richiamato orientamento della Cassazione, tale disposizione si riferisce agli Stati membri e non specificatamente alle autorità giurisdizionali, proprio questa ampia formulazione deve ritenersi comprensiva – almeno potenzialmente – anche degli organi giurisdizionali. Particolarmente rilevante al riguardo è quanto evidenziato dalla Commissione nelle osservazioni presentate nell'ambito della causa *Ministero dell'Interno*; in esse, la Commissione ha sottolineato che, a differenza di altre disposizioni del regolamento Dublino III, in cui si richiamano le «autorità competenti», l'art. 17, par. 1, fa riferimento a «ciascuno Stato membro».

Anche la Corte ha statuito sul punto nella ben nota sentenza *MA* in cui è stata chiamata, tra l'altro, a pronunciarsi in relazione alla possibilità che la determinazione dello Stato membro competente in applicazione dei criteri Dublino e l'esercizio della clausola discrezionale spettino a due autorità nazionali differenti. Nel caso di specie si trattava, in entrambi i casi, di autorità amministrative; tuttavia, la Corte, con una statuizione suscettibile di portata generale, ha rilevato che il regolamento Dublino III «non contiene [...] alcuna disposizione che precisi *quale autorità* sia abilitata a prendere una decisione [...] ai sensi della clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento»².

Concentrandoci più ampiamente sull'interpretazione elaborata dalla Corte relativa alla clausola discrezionale e, in particolare alla sua giustiziabilità, è necessario richiamare nuovamente la sentenza *MA*, in cui la Corte ha statuito che il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale principio generale di diritto UE, *impone* che la decisione dell'autorità amministrativa di non dare applicazione alla clausola possa essere contestata, almeno, nell'ambito del ricorso avverso la decisione di trasferimento. In tal modo, la Corte ha risposto alla prima domanda che mi sono posta relativa alla esperibilità di un sindacato circa la clausola, chiarendo che un sindacato è necessario. D'altra parte, essa invece non ha specificato la portata del suddetto sindacato.

Per rispondere a questa seconda domanda, è rilevante la successiva pronuncia *LG*³ in cui la Corte ha statuito che l'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III non osta a una normativa nazionale che impone alle autorità nazionali di esaminare una domanda di protezione presentata da una donna in stato di gravidanza, in ragione del superiore interesse del minore nascituro alla luce dell'interpretazione data a tale principio dall'ordinamento interno e, in particolare, da una disposizione del codice civile. Al riguardo, la Corte ha statuito che spettava al giudice del rinvio,

² Corte di Giustizia, sentenza 23 gennaio 2019, *MA*, causa C-661/17.

³ Corte di Giustizia, sentenza 16 febbraio 2023, causa C-745/21, C-745/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Enfant à naître au moment de la demande d'asile)* («sentenza *LG*»).

adito nell'ambito di una procedura di trasferimento «esaminare se, nel procedimento principale, le autorità nazionali competenti abbiano violato il diritto nazionale» non avendo dato corretta applicazione all'art. 17, par. 1⁴.

Si tratta di una statuizione estremamente significativa perché la Corte ha, innanzitutto, chiarito che l'applicazione della clausola discrezionale, meramente facoltativa in forza del diritto UE, può invece essere oggetto di un obbligo promanante dal diritto nazionale.

Inoltre, essa ha riconosciuto che al giudice, adito nell'ambito di una procedura di trasferimento, non può considerarsi sottratto un sindacato circa l'erronea applicazione e interpretazione del diritto nazionale da parte delle autorità nazionali che ne hanno disposto il trasferimento. Al contrario, il diritto dell'Unione non esclude un tale sindacato qualora esso si imponga in forza del diritto interno, al fine di assicurare corretta applicazione a un principio sancito dall'ordinamento nazionale, peraltro – nel caso di specie – dal legislatore ordinario e non costituzionale.

In questo contesto, si inserisce la sentenza *Ministero dell'Interno* e, in particolare, la risposta data dalla Corte alla “seconda” questione pregiudiziale relativa al *refoulement* indiretto. Con tale questione – come riformulata dalla Corte – quest'ultima era chiamata a pronunciarsi circa la necessità di interpretare l'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III, alla luce delle norme parametro richiamate, nel senso che il giudice di Dublino abbia la facoltà o addirittura l'obbligo di dare applicazione alla clausola di discrezionalità nell'ipotesi in cui «*non condivida la valutazione dello Stato membro richiesto quanto all'eventuale respingimento dell'interessato*»⁵.

L'analisi svolta dalla Corte in relazione a tale questione ha dato origine ad alcuni dei passaggi più criticabili della parte della sentenza relativa al *refoulement* indiretto. Tali criticità sono ravvisabili, oltre che sul piano del merito delle soluzioni adottate, anche in relazione alla tecnica redazionale. A dispetto della portata storica e, anzi “costituzionale”, della questione trattata, i paragrafi al riguardo risultano molto circoscritti ed estremamente stringati. Questa natura particolarmente concisa, risultato della chiara volontà della Corte di mantenere un approccio il più possibile restrittivo, è all'origine dei passaggi su cui sto per soffermarmi, la cui interpretazione si rivela – almeno a una prima lettura – estremamente oscura.

In particolare, la Corte ha concluso l'analisi della questione sopra richiamata con il seguente paragrafo, poi integralmente ripreso nel dispositivo della sentenza:

«l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l'articolo 27 di tale regolamento nonché con gli articoli 4, 19 e 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso non impone al giudice dello Stato membro richiedente di dichiarare tale Stato membro competente *qualora non condivida la*

⁴ Corte di Giustizia, sentenza *LG*, cit., punto 53.

⁵ Corte di Giustizia, 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21, C-328/21, *Ministero dell'Interno (Brochure commune - Refoulement indirect)*, punto 142.

valutazione dello Stato membro richiesto quanto al rischio di refoulement dell'interessato. In assenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nello Stato membro richiesto in occasione del trasferimento o in conseguenza di esso, il giudice dello Stato membro richiedente non può neppure obbligare quest'ultimo Stato membro a esaminare esso stesso una domanda di protezione internazionale sul fondamento dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III per il motivo che esiste, secondo tale giudice, un rischio di violazione del principio di non-refoulement nello Stato membro richiesto»⁶.

In esso, è possibile individuare due diverse statuizioni. Esse individuano due ipotesi che differiscono riguardo all'*esistenza* o meno dei poteri del giudice rispetto all'applicazione della clausola e, ancor prima, in relazione alle *condizioni* in presenza delle quali tali poteri possono dirsi o meno esistenti.

Partendo dal primo aspetto, la prima statuizione è chiara nel riconoscere in capo al giudice di Dublino una *facoltà* circa l'applicazione della clausola (il diritto dell'Unione «*non impone* al giudice»); la seconda sancisce, invece, un *divieto* per il giudice al riguardo (in forza del diritto dell'Unione «il giudice dello Stato membro richiedente *non può neppure obbligare*»).

Più complessa è l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali il diritto dell'Unione riconosce la richiamata facoltà o dispone tale divieto per il giudice.

- La situazione richiamata nella prima statuizione riguarda il caso in cui il giudice «*non condivide la valutazione dello Stato membro* richiesto quanto al rischio di refoulement dell'interessato». Con tale espressione ci si riferisce alla valutazione, operata dalle autorità dello Stato membro originariamente competente, circa l'esistenza di un rischio nel Paese di origine; si tratta quindi del rischio che, conformemente a quanto disposto dalla direttiva qualifiche, può integrare i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale. In altre parole, ci si riferisce qui alla situazione in cui il **giudice di Dublino non condivide la valutazione**, operata dalle autorità dello Stato membro originariamente competente, **circa i presupposti per il riconoscimento della protezione**.
- La situazione oggetto della seconda statuizione riguarda, invece, la (presunta) esistenza di un «un rischio di violazione del principio di non-refoulement nello Stato membro richiesto». Con tale espressione ci si riferisce quindi all'accertamento nel merito dell'esistenza di un rischio di violazione del principio di respingimento da parte dello Stato membro originariamente competente. Si tratta, quindi, del rischio di una violazione del principio di non respingimento che *potrebbe* derivare dalla circostanza che, avendo lo Stato originariamente competente già negato la domanda di protezione, *plausibilmente* esso provvederà al rimpatrio del soggetto.

⁶ *Ibi*, punto 152.

In altre parole, questa seconda statuizione riguarda l'**esistenza del c.d. rischio di refoulement indiretto**.

Si viene così a delineare una, non facile, distinzione tra due aspetti strettamente collegati che la Corte, tuttavia, individua come astrattamente differenti: non condivisione della valutazione circa i presupposti della protezione *versus* esistenza di un rischio di refoulement indiretto. Tale distinzione può essere più agevolmente compresa se inquadrata nel dato normativo e giurisprudenziale di riferimento. Rilevano, in particolare, due elementi.

In *primo luogo*, la consolidata – benché fortemente criticabile – giurisprudenza della Corte secondo cui la decisione di diniego della domanda di protezione internazionale implica “esclusivamente” un accertamento circa l’assenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione, ma non comporta, *di per sé*, l’allontanamento del soggetto. Quest’ultimo, infatti, può avvenire solo in seguito alla distinta e successiva adozione di una decisione di rimpatrio; in particolare, occorre ricordare che, perlomeno su un piano astratto, l’adozione della decisione di rimpatrio potrebbe anche non avvenire in ragione dell’esistenza di un rischio di respingimento connesso al rimpatrio del soggetto verso il paese di origine⁷. Proprio la circostanza che il diniego della domanda di protezione non implica necessariamente il rimpatrio era stata richiamata dal governo francese nelle proprie osservazioni nell’ambito della causa *Ministero dell’Interno* e, successivamente, dall’Avvocata generale Kokott nelle sue Conclusioni per sostenere l’*impossibilità* per il giudice di Dublino di accertare nel merito l’esistenza di un rischio *definitivo* di refoulement indiretto, quale conseguenza necessariamente connessa alla avvenuta adozione, da parte dello Stato membro competente, di una decisione di diniego della domanda di protezione⁸.

In secondo luogo, occorre richiamare che, ai sensi dell’art. 9 della direttiva rimpatri, *anche* in presenza di una decisione di rimpatrio, gli Stati membri sono comunque tenuti a non provvedere all’allontanamento del soggetto in esecuzione di tale decisione, qualora questo risulti in violazione del principio di non respingimento.

In sintesi, conseguentemente a una decisione di diniego della domanda di protezione e finanche in presenza di una decisione di rimpatrio, le autorità dello Stato membro trasferente e, in particolare, il giudice di Dublino, deve *presumere* che lo Stato membro competente assicurerà *sempre* il rispetto del principio di non respingimento con riferimento al rimpatrio. È proprio tale protezione nei

⁷ Corte di Giustizia (Grande sezione), causa C-181/16, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465, punto 55.

⁸ Conclusioni dell’Avvocata generale Juliane Kokott presentate il 20 aprile 2023 in relazione alle cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell’Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l’Immigrazione - Unità Dublino c CZA*, ECLI:EU:C:2023:316, punto 163: «il giudice di uno Stato membro richiedente non potrebbe nemmeno valutare in via definitiva il rischio di una violazione del principio di non refoulement da parte dello Stato membro richiesto solo sulla base del rigetto della domanda di protezione internazionale da parte di tale Stato membro. Infatti, dal rigetto in questione non deriva ancora necessariamente che il richiedente sia rinviato nel suo paese di origine».

confronti del respingimento, infatti, a essere “*coperta*” dallo scudo della fiducia reciproca e, quindi, a precludere al giudice di Dublino un accertamento di merito circa l’esistenza di un rischio definitivo di *refoulement* indiretto. È, invece, ben possibile che le valutazioni delle autorità nazionali rispetto ai presupposti della protezione siano differenti. Tale divergenza costituisce una conseguenza da considerarsi connaturata e ineliminabile in un sistema, quale è il sistema europeo comune di asilo che, nella sua attuale configurazione, è basato su una *armonizzazione solo parziale* e, per espressa previsione della direttiva qualifiche, lascia degli spazi di discrezionalità agli Stati membri⁹. A tale aspetto si legano le peculiarità che caratterizzano il principio del mutuo riconoscimento nel settore dell’asilo rispetto agli altri settori dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰ e, in particolare, la circostanza che esso operi in modo implicito¹¹ e meramente facoltativo¹².

Per comprendere ulteriormente la diversità tra le due statuizioni delineate dalla Corte nel passaggio sopra riportato, è necessario inquadrarle nei, pur stringatissimi paragrafi, che precedono tale passaggio.

Il divieto di disporre l’applicazione della clausola in ragione dell’esistenza di un rischio di violazione del principio di non respingimento da parte dello Stato membro originariamente competente, deriva dalla circostanza che la Corte, rispondendo alla “prima” questione pregiudiziale sul *refoulement* indiretto, ha statuito che, ad eccezione dell’ipotesi di carenze sistemiche, il giudice di Dublino non può accertare l’esistenza nel merito di un rischio di respingimento da parte dello Stato membro originariamente competente. Dalla lettura dei paragrafi 149 e 150 emerge una *chiara consequenzialità logica* tra la circostanza che tale giudice non può accertare il rischio di respingimento da parte dello Stato membro originariamente competente e il divieto di disporre l’applicazione della clausola «per il motivo che *esisterebbe*, nello Stato membro richiesto, un rischio

⁹ Rilevano, in particolare, al riguardo gli articoli 3 e 8 della direttiva qualifiche, rispettivamente relativi alla previsione di *disposizioni più favorevoli* circa i presupposti della protezione e al mancato riconoscimento della protezione, nell’ambito dell’esame di una specifica domanda, in ragione dell’esistenza di una possibilità di *protezione all’interno del paese*.

¹⁰ A differenza degli articoli 81 e 82 del TFUE, che richiamano il principio del mutuo riconoscimento quale fondamento per la cooperazione giudiziaria sviluppata dall’UE, rispettivamente, nelle materie civili e in materia penale, l’art. 78 TFUE, nel disporre che l’Unione sviluppa «una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea», non fa esplicito riferimento a tale principio.

¹¹ V., *inter alia*, C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 3, 728-731, spec. p. 729; F. Maiani, S. Migliorini, *One Principle to Rule them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, 1, pp. 7-44, p. 25; V. Moreno-Lax, *Mutual (Dis-)Trust in EU Migration and Asylum Law: The Exceptionalisation of Fundamental Rights*, in P. González, S. Iglesias (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, pp. 77-99, spec. p. 92.

¹² Anche a fronte della già avvenuta adozione di una decisione di diniego della domanda di protezione da parte dello Stato membro competente, infatti, l’avvio di una procedura di ripresa in carico costituisce una mera facoltà – e non un obbligo – per lo Stato membro in cui si trova il soggetto e in cui questi ha presentato una seconda domanda. L’esistenza di una mera facoltà emerge dalla formulazione dell’articolo 18 sulla richiesta di presa in carico e degli articoli 23 e 24 relativi alle richieste di ripresa in carico; in essi, si prevede infatti che lo Stato, che ritiene di non essere competente a esaminare la domanda, «*può*» presentare allo Stato membro competente una richiesta di presa o ripresa in carico; in alternativa all’avvio della richiesta di ripresa in carico e alla decisione di trasferimento, lo Stato in cui si trova il richiedente potrà, infatti, avocare a sé la competenza a esaminare la domanda in applicazione della clausola discrezionale di cui all’art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III.

di violazione del principio di non-refoulement»¹³. In altre parole, il divieto di disporre l'applicazione della clausola consegue all'impossibilità per il giudice di accertare un rischio di refoulement indiretto: se tale accertamento gli è precluso, gli è del pari preclusa l'applicazione della clausola in ragione dell'esistenza di tale presupposto.

Venendo, invece, alla *facoltà* riconosciuta dal diritto UE al giudice nazionale, nell'ipotesi in cui questi non condivida la valutazione operata dalle autorità dello Stato membro competente circa i presupposti della protezione, essa è invece inquadrata dalla Corte nell'ambito della generale natura facoltativa e discrezionale che, secondo una consolidata giurisprudenza, caratterizza l'applicazione della clausola discrezionale. Al riguardo, è tuttavia necessario svolgere una precisazione importante.

È necessario precisare che la facoltà riconosciuta dal diritto UE anche al giudice di Dublino di dare applicazione alla clausola discrezionale, qualora non condivida la valutazione operata dalle autorità del primo Stato membro circa i presupposti della protezione, si configura come una facoltà solo dal punto di vista del diritto UE. Nel solco di quanto riconosciuto dalla Corte nella sentenza *LG*, deve ritenersi che, anche in questo caso, tale facoltà si “trasformi” in un obbligo cui il giudice è soggetto in ragione dei vincoli derivanti dal diritto interno. In particolare, nel nostro ordinamento, rileva l'art. 19, comma 1.1 del Testo unico sull'immigrazione il quale, dando attuazione alla tutela definita dal diritto di asilo costituzionale (art. 10, comma 3, Cost.) e dalle Convenzioni internazionali rilevanti ratificate dall'Italia (v. in particolare la CEDU), pone un divieto *assoluto* di respingimento, il quale – in ragione della sua natura assoluta – deve ritenersi operante in *tutte* le circostanze in cui si abbia un rischio di respingimento, anche indiretto, in conseguenza di una qualsiasi forma di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato – ipotesi di allontanamento cui deve ritenersi riconducibile anche quella del trasferimento del soggetto verso un altro Stato membro dell'Unione nell'ambito della procedura Dublino¹⁴. In altre parole, l'applicazione della clausola discrezionale da parte del giudice, che non condivida la valutazione svolta dalle autorità del primo Stato membro competente, che gli è consentita dal diritto UE, si trasforma in un obbligo in forza dell'ordinamento interno e, in particolare, del divieto assoluto di respingimento da esso sancito.

In sintesi, rispondendo alla “seconda” questione pregiudiziale della parte della sentenza sul refoulement la Corte ha statuito che, qualora il giudice di Dublino non condivida la valutazione

¹³ Corte di Giustizia, sentenza *Ministero dell'Interno (Brochure commune - Refoulement indirect)*, cit.: «149. In secondo luogo, dal punto 142 della presente sentenza emerge che il giudice dello Stato membro richiedente, adito di un ricorso avverso una decisione di trasferimento, non può esaminare il rischio di una violazione del principio di non-refoulement da parte dello Stato membro richiesto al quale il richiedente protezione internazionale sarebbe esposto a seguito del suo trasferimento verso tale Stato membro o in conseguenza di quest'ultimo quando non sussistono, in detto Stato membro, carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

150. *Di conseguenza*, il giudice dello Stato membro richiedente non può obbligare quest'ultimo ad applicare la clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III per il motivo che *esisterebbe*, nello Stato membro richiesto, un rischio di violazione del principio di non-refoulement» (corsivo aggiunto).

¹⁴ In tal senso, C. Favilli, *L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano*, in G. Grasso, M. Betti, L. Sangiovanni (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola superiore della Magistratura, Roma, 2022, p.105 ss., spec. pp. 106-107.

operata nello Stato membro competente circa i presupposti della protezione, ha la *facoltà* – ma non l’obbligo in forza del diritto UE – di disporre l’applicazione della clausola. Tale facoltà gli è invece preclusa e in capo al giudice si configura un divieto di disporre la suddetta applicazione, in ragione dell’accertamento dell’esistenza di un rischio di respingimento da parte dello Stato membro competente.

Cercherò ora di esaminare il *portato* della sentenza *Ministero dell’Interno* con particolare riferimento agli interrogativi che mi sono posta in apertura.

Con riferimento alla *esperibilità di un sindacato*, la Corte è di fatto giunta a limitare l’esperibilità di tale sindacato che, in seguito alla sentenza, viene ad essere escluso con riferimento all’accertamento dell’esistenza di un rischio di respingimento indiretto. Si tratta di una conclusione che risulta molto criticabile, innanzitutto, per la significativa limitazione che la Corte ha, in tal modo, operato nei confronti del sindacato del giudice che viene sacrificato sull’altare della fiducia reciproca. Inoltre, un secondo profilo di criticità deriva dal fatto che tale soluzione risulta in contrasto con la pregressa giurisprudenza della Corte in materia di clausola discrezionale. Il “mantra” secondo cui l’esercizio di tale clausola non sarebbe «soggetto a condizioni particolari»¹⁵ viene, di fatto, contraddetto, escludendo l’applicazione della clausola nell’ipotesi di accertamento del rischio di *refoulement* indiretto.

In relazione, invece, *alla portata del sindacato* circa l’applicazione della clausola è possibile individuare una – pur limitata, ma a mio avviso significativa – ricaduta positiva della sentenza. Se nella specifica ipotesi in cui il giudice di Dublino non condivida la valutazione dello Stato membro originariamente competente quanto ai presupposti della protezione, questi può (*rectius*: deve, se previsto dall’ordinamento interno) disporre l’applicazione della clausola, ciò implica non solo che un sindacato circa la mancata applicazione della clausola è imprescindibile, ma anche che esso non può limitarsi a un sindacato di mera legalità; al contrario, esso presuppone necessariamente una valutazione del giudice circa i presupposti della protezione. Tale valutazione non potrà, certamente, spingersi ad accertare nel merito il rischio di *refoulement* indiretto che, per le ragioni sopra richiamate, la Corte esclude. Al contrario, una valutazione del giudice circa i presupposti della protezione sarà imprescindibile, dal momento che è *proprio* la non condivisione della valutazione operata dalle autorità del primo Stato membro a integrare la *condizione* in cui il diritto UE gli riconosce la facoltà (facoltà che si “trasforma” in obbligo in ragione del diritto nazionale) di applicare la suddetta clausola.

¹⁵ V. *inter alia*, Corte di Giustizia, sentenza *MA*, cit., punto 58.

Si può quindi concludere che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte di cassazione in quell'orientamento restrittivo richiamato in apertura, non può ravvisarsi nel regolamento Dublino e nel diritto UE alcuna ragione per configurare il sindacato del giudice come un sindacato di mera legalità rispetto all'applicazione della clausola.

Al contrario, come si è cercato di dimostrare, il diritto dell'Unione *non impone – ma neppure preclude!* – che il sindacato circa la mancata applicazione della clausola si configuri come un *sindacato pieno*.

Così stando le cose, la questione relativa alla *portata* del sindacato circa la mancata applicazione della clausola si sposta *sul piano dell'ordinamento interno*.

Non sono certamente in grado di svolgere una ricostruzione da questo punto di vista, ma mi chiedo se il principio – proprio del nostro ordinamento costituzionale – della tutela giurisdizionale effettiva non imponga di assicurare tale tutela al divieto di respingimento, come definito dal nostro legislatore costituzionale e ordinario, anche attraverso un sindacato pieno da parte del giudice di Dublino. Mi sembra, in particolare, che deponga in questo senso la nota sentenza 5738 del 2015 del Consiglio di Stato in cui, statuendo che i provvedimenti di determinazione dello Stato membro competente, anche qualora adottati in applicazione delle clausole discrezionali di cui al regolamento Dublino, ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario, esso ha precisato – come poi ribadito nell'altrettanto famosa ordinanza a Sezioni unite della Corte di cassazione 8044 del 2018 – che l'esercizio della clausola discrezionale da parte della amministrazione non colloca il richiedente in una posizione di interesse legittimo. Fin dal momento della presentazione della domanda, infatti, si radica in capo al richiedente una *posizione di diritto soggettivo* che riguarda tanto la fase di esame della domanda quanto la preventiva fase di determinazione dello Stato membro competente. Ne consegue che *anche la fase di determinazione dello Stato membro competente «ha per oggetto il diritto soggettivo dello straniero richiedente alla protezione»* che – e cito testualmente il Consiglio di Stato – *non può considerarsi «per nulla affievolito dalla discrezionalità valutativa»* attribuita al singolo Stato membro dalle norme relative all'applicazione della clausola.

Mi chiedo, quindi, se stante la discrezionalità che il diritto dell'Unione lascia agli Stati membri circa la determinazione della portata del sindacato in relazione alla mancata applicazione della clausola, tale discrezionalità non venga, invece, a essere “riempita” dai vincoli esistenti al riguardo nell'ordinamento interno.