

Questioni aperte in relazione all'applicazione del Regolamento Dublino

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1. Le norme rilevanti del Regolamento UE 2013/604 – 1.1.1. Art.3 – 1.1.2. Art.4 – 1.1.3. Art.5 – 1.1.4. Art.17 - 1.2. La giurisprudenza europea - 1.2.1. CGUE, 16.2.2017, C 578/16 - 1.2.2. CGUE 23.1.2019, C-661/17 – 1.2.3. CGUE 19.3.2019, C-163/17. - 2. Le carenze sistemiche - 2.1. La disciplina europea in tema di carenze sistemiche – 2.2. La pronuncia delle Sezioni Unite 8044/2018 – 2.3. La giurisprudenza successiva della Corte. - 3. Gli obblighi informativi e la loro violazione - 3.1. Il contenuto degli obblighi informativi - 3.2. La giurisprudenza della Corte - 3.3. La tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento – 3.4. La tesi della nullità del provvedimento determinativo della competenza - 3.5. La tesi della necessità di un pregiudizio in concreto - 3.6. Suggestioni varie. - 4. La clausola discrezionale - 4.1. Le origini della clausola discrezionale - 4.2. I principi generali di riferimento – 4.3. Le opzioni possibili - 4.4. La giurisprudenza della Corte di cassazione - 4.5. La clausola discrezionale e il *refoulement* indiretto. - 5. Il principio di non respingimento - 5.1. Interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino» - 5.2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Roma - 5.3. La giurisprudenza della Corte di cassazione – 5.4. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze. - 6. La rilevanza dell'art 19, comma 1.1. (integrazione sociale in Italia) in caso di trasferimento in altro Stato UE – 6.1. Cenni sulla protezione complementare di diritto interno - 6.2. Protezione complementare e «sistema Dublino» - 6.3. Le interferenze fra i due sistemi - 6.4. Indipendenza o pregiudizialità? - 6.5. Una ipotesi di distinzione: la domanda già definitivamente rigettata.

1. Premessa.

La presente relazione funge da supporto e traccia scritta per l'intervento alla tavola rotonda su alcuni temi particolarmente controversi proposti dall'applicazione del Regolamento UE 2013/604, c.d. «Dublino III», affrontati nella prospettiva nazionale di legittimità, ossia avuto riguardo alle prime pronunce, decisorie e interlocutorie, della Suprema Corte di cassazione e agli orientamenti che questa giurisprudenza inizia a delineare.

I temi su cui occorre soffermarsi sono la disciplina delle carenze sistemiche, gli obblighi informativi, la clausola di discrezionalità e i limiti dell'intervento del giudice ordinario, gli obblighi informativi, le interferenze con il principio di non respingimento e la rilevanza dell'integrazione e radicamento in Italia del richiedente asilo.

1.1. Le norme rilevanti.

Le norme del Regolamento UE n.604 del 2013 che vengono principalmente in rilievo ai fini dei temi oggetto dell'indagine sono gli artt. 3, 4, 5 e 17.

1.1.1. Art.3.

L'art.3 del Regolamento, dopo aver premesso che gli Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito, sancisce il principio di univocità della determinazione della competenza, affermando che una domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro, cioè quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al

capo III, e detta quindi la regola sussidiaria (par. 2) che quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei predetti criteri è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata.

Il successivo terzo paragrafo considera il caso dell'impossibilità di trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente per la sussistenza di fondati motivi di ritenere «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.

In tal caso lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente deve proseguire l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente; se non è possibile eseguire il trasferimento 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.

1.1.2. Art.4.

L'art.4 in tema di «*Diritto di informazione*» prevede che non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale le autorità competenti dello Stato membro che la riceve debbano assolvere una serie di obblighi informativi nei confronti del richiedente relativi all'applicazione del Regolamento.

In particolare, essi devono specificare:

a) le finalità del Regolamento e le conseguenze dell'eventuale presentazione di un'altra domanda in uno Stato membro diverso, nonché le conseguenze dello spostarsi da uno Stato membro a un altro durante le fasi in cui si determina lo Stato competente e in cui viene esaminata la domanda di protezione internazionale;

b) i criteri di determinazione dello Stato membro competente, la gerarchia di tali criteri nelle varie fasi della procedura e la loro durata, compreso il fatto che una domanda di protezione internazionale presentata in uno Stato membro può comportare che tale Stato membro diventi competente ai sensi del Regolamento anche se tale competenza non si basi su tali criteri;

c) il colloquio personale ai sensi dell'articolo 5 e la possibilità di presentare informazioni relative alla presenza di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela negli Stati membri, compresi i modi in cui il richiedente può presentare tali informazioni;

d) la possibilità di impugnare una decisione di trasferimento e, ove applicabile, di chiedere la sospensione del trasferimento;

e) il fatto che le autorità competenti degli Stati membri possono scambiarsi dati relativi al richiedente al solo scopo di rispettare i loro obblighi derivanti dal presente Regolamento; f) il diritto di accesso ai propri dati e il diritto di chiedere che tali dati siano rettificati se inesatti o che siano cancellati se trattati illecitamente, nonché le procedure da seguire per esercitare tali diritti, compresi gli estremi delle autorità di cui all'articolo 35 e

delle autorità nazionali garanti per la protezione dei dati personali che sono responsabili in merito alla tutela dei dati personali.

Le predette informazioni debbono essere fornite al richiedente per iscritto in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, avvalendosi dell'opuscolo comune a tal fine predisposto.

Se necessario per la corretta comprensione del richiedente, le informazioni debbono essere fornite anche oralmente.

1.1.3. Art.5.

L'art. 5 del Regolamento in tema di «*Colloquio personale*», al fine di agevolare la procedura di determinazione dello Stato membro competente, dispone che lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione effettui un colloquio personale con il richiedente anche al fine di verificare la corretta comprensione delle informazioni fornitegli ai sensi dell'articolo 4, da svolgersi in tempo utile e, in ogni caso, prima che sia adottata la decisione di trasferimento verso lo Stato membro competente.

Il colloquio deve svolgersi in una lingua compresa o presumibilmente comprensibile¹ dal richiedente e nella quale questi è in grado di comunicare adeguatamente con l'interlocutore, avvalendosi di un interprete; deve rispettare condizioni tali da garantire un'adeguata riservatezza e deve venir condotto da una persona qualificata a norma del diritto nazionale.

Deve essere redatta una sintesi scritta che contenga almeno le principali informazioni fornite dal richiedente, che può assumere la forma di una relazione o di un modulo *standard*, e deve esser accessibile al richiedente o al suo legale.

1.1.4. Art.17.

L'art.17, in tema di «*Clausole discrezionali*», nel primo paragrafo prevede che in deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel Regolamento.

Lo Stato membro che decide in tal modo di esaminare una domanda di protezione internazionale diventa lo Stato membro competente e assume gli obblighi connessi a tale competenza.

1.2. La giurisprudenza europea

Le principali pronunce della Corte di Giustizia che vengono in rilievo sono le seguenti.

1.2.1. Corte di Giustizia UE, 16.2.2017

La Corte di Giustizia UE, con sentenza del 16.2.2017, nella causa C 578/16, ha affermato il principio secondo il quale:

¹ La formulazione, un po' barocca, del Regolamento si riferisce a «una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile».

«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; in circostanze nelle quali il trasferimento di un richiedente asilo, che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave, comporterebbe il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato, detto trasferimento costituirebbe un trattamento inumano e degradante, ai sensi di tale articolo; spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici, eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato, adottando le precauzioni necessarie affinché il suo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute di tale persona. Nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a garantire che il suo trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto, e eventualmente, se dovesse ritenere che lo stato di salute del richiedente asilo interessato non dovrebbe migliorare a breve termine, o che una sospensione di lunga durata della procedura rischierebbe di aggravare lo stato dell'interessato, lo Stato membro richiedente potrebbe scegliere di esaminare esso stesso la domanda di quest'ultimo facendo uso della clausola discrezionale prevista dall'art. 17, paragrafo 1, del Regolamento n. 604/2013».

1.2.2. Corte di Giustizia UE 23.1.2019

La Corte di Giustizia con la sentenza del 23.1.2019, C-661/17 ha affermato:

«Come è stato rilevato al punto 10 di questa sentenza, il Regolamento Dublino III ha sostituito il Regolamento n. 343/2003. Quanto alla clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, di questo primo Regolamento, la Corte ha già avuto modo di precisare che, dal momento che i termini di questa disposizione coincidono essenzialmente con quelli della clausola di sovranità che si trovava nell'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento n. 343/2003, l'interpretazione di quest'ultima disposizione è parimenti trasponibile all'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III (sentenza del 16 febbraio 2017, C.K. e a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 53). 56 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III, una domanda di protezione internazionale è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III di tale Regolamento. 57 Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del summenzionato Regolamento, in deroga a detto articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base a tali criteri. 58 Risulta chiaramente dal disposto dell'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III che detta disposizione possiede natura facoltativa ove lascia alla discrezionalità di ogni Stato membro la decisione di procedere all'esame di una domanda di protezione internazionale che è presentata allo stesso, anche se tale esame non incombe ad esso in forza dei criteri di determinazione dello Stato membro competente definiti da detto Regolamento. L'esercizio di tale facoltà, peraltro, non è soggetto a condizioni particolari (v., in tal senso, sentenza del 30 maggio 2013, Halaf, C-528/11, EU:C:2013:342, punto 36). Detta facoltà è intesa

a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda di protezione internazionale, anche se esso non è competente in applicazione dei suddetti criteri (sentenza del 4 ottobre 2018, Fathi, C-56.17, EU:C:2018:803, punto 53). 59 In considerazione della portata del potere discrezionale in tal modo accordato agli Stati membri, spetta allo Stato membro interessato determinare le circostanze in cui intende far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III e accettare di esaminare direttamente una domanda di protezione internazionale per la quale non è competente in forza dei criteri definiti da detto Regolamento. 60 Tale rilievo, d'altronde, è coerente, da una parte, con la giurisprudenza della Corte relativa alle disposizioni facoltative, secondo la quale esse riconoscono un ampio potere discrezionale agli Stati membri (sentenza del 10 dicembre 2013, Abdullahi, C-394.12, EU:C:2013:813, punto 57 e giurisprudenza ivi citata) e, d'altra parte, con l'obiettivo di detto articolo 17, paragrafo 1, che consiste nel salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere una protezione internazionale (sentenza del 5 luglio 2018, X, C-213/17, EU:C:2018:538, punto 61 e giurisprudenza ivi citata). 61 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione affermando che l'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III va interpretato nel senso che la circostanza che uno Stato membro, determinato come «competente» ai sensi di detto Regolamento, abbia notificato il proprio intento di recedere dall'Unione a norma dell'articolo 50 TUE non obbliga lo Stato membro che procede a tale determinazione ad esaminare direttamente, in applicazione della clausola discrezionale di cui al detto articolo 17, paragrafo 1, la domanda di protezione in parola.»

1.2.3. Corte di Giustizia UE 19.3.2019

Successivamente la Corte di Giustizia con la sentenza del 19.3.2019, C-163/17, Jawo, ha affermato che l'art. 17, pur se squisitamente discrezionale, può essere utilizzato per consentire di non applicare automaticamente il Regolamento in tutti i casi in cui il Paese competente non sia affetto da gravi carenze sistemiche nel suo sistema di asilo e pur tuttavia il trasferimento verso tale Stato non garantisca una piena tutela dei diritti del richiedente protezione internazionale, sia pure solo in ragione della condizione personale di vulnerabilità del richiedente ovvero nel caso in cui il Paese si trovi in una situazione «problematica», ancorché non strutturalmente carente, sotto il profilo delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o delle procedure di accesso alla protezione internazionale.

2. Le «carenze sistemiche».

2.1. La disciplina europea in tema di carenze sistemiche.

I «*considerando*» da 21 a 23 del Regolamento 604 del 2013 riguardano le ipotesi di carenze o collassi dei sistemi di asilo, spesso aggravati dalle particolari pressioni alle quali detti sistemi sono sottoposti, che possono mettere a repentaglio il regolare funzionamento del sistema di accoglienza e asilo europeo, con conseguente possibile rischio di violazione dei diritti dei richiedenti previsti dall'*acquis* dell'Unione in materia di asilo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da altri diritti umani internazionali e dai diritti dei rifugiati.

Per garantire una solida cooperazione nell'ambito del Regolamento e per sviluppare la fiducia reciproca tra Stati membri riguardo alla politica in materia di asilo, è

stato istituito un meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione in caso di crisi nel settore dell'asilo, atto a prevenire un deterioramento o il collasso dei sistemi di asilo, in cui l'EASO svolge un ruolo determinante avvalendosi delle sue competenze ai sensi del Regolamento (UE) n. 439/2010.

Tale meccanismo deve assicurare che l'Unione sia avvisata il prima possibile in caso di rischio di non corretto funzionamento del sistema a causa di una particolare pressione esercitata sui sistemi di asilo di uno o più Stati membri e/o di loro carenze al fine di promuovere misure preventive in una fase precoce e di prestare la debita attenzione politica a tali situazioni, alla luce dei principi di solidarietà e fiducia reciproca.

È stato inoltre stabilito che gli Stati membri collaborino con l'EASO nella raccolta d'informazioni riguardanti la loro capacità di gestire pressioni particolari sui rispettivi sistemi di asilo e di accoglienza, in particolare nell'ambito dell'applicazione del Regolamento.

2.2. La pronuncia delle Sezioni Unite 8044/2018.

Un punto di riferimento e orientamento essenziale va colto nella pronuncia delle Sezioni Unite n.8044 del 30.3.2018, a cui si deve soprattutto l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

È stato in quell'occasione affermato che la controversia avente ad oggetto la procedura di determinazione dello Stato europeo competente sulla domanda dello straniero richiedente protezione internazionale e sul conseguente, eventuale, provvedimento di trasferimento emesso dalla P.A., ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008² è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, perché la situazione giuridica soggettiva dello straniero che chiede protezione internazionale ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali. la cui giurisdizione spetta, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, all'autorità giurisdizionale ordinaria.

La stessa sentenza ha poi ulteriormente chiarito che la determinazione dello Stato competente ai sensi del Reg. 604/2013 non costituisce un diverso e autonomo procedimento, ma rappresenta una fase, necessariamente preliminare, all'interno del procedimento di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale. Di conseguenza l'accertamento della competenza all'esame della domanda e la decisione sulla domanda medesima, pur costituendo fasi distinte, sono inserite in un procedimento unitario attivato dalla manifestazione di volontà del cittadino straniero o apolide alle autorità competenti.

Ove tale fase preliminare sfoci in una decisione di trasferimento, il procedimento continua il proprio corso naturale presso lo Stato membro designato come competente, posto che il riconoscimento della protezione internazionale nei Paesi dell'Unione è fondato su un «sistema comune di asilo» (art. 78 T.F.U.E.), che postula un principio generale di «reciproca fiducia» tra i sistemi di asilo nazionali e il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali.

² Anche prima della espressa previsione contenuta nel comma 3 *bis* dello stesso articolo, introdotta dal d.l. n. 13 del 2017 convertito con modificazioni dalla legge n. 46 del 2017.

Le Sezioni Unite hanno poi aggiunto che ogni decisione di trasferimento impone all'autorità amministrativa di valutare sia che le procedure di asilo e le condizioni di accoglienza nello Stato designato come competente non soffrano di «carenze sistemiche» (art. 3, par. 2), sia, a prescindere dalla sussistenza di tali criticità generali, che il suddetto trasferimento non comporti per il richiedente un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., situazione la cui sussistenza è idonea vincere la presunzione (relativa) di sicurezza e pari rispetto dei diritti fondamentali negli Stati membri³.

Coerentemente la giurisprudenza afferma che l'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale e il conseguente eventuale trasferimento del richiedente asilo spetta, in base all'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, all'Amministrazione e, precisamente, all'Unità di Dublino e non al giudice ordinario, al quale compete però il controllo sui relativi provvedimenti.

Tale conclusione deriva dalla impostazione del Regolamento n.604 del 2013, che fissa i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale ed è nel complesso diretto, da un lato, a scongiurare i conflitti negativi, ossia a prevenire che ciascuno Stato appartenente all'UE possa dichiararsi incompetente ad esaminare la domanda, dall'altro, ad impedire «*movimenti interni*» dei richiedenti protezione, conferendo agli Stati, e non alle persone, la facoltà di decidere dove il richiedente abbia diritto di veder esaminata la domanda medesima.

In applicazione di tali principi, è stato cassato il decreto con il quale il giudice del merito, ritenendosi incompetente, aveva dichiarato inammissibile la domanda di protezione internazionale del richiedente asilo, entrato in territorio europeo varcando il confine della Grecia sul presupposto che essa avrebbe dovuto essere proposta non in Italia, ma in Grecia, in quanto in tal modo il giudice si era sostituito all'Unità Dublino nella individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, non essendo menzionata una ripresa in carico da parte della Grecia, considerata dal giudice Stato di primo arrivo (Sez.1, n. 31675 del 06.12.2018).

2.3. La giurisprudenza successiva della Corte di cassazione.

L'ordinanza della Sez.1, n.31566 del 3.12.2019, in un caso in cui si discuteva delle carenze del sistema di accoglienza della Norvegia, ha confermato la decisione di merito, ponendo, fra l'altro, in evidenza il fatto che lo stesso ricorrente si era limitato ad argomentare circa la «severità» delle decisioni adottate dalle autorità norvegesi.

Analogamente l'ordinanza della Sez.1, n.24045 del 26.9.2019 ha superato le contestazioni, versanti nel merito, proposte dai ricorrenti contro la pronuncia che aveva accertato l'insussistenza di carenze nel sistema di accoglienza norvegese.

La decisione della Sez.3, n.25150 del 15.7.2020 – per vero a titolo di *obiter dictum* – ha affermato che il Regolamento inserisce una deroga generale ai criteri di competenza nell'art. 3, par. 2, secondo comma, che opera, in funzione di garanzia individuale, soltanto qualora il trasferimento di un richiedente verso un altro Stato membro designato come competente appaia impossibile, sussistendo fondati motivi per ritenere

³ CGUE, sent. 16.2.2017, C-578.2016, PPU, C.K. c. Slovacchia, par. 65.

esistenti carenze sistemiche nelle procedure di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in detto Stato, tali da implicare il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte ha affermato che si tratta di una «regola di chiusura a tutela del migrante», destinata ad operare, in ambito europeo, in casi estremi in cui l'assetto interno di un paese membro non dia più le garanzie minime del rispetto dei diritti umani, al punto tale che il migrante possa correre il rischio concreto di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

La decisione della Sez. 1, n. 23584 del 27.10.2020, al pari delle coeve n.23586 e 23587, ha affermato – tra l'altro - che il sindacato del giudice ordinario deve ritenersi limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sempre che tale situazione sia tale da superare l'art. 78 del TFUE.

L'ordinanza della Sez.1, n.5262 del 25.2.2021 ha cassato la decisione di merito, ritenendo che non fosse stata espletata correttamente la valutazione circa le condizioni di accoglienza dei profughi in Bulgaria e le carenze sistemiche nella procedura di asilo.

Il Tribunale si era limitato ad affermare che «i bassi standards delle condizioni dei centri di accoglienza, l'assenza di adeguati meccanismi di individuazione dei soggetti vulnerabili, l'eliminazione dell'indennità mensile e l'insufficienza delle tutele e delle garanzie per i richiedenti asilo...(erano)... stati dedotti in via del tutto generica..., senza alcun riferimento alle vicende personali del ricorrente» e, con riguardo al richiamo di parte ricorrente al *report* aggiornato di Amnesty International circa «l'uso della forza e il compimento di atti discriminatori da parte delle autorità» bulgare nei confronti dei richiedenti asilo, aveva sostenuto che dal racconto del ricorrente emergeva «che la violenza nei suoi confronti da parte della polizia di frontiera era stata esercitata al solo fine di bloccare il suo tentativo di fuga attuato per sottrarsi ai dovuti controlli di frontiera e si era conclusa in quel contesto»

Il Tribunale aveva quindi ritenuto la Bulgaria un Paese sicuro, senza che fossero ravvisabili motivi che potessero indurre lo Stato italiano ad affermare la propria competenza, basandosi su informazioni, acquisite in forza dei poteri ufficiosi, non aggiornate rispetto all'ultimo *report* citato, e che attestavano comunque solo il sostegno operativo ed istituzionale fornito dall'EASO alla Bulgaria per ottimizzare e accelerare le procedure di registrazione e di esame delle domande di asilo, nonché per incrementare le condizioni di accoglienza, con adeguato aumento dei posti letto.

Secondo la Corte, invece, era mancata un'analisi approfondita, sulla base di riscontri puntali ed aggiornati, circa il sistema di accoglienza e di asilo vigente in Bulgaria e circa l'assenza di un concreto rischio, per il ricorrente, di subire trattamenti inumani e degradanti con violazione dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 17 Reg. n. 604/2013 UE.

La questione relativa ai presupposti e ai limiti della deduzione di «carenze sistemiche» del sistema di accoglienza e asilo dello Stato membro destinatario del trasferimento, in deroga al principio della fiducia reciproca fra Stati (*mutual trust*) e alla presunzione (relativa) di adeguatezza, ai sensi dell'art.3, paragrafo 2, secondo periodo,

del Regolamento 2013/604 e dell'art.4 della Carta dei diritti fondamentali, anche alla luce della sentenza della Corte giustizia UE del 19.03.2019, n. 163, è stata recentemente oggetto di rinvio da parte della 6° sezione alla pubblica udienza della 1° sezione civile (ordinanze interlocutorie coeve, Sez.6.1, da n.11726 a n.11732 del 5.5.2021).

3. Gli obblighi informativi e la loro violazione.

3.1. Il contenuto degli obblighi informativi.

Il «*considerando*» 18 del Regolamento n.604 del 2013 afferma che 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 e che non appena sia presentata la domanda di protezione internazionale, il richiedente dovrebbe essere informato dell'applicazione del Regolamento e della possibilità, nel corso del colloquio, di fornire informazioni sulla presenza negli Stati membri di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela, al fine di agevolare il processo di determinazione dello Stato membro competente

Il «*considerando*» 19, al fine di assicurare una protezione efficace dei diritti degli interessati, prevede che si dovrebbero stabilire garanzie giuridiche e il diritto a un ricorso effettivo avverso le decisioni relative ai trasferimenti verso lo Stato membro competente, ai sensi, in particolare, dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Al fine di garantire il rispetto del diritto internazionale è opportuno che un ricorso effettivo avverso tali decisioni verta tanto sull'esame dell'applicazione del presente Regolamento quanto sull'esame della situazione giuridica e fattuale dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito.

L'art.4 in tema di «*Diritto di informazione*» prevede che non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale le autorità competenti dello Stato membro che la riceve debbano assolvere una serie di obblighi informativi nei confronti del richiedente relativi all'applicazione del Regolamento riepilogati nel § 1.2.

Le predette informazioni debbono essere fornite al richiedente per iscritto in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, a tal fine avvalendosi dell'opuscolo comune a tal fine predisposto. Ove necessario per la corretta comprensione del richiedente, le informazioni debbono essere fornite anche oralmente.

L'art.5 del Regolamento in tema di «*Colloquio personale*» dispone al fine di agevolare la procedura di determinazione dello Stato membro competente, che lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione effettui un colloquio personale con il richiedente anche al fine di verificare la corretta comprensione delle informazioni fornite al richiedente ai sensi dell'articolo 4, da svolgersi in tempo utile e, in ogni caso, prima che sia adottata la decisione di trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente.

3.2. La giurisprudenza della Corte.

Quid juris in caso di violazione degli obblighi informativi sopra illustrati da parte delle autorità dello Stato che riceve la domanda di protezione internazionale?

La giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di obblighi informativi e conseguenze della loro violazione si è divisa in un contrasto che contrappone varie tesi:

- a) la tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento;
- b) la tesi della rilevanza determinante della violazione degli obblighi informativi, a prescindere dalle loro concrete conseguenze nel caso di specie, con la conseguente nullità del provvedimento determinativo della competenza;
- c) la tesi della nullità conseguente alla violazione del diritto informativo solo in presenza di concrete ricadute pregiudizievoli, che debbono essere specificamente allegate dal richiedente asilo che intende farla valere.

Lo sbocco di questo contrasto non è stato la rimessione alle Sezioni unite *ex* art.374, comma 2, cod.proc.civ., perché la 2° sezione civile con ordinanza interlocutoria n.8668 del 29.3.2021 ha invece preferito provocare sul punto la risposta della Corte di Giustizia UE sulla questione pregiudiziale interpretativa del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

3.3. La tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento.

Una prima tesi (Sez.1, 25385, 25386 e 25387 del 27.10.2020) nega più radicalmente ingresso alla sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento.

L'orientamento in parola ritiene che la violazione dell'art. 4 del Regolamento non può essere fatta valere nel caso in cui venga impugnata una decisione di trasferimento per ripresa in carico ai sensi dell'art. 18 del Regolamento, perché in tale sede il richiedente asilo può lamentare solo carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza nello Stato membro designato alla luce dell'art. 3, paragrafo 2, comma 2 del Regolamento.

Secondo queste pronunce, l'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale secondo il Regolamento Dublino III spetta, in base all'art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 25 del 2008, all'amministrazione e precisamente all'Unità di Dublino, operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno e non al giudice ordinario.

Pertanto, laddove sia stato impugnato un provvedimento di ripresa in carico di un richiedente già accettato da parte di uno Stato membro UE, il giudice ordinario nazionale non può rilevare violazioni formali del Regolamento Dublino verificatesi nel corso della procedura, essendo sfornito di competenza al riguardo. Infatti, il relativo sindacato è limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Situazione, peraltro, che deve tale da superare l'art.78 TFUE.

3.4. La tesi della nullità del provvedimento determinativo della competenza.

Secondo l'orientamento più severo, riconducibile alla soluzione prospettata *sub* b), invece le norme in questione hanno carattere essenziale e devono essere

inderogabilmente applicate in ogni caso in cui sia avviata una qualsiasi procedura di determinazione dello Stato competente all'esame di una domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento Dublino III.

In tal senso si è pronunciata la Sez. 2, con ordinanza n. 17963 del 27.08.2020, laddove è stato affermato che le garanzie informative e partecipative di cui agli artt. 4 e 5 del Reg. UE n. 604 del 2013, che vanno assicurate allo straniero sottoposto a procedimento di trasferimento presso altro Stato dell'Unione Europea, che sia competente ad esaminare la sua domanda di protezione internazionale, sono finalizzate a garantire l'effettività ed uniformità dell'informazione, nonché del trattamento del procedimento di trasferimento, in tutto il territorio dell'Unione.

Di conseguenza la loro inosservanza determina la nullità del provvedimento di trasferimento, senza che rilevi, in senso contrario, l'eventuale loro conoscenza acquisita *aliunde* da parte dello straniero, né la mancata allegazione o dimostrazione, da parte dell'interessato, di uno specifico *vulnus* al suo diritto di azione e difesa, giacché il rispetto della citata normativa euro-unitaria, finalizzata ad assicurare il trattamento uniforme della procedura di trasferimento in tutto il territorio dell'Unione, non può essere condizionata dalle modalità con cui, in concreto, i singoli interessati reagiscono alla sua eventuale violazione.

La stessa tesi è stata sostenuta dalla Sez.2 con ordinanza n. 8282 del 24.3.2021.

3.5. La tesi della necessità di un pregiudizio in concreto.

L'orientamento più elastico, di cui alla tesi riassunta *sub c)*, ritiene che il giudice non possa annullare la decisione di trasferimento a seguito di ripresa in carico già accettata da parte di uno Stato membro, per violazioni solo formali, come quella della mancata consegna dell'opuscolo informativo prevista dall'art. 4, della procedura finalizzata al trasferimento.

Tale opinione è stata sostenuta nella ordinanza della Sez. 1, n.21553 del 7.10.2020 che ha affermato « *gli obblighi informativi di cui all'art. 4 del Reg. EU n. 604 del 2013 sono finalizzati a rendere edotto il destinatario di un eventuale provvedimento di trasferimento, delle scansioni e degli effetti della c.d. 'procedura Dublino', nonché dei rimedi impugnatori della decisione adottata al termine di essa, e se è pacifico che, nel caso al vaglio, il richiedente sia stato assistito, nel corso del colloquio ex art. 5 del Reg. EU n. 604 del 2013, da un interprete e che abbia potuto proporre tempestivamente ricorso avverso il decreto di trasferimento, sarebbe stato necessario che il Tribunale desse conto, in motivazione, 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*»

Lo stesso assunto è stato ripreso in un inciso (per vero rafforzativo *ad abundantiam*) della ordinanza della Sez.lav. n.7520 del 25.3.2021, ove si legge «*nulla è detto, nel decreto impugnato, di quali sarebbero state le concrete conseguenze, subite dal richiedente, della denunciata lesione dei diritti di informazione previsti dall'art. 4 del Reg. EU n. 604 del 2013*».

L'orientamento corrisponde alla tesi «preferenziale» sostenuta dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione n.8668 del 29.3.2021; con tale ordinanza, anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia 26.7.2017, Mengesteab, C-670/2016, punti 93 e 95, e in considerazione dell'effettività del rimedio, ma anche del ruolo specifico che il Regolamento Dublino III assegna al primo Stato membro nel quale

viene presentata una domanda di protezione internazionale, è stato chiesto se in caso di impugnazione della decisione di trasferimento ai sensi degli artt. 26 e 18, paragrafo 1, lettera b), l'art. 4 del Regolamento debba essere interpretato nel senso che la violazione dell'obbligo informativo in esso previsto, possa essere fatta valere solo a condizione che il richiedente asilo indichi quali informazioni avrebbe fornito all'amministrazione per consentirle di applicare correttamente i criteri di competenza previsti dal Regolamento e indichi anche in che modo queste informazioni sarebbero state determinanti per l'adozione di una decisione di trasferimento di diverso contenuto o avrebbero indotto l'autorità amministrativa a non adottarla.

La Corte ha anche dubitato della conformità al Regolamento dell'orientamento che ritiene sufficiente, per annullare una decisione di trasferimento ai sensi dell'art. 18, paragrafo 1, lettera b), la mera denuncia di una violazione formale del procedimento perché, in tal modo, si consentirebbe di contestare, indirettamente, la competenza dello Stato membro dove per prima è stata presentata la domanda di protezione per motivi diversi dalla corretta applicazione dei criteri fissati dal Regolamento stesso.

Secondo l'ordinanza, lo scopo del Regolamento, che è di giungere a una celere e corretta individuazione dello Stato membro competente nel rispetto dei diritti fondamentali del richiedente asilo e al contempo di scoraggiare i movimenti secondari, sarebbe in contrasto con il diverso orientamento che ritiene che in caso di accertata violazione degli artt. 4 e/o 5 del Regolamento, il giudice debba necessariamente annullare la decisione amministrativa di trasferimento; ciò anche perché in tal modo, oltre a non consentire una tempestiva individuazione dello Stato membro competente, si rischierebbe di far decorrere i termini massimi per l'esecuzione della decisione di trasferimento.

Al contrario, un'interpretazione che valorizzi la specifica allegazione da parte del richiedente delle circostanze rilevanti a condurre ad una diversa decisione, assicurerebbe l'effettività del rimedio predisposto dal Regolamento e consentirebbe, al contempo, il tempestivo ed efficace funzionamento delle procedure previste dal Regolamento per la determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale.

Sono state così formulate le seguenti questioni interpretative:

«1) se l'art. 4 del Regolamento debba essere interpretato nel senso che con il ricorso proposto, ai sensi dell'art. 27 del Regolamento (UE) 604/2013, nei confronti di una decisione di trasferimento adottata da uno Stato membro, secondo il meccanismo dell'art. 26 del Regolamento ed in base all'obbligo di ripresa in carico di cui all'art. 18, paragrafo 1, lettera b) del medesimo Regolamento, possa farsi valere la sola mancata consegna dell'opuscolo informativo disciplinata dall'art. 4, paragrafo 2, del Regolamento, da parte dello Stato che ha adottato il provvedimento di trasferimento;

2) se l'art. 27 del Regolamento, letto in combinazione con il "considerando" 18 e il "considerando" 19 e con l'art. 4 del medesimo Regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi previsti dall'art. 4 impone al giudice l'adozione di una decisione di annullamento della decisione di trasferimento;

3) in caso di risposta negativa al quesito sub 2) se l'art. 27 del Regolamento, letto in combinazione con il "considerando" 18 e il "considerando" 19 e con l'art. 4 del medesimo Regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi

previsti dall'art. 4 impone al giudice di verificare la rilevanza di tale violazione alla luce delle circostanze allegare dal ricorrente e consente di confermare la decisione di trasferimento tutte le volte che non emergano ragioni per l'adozione di una decisione di trasferimento di contenuto diverso».

Analogamente, con ordinanza del 2.4.2021⁴, il cui iter presumibilmente si è temporalmente incrociato con la rimessione disposta dal giudice di ultima istanza, anche il Tribunale di Trieste ha proposto, in via accelerata o prioritaria (diversamente dalla Corte di cassazione), una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia UE, chiedendo:

« ...di chiarire quali siano le conseguenze giuridiche imposte dal diritto dell'Unione europea in ordine ai provvedimenti di trasferimento per ripresa in carico di cui al capo VI, sezione III, Reg. (UE) n. 604/2013, qualora lo Stato abbia omesso di fornire le informazioni previste dall'art. 4 Reg. (UE) n. 604/2013 e dall'art. 29 Reg. (UE) n. 603/2013.

In particolare, nel caso in cui sia stato attivato un rimedio pieno ed effettivo avverso la decisione di trasferimento, si chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

a) se l'art. 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013 debba essere interpretato nel senso che l'omessa consegna dell'opuscolo informativo previsto dall'art. 4, parr. 2 e 3 Reg. (UE) n. 604/2013 ad una persona che versi nelle condizioni descritte dall'art. 23 par. 1 Reg. (UE) n. 604/2013 determina di per sé l'insanabile nullità del provvedimento di trasferimento (ed eventualmente anche la competenza a conoscere della domanda di protezione internazionale da parte dello Stato membro al quale la persona ha proposto la nuova domanda) oppure nel senso che è onere del ricorrente dimostrare in giudizio che, se gli fosse stato consegnato l'opuscolo, il procedimento avrebbe avuto un esito diverso;

b) se l'art. 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013 dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che l'omessa consegna dell'opuscolo informativo previsto all'art. 29 Reg. (UE) n. 603/2013 ad una persona che versi nelle condizioni descritte dall'art. 24, par. 1, Reg. (UE) n. 604/2013, determina di per sé l'insanabile nullità del provvedimento di trasferimento (ed eventualmente anche la conseguente necessaria offerta della possibilità di presentare una nuova domanda di protezione internazionale), oppure nel senso che è onere del ricorrente dimostrare in giudizio che, se gli fosse stato consegnato l'opuscolo, il procedimento avrebbe avuto un esito diverso.»

3.6. Suggestioni varie.

La tesi più severa potrebbe trovar alimento anche alla stregua di considerazioni spese dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione in ben altra materia e cioè nel campo della intermediazione finanziaria, con riferimento al tema della rilevanza causale dell'inadempimento degli obblighi informativi dell'intermediario sulle scelte dell'investitore.

In questo filone interpretativo si è dato ingresso ad una presunzione legale di rilevanza causale dell'inadempimento informativo, affermando che dalla funzione sistematica assegnata all'obbligo informativo gravante sull'intermediario finanziario, preordinato al riequilibrio dell'asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentirgli una scelta realmente consapevole, dalla quale scaturisce una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio, pur suscettibile di prova contraria da parte

⁴ Consultabile in allegato all'articolo di G. MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», in *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

dell'intermediario. (Sez. 1, n. 16126 del 28.07.2020; Sez. 1, n. 9460 del 22.05.2020). Analogamente si potrebbe ipotizzare che dalla funzione sistematica delle informazioni previste dal Regolamento n.604 del 2013 e dalla loro preordinazione a garantire l'esercizio informato dei diritti del richiedente asilo scaturisca una presunzione di efficienza causale del debito informativo, rilevante ai fini del procedimento. Tuttavia l'ipotizzata assimilazione offre il fianco all'obiezione che nel caso del danno scaturito da investimento finanziario disinformato il pregiudizio economico per l'investitore è accertato e si discute solamente del nesso eziologico.

A sostegno dell'opposta tesi si potrebbe invece invocare, *mutatis mutandis*, un orientamento granitico della Suprema Corte in tema di violazioni processuali incidenti sul diritto di difesa, secondo il quale la parte che propone ricorso per cassazione deducendo la nullità della sentenza per un vizio dell'attività del giudice lesivo del proprio diritto di difesa, ha l'onere di indicare il concreto pregiudizio derivato, atteso che, nel rispetto dei principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, la impugnazione non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma mira a eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte, sicché l'annullamento della sentenza impugnata è necessario solo se nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata (*ex plurimis*: Sez. 3, n. 26419 del 20.11.2020; Sez.2, 2.8.2019, n. 20874; Sez.1, 6.3.2019 n.6518; Sez.3, 13.2.2019 n. 4159; Sez.2, 9.8.2017 n.19759; Sez.3, 27.1.2014 n.1612; Sez. 3, 13.05.2014, n. 10327).

Nella stessa prospettiva potrebbe assumere rilievo il principio espresso dall'art.21 *octies*, della legge n.241 del 7.8.1990, secondo il quale non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, regola del resto conforme ai principi dell'art.263 TFUE, laddove si riferisce alla violazione delle «*forme sostanziali*».

V'è da considerare che recentemente la giurisprudenza europea sembra aver messo in discussione il passato orientamento, secondo cui la violazione dei diritti della difesa in tanto poteva comportare l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento in quanto potesse ritenersi che, in assenza di tale irregolarità, il procedimento sarebbe potuto pervenire ad un risultato diverso.

È stato infatti affermato (Corte di Giustizia UE, sentenza 16.07.2020, C-517/17 *Milkiyos Addis*) che tale principio non è applicabile alla violazione degli artt. 14, 15 e 34 della Direttiva 2013/32/UE, in quanto tali disposizioni prevedono, in termini vincolanti, l'obbligo per gli Stati membri di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale, nonché norme specifiche e dettagliate sulle modalità con cui tale colloquio deve svolgersi, con la finalità di garantire che il richiedente sia invitato a fornire, in collaborazione con l'autorità responsabile, tutti gli elementi pertinenti per valutare l'ammissibilità e, se del caso, la fondatezza della sua domanda, in tal modo conferendo a tale colloquio un'importanza primaria nel procedimento in esame.

Si tratta di comprendere se la Corte di Giustizia riterrà tale principio estensibile anche alle garanzie informative nel procedimento di determinazione della competenza,

che tuttavia appaiono molto più riversate sul fronte processuale che impregnate di rilievo intrinsecamente sostanziale.

4. La clausola discrezionale.

4.1. Le origini della clausola discrezionale.

L'art. 17, par. 1, del Reg. UE 604/2013 (c.d. "Dublino III") recita: *"In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente Regolamento"*.

La disposizione non offre, sul piano letterale, immediati elementi che consentano al giudice di sindacare la legittimità della scelta di uno Stato membro di ricorrere o meno a tale clausola; è quindi necessario ricorrere a una preventiva lettura sistematica dell'istituto, volta a comprenderne le finalità e quindi la funzione.

Da un punto di vista generale, il Regolamento *«introduce un sistema di individuazione della competenza volto, da un lato, a impedire che ciascuno Stato appartenente all'Unione Europea possa dichiararsi incompetente ad esaminare la domanda, dall'altro a ostacolare movimenti interni dei richiedenti protezione, dando agli Stati e non alle persone la facoltà di decidere dove il richiedente abbia diritto di veder esaminata la domanda medesima, e in tale ambito prevede espressamente, al suo art. 3, che la domanda d'asilo sia esaminata da un solo Stato membro»*⁵.

Il sistema è dunque orientato a garantire che vi sia sempre, indefettibilmente, un solo Stato membro competente ad esaminare la richiesta di protezione.

I *«considerando»* n. 32⁶ e 39⁷ al Regolamento impongono di interpretarne le disposizioni conformemente alla giurisprudenza CEDU e alla Carta di Nizza. Con specifico riguardo a quest'ultima, il *«considerando»* n. 39 sottolinea che *«il presente Regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli articoli 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa»*⁸.

In origine, la Commissione europea aveva proposto di inserire la clausola al fine di *«consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda d'asilo, anche se detto Stato non sarebbe competente in applicazione dei criteri previsti dal Regolamento»*⁹. Tale finalità è stata pienamente recepita anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰.

Secondo questa concezione, l'esercizio o il mancato esercizio della clausola in questione *«non è soggetto a condizioni particolari»*, poiché risponde semplicemente a *«considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico»*¹¹.

⁵ Sez. I, 23724/2020.

⁶ Secondo cui *«Per quanto riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente Regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»*,

⁷ Secondo cui *«Il presente Regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...]. Il presente Regolamento dovrebbe pertanto essere applicato di conseguenza»*,

⁸ Art. 1 rubricato *«Dignità umana»*; art. 4 rubricato *«Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti»*; art. 7 rubricato *«Rispetto della vita privata e della vita familiare»*; art. 24 rubricato *«Diritti del minore»*; art. 47 rubricato *«Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»*.

⁹ Relazione alla *«Proposta di Regolamento del Consiglio 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»*, [COM(2001) 447 def.].

¹⁰ CGUE, causa C-528/11, par. 37; id., causa C-56/17, par. 53.

¹¹ CGUE, causa C-661/17, par. 58.

Partendo da tali premesse (la sostanziale libertà nell'esercizio della clausola con l'unico limite dei diritti fondamentali), la Corte di Giustizia, sotto la vigenza del precedente Regolamento CE n.343 del 2003 (cd. Dublino II)¹², aveva affermato che:

- «uno Stato membro che esercita tale potere discrezionale deve essere ritenuto attuare il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, n. 1, della Carta [di Nizza]»;
- di conseguenza, «gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo «Stato membro competente» ai sensi del Regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione»;
- in questo caso, «l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso un altro Stato membro dell'Unione europea che risulti essere lo Stato membro competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto Regolamento impone allo Stato membro che doveva effettuare tale trasferimento di proseguire l'esame dei criteri di cui al medesimo capo, per verificare se uno dei criteri ulteriori permetta di identificare un altro Stato membro come competente a esaminare la domanda di asilo»;
- tuttavia, se detta procedura di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria rischia di aggravare la violazione dei diritti fondamentali del richiedente a causa di una durata irragionevole, «detto Stato è tenuto a esaminare esso stesso la domanda» esercitando la clausola discrezionale¹³.

Questa giurisprudenza della Corte di Giustizia è stata poi codificata all'interno dell'art. 3, par. 2, del Regolamento Dublino III, che ora recita 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».

Il *decisum* della Corte di Giustizia è stato quindi recepito quanto ai primi tre punti ma il legislatore europeo è rimasto silente in merito al quarto punto, relativo cioè alla durata irragionevole del procedimento di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria. Da questa scelta legislativa potrebbero discendere due ipotesi:

- a) seguendo il principio *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*, si potrebbe sostenere che attualmente il Regolamento Dublino III non obblighi più gli Stati ad esercitare la clausola di discrezionalità nei casi di “durata irragionevole” della procedura, rendendo tale scelta sostanzialmente insindacabile¹⁴;

¹² Art. 3, par. 2, Reg. CE 343/2003.

¹³ Cfr. CGUE, C-411/10 e C-493/10.

¹⁴ In questo senso, in dottrina, M. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e Diritto Internazionale*, 2014, fasc. 1, 178-179, la quale critica la scelta legislativa affermando che «l'assenza di ogni riferimento a tale clausola accanto alla previsione dell'impossibilità di procedere al trasferimento in caso di carenze sistemiche, rischia di compromettere la funzione che la giurisprudenza ha nel tempo assegnato alla clausola di sovranità. Tanto

b) in senso contrario, poiché sia la clausola discrezionale sia il parametro della Carta di Nizza hanno mantenuto lo stesso tenore letterale nel passaggio da Dublino II a Dublino III¹⁵, si potrebbe sostenere che il *dictum* sull'obbligo di esercitare la clausola discrezionale nel caso di durata irragionevole del procedimento di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria sia ancora valido. Tale seconda opzione ermeneutica potrebbe trarre forza anche dalla giurisprudenza della CGUE, secondo cui «*occorre ricordare che la Corte ha già avuto modo di affermare, con riguardo alla “clausola di sovranità” che si trovava nell’articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento Dublino II, i cui termini coincidono essenzialmente con quelli della «clausola discrezionale» prevista dall’articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III e la cui interpretazione è, pertanto, ad essa trasponibile, che il potere discrezionale che essa riconosce agli Stati membri fa parte integrante del sistema di determinazione dello Stato membro competente elaborato dal legislatore dell’Unione*»¹⁶.

Successivamente, come ricordato in premessa, la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 17, pur se squisitamente discrezionale, può essere utilizzato per consentire di non applicare automaticamente il Regolamento in tutti i casi in cui il Paese competente non sia affetto da gravi carenze sistemiche nel suo sistema di asilo e pur tuttavia il trasferimento verso tale Stato non garantisca una piena tutela dei diritti del richiedente protezione internazionale, sia pure solo in ragione della condizione personale di vulnerabilità del richiedente¹⁷ ovvero nel caso in cui il Paese si trovi in una situazione «problematica», ancorché non strutturalmente carente, sotto il profilo delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o delle procedure di accesso alla protezione internazionale¹⁸.

4.2. I principi generali di riferimento.

Appaiono necessarie alcune precisazioni preliminari.

Bisogna innanzitutto ricordare che la Corte di Giustizia ha ribadito più volte che nel sistema del Regolamento Dublino vige il principio della fiducia reciproca fra Stati membri, ossia del c.d. *mutual trust*, sicché sussiste una presunzione relativa che ciascuno degli Stati membri rispetti i diritti fondamentali¹⁹. Tale presunzione può essere però superata solo quando gli Stati membri riscontrino «*motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti*»²⁰.

nell'impostazione della Corte europea, quanto nella prospettiva della Corte di giustizia infatti, tale clausola, ancorché caratterizzata da un certo grado di indeterminazione, ha rappresentato un importante strumento di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo e si è rivelata un utile meccanismo di salvaguardia della compatibilità tra ordinamenti?».

¹⁵ Il nuovo Reg. Dublino III, all'art. 17 par. 1, riproduce la clausola di sovranità di cui all'art. 3, par. 2 del previgente Reg. Dublino II, con due sole differenze che possono individuarsi (i) nella previsione secondo la quale lo Stato membro che diventa competente in base a tale clausola è tenuto ad indicarlo nel sistema Eurodac; (ii) nell'inserimento del neo-introdotta art. 17 in un autonomo Capo, il IV, sotto la rubrica “*Personae a carico e clausole discrezionali*”. Differente era, invece, la formulazione della suddetta clausola nella Convenzione di Dublino, il cui art. 3 par. 4 subordinava l'esercizio della facoltà di procedere all'esame di una domanda di asilo, pur in assenza di criteri di collegamento, al consenso dell'interessato. Di questo elemento non v'è traccia nelle successive versioni.

¹⁶ CGUE, 16.2.2017, C-578/16, par. 53.

¹⁷ CGUE 23.1.2019, C-661/17 e 16.2.2017, C-578/16.

¹⁸ CGUE, 19.3.2019, C-163/17.

¹⁹ CGUE, cause C-411/10 e C-493/10, par. 80-81.

²⁰ CGUE, causa C-411/10, par. 30.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia ha anche chiarito che «l'articolo 27, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III va interpretato nel senso che non impone di prevedere un ricorso avverso la decisione di non far uso della facoltà prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento medesimo, fermo restando che detta decisione potrà essere contestata in sede di ricorso avverso la decisione di trasferimento»²¹.

La Corte di Giustizia con la sentenza del 23.1.2019, C-661/17 ha affermato: «Risulta chiaramente dal disposto dell'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III che detta disposizione possiede natura facoltativa ove lascia alla discrezionalità di ogni Stato membro la decisione di procedere all'esame di una domanda di protezione internazionale che è presentata allo stesso, anche se tale esame non incombe ad esso in forza dei criteri di determinazione dello Stato membro competente definiti da detto Regolamento. L'esercizio di tale facoltà, peraltro, non è soggetto a condizioni particolari Detta facoltà è intesa a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda di protezione internazionale, anche se esso non è competente in applicazione dei suddetti In considerazione della portata del potere discrezionale in tal modo accordato agli Stati membri, spetta allo Stato membro interessato determinare le circostanze in cui intende far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III e accettare di esaminare direttamente una domanda di protezione internazionale per la quale non è competente in forza dei criteri definiti da detto Regolamento. Tale rilievo, d'altronde, è coerente, da una parte, con la giurisprudenza della Corte relativa alle disposizioni facoltative, secondo la quale esse riconoscono un ampio potere discrezionale agli Stati membri e, d'altra parte, con l'obiettivo di detto articolo 17, paragrafo 1, che consiste nel salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere una protezione internazionale

4.3. Le opzioni possibili.

Il sistema di Dublino, quindi, non obbliga gli Stati membri a garantire uno strumento di tutela giurisdizionale immediata contro le decisioni relative alla clausola discrezionale, ma impone soltanto di assicurare che tale tutela venga concessa “a valle” sui provvedimenti di trasferimento dei richiedenti.

Secondo una prima opzione, più restrittiva, i giudici potrebbero (solo) esercitare un sindacato di mera legalità, «da svolgersi come giudice dell'atto e non del rapporto, e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e/ o la violazione di legge procedimentale».

Oppure, secondo un'opzione più ampia di intervento, i giudici potrebbero condurre un ulteriore sindacato di legittimità circoscritto a due soli aspetti:

(a) la mancata applicazione dell'art. 3, par. 2, del Regolamento Dublino III (i.e. il rischio di trattamenti disumani e degradanti)

(b) l'irragionevole durata del procedimento di determinazione dello Stato competente in via sussidiaria, che si traduce in una illegittima mancata applicazione della clausola discrezionale²².

Infine, con terza opzione ermeneutica ancora più estensiva, si potrebbe ipotizzare che i giudici esercitino un sindacato di legittimità esteso non soltanto al fatto che vi siano “motivi seri e comprovati” di temere che il richiedente corra un “rischio serio” di subire

²¹ CGUE, C-661/17 par. 79.

²² CGUE, C-411/10 e C-493/10.

“trattamenti disumani e degradanti”, ma anche al rispetto degli altri parametri di legittimità contenuti nella Carta di Nizza e richiamati dallo stesso Regolamento Dublino III nel “considerando» n. 39, che rinvia agli artt. 1 (Dignità umana), 4 (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare), 24 (Diritti del minore); 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

4.4. La giurisprudenza della Corte di cassazione.

La questione dei limiti di sindacabilità giudiziale della «clausola discrezionale» di cui all’art.17 Reg.UE 2013/604 (già «clausola di sovranità» nel previgente Regolamento), è stata recentemente rimessa alla pubblica udienza della 1° sezione civile (ordinanze interlocutorie, Sez.6.1, da n.11726 a n.11732 del 5.5.2021).

Secondo una recente pronuncia (Sez. L, n. 26603 del 23.11.2020) la questione della c.d. «clausola discrezionale» dovrebbe essere risolta nel senso della spettanza di un potere discrezionale dello Stato membro di decidere se avvalersene, non suscettibile di essere sindacata dal giudice o sindacabile in limiti puramente formali. In tal senso è stato infatti affermato che *«In tema di protezione internazionale, nella vigenza del Regolamento di Dublino III, al giudice investito del ricorso del richiedente asilo avverso il decreto di trasferimento nello Stato membro che lo aveva preso in carico compete unicamente il sindacato di legalità riguardo detto atto, ai fini della verifica del rispetto del procedimento e dei criteri di competenza, mentre è preclusa ogni rivalutazione della domanda di protezione già esaminata dallo Stato di prima accoglienza, sia perché ogni domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro, sia perché l’operatività delle clausole discrezionali di cui all’art. 17 del citato Regolamento, che consentono a ciascuno Stato di esaminare comunque una domanda di protezione internazionale, pur non essendo quello di presa in carico del richiedente, ha come destinatari gli Stati e non il giudice»*

In questa stessa pronuncia in motivazione si legge *«Il controllo che residua, per il giudice ordinario (in quanto si verte comunque in materia di diritti soggettivi, cfr. Cass. n. 31127/2019), in sede di ricorso avverso il decreto di trasferimento emesso dall’Unità Dublino è, pertanto, unicamente un sindacato di legalità, da svolgersi come giudice dell’atto e non del rapporto, e che concerne i vizi quali i criteri di competenza e/o la violazione di legge procedimentale.»*

Analogamente nella decisione della Sez.L. n.29447 del 23.12.2020, in motivazione si legge *«... va, in particolare rilevato che la Corte di giustizia, con due note pronunzie (CGUE 23.01.2019 causa C- 661/17 e CGUE 04.10.2018) ha chiarito che la c.d. clausola discrezionale è intesa a consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l’esame di una domanda di protezione internazionale, anche se esso non è competente in applicazione dei suddetti criteri; orbene, in considerazione della portata del potere discrezionale in tal modo accordato agli Stati membri, spetta esclusivamente alle autorità statali determinare le circostanze in cui lo Stato membro intenda far uso della facoltà conferita dalla clausola discrezionale prevista dall’art. 17, par. 1, del Regolamento di Dublino e accettare di esaminare direttamente una domanda di protezione internazionale per la quale non è competente in forza dei criteri definiti dal Regolamento stesso.»*

In altre pronunce, traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è stato invece distinto fra il sindacato sull’esercizio del potere discrezionale, in sé e per sé

considerato, dal sindacato che compete al giudice sul provvedimento di trasferimento a valle della decisione dell'Amministrazione.

Si è così affermato che *«In materia di protezione internazionale, il ricorso alla «clausola discrezionale», prevista dall'art. 17, par. 1, del Regolamento (UE) n. 604 del 2013 (cd. Regolamento Dublino III), di natura facoltativa, è demandato all'Amministrazione (e segnatamente all'Unità di Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno), in ragione delle considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, che ne determinano l'esercizio, e non può essere operato direttamente dal giudice ordinario, fermo restando che la relativa scelta non rimane al di fuori di ogni controllo, sicché il rifiuto di esercitare tale facoltà, risolvendosi nella decisione di trasferire il cittadino straniero, può essere contestato in sede giurisdizionale, mediante l'impugnazione di tale decisione, al fine di verificare se l'Amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Regolamento menzionato e, più in generale, dall'impianto normativo eurounitario.»* (Sez. 1, n. 23724 del 28.10.2020, conforme anche 23727/2020).

In passato, in uno dei primi casi che avevano investito la Cassazione sul Regolamento Dublino III, nell'ordinanza della Sez.1, n. 26045 del 26.9.2019 il motivo di ricorso venne ritenuto inammissibile perché i ricorrenti si erano limitati ad affermare che il Tribunale non aveva minimamente considerato che l'art. 17 attribuisce ampia facoltà discrezionale agli Stati membri in ordine all'esame delle domande di protezione internazionale ai medesimi presentate, senza chiarire che cosa in effetti il Tribunale avrebbe dovuto fare e non censurando specificamente il mancato esercizio di tale facoltà da parte dell'autorità amministrativa, con l'indicazione del contenuto e dei presupposti del provvedimento a loro parere doveroso

L'ordinanza della Sezione 1, n.23911 del 29.10.2020 ha rimesso la decisione alla pubblica udienza, per i dubbi ingenerati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In motivazione si legge: *«La peculiarità e la complessità della problematica oggi prospettata con il primo motivo (riassumibile nel quesito se, in tema di competenza dello Stato nazionale all'esame della domanda di protezione internazionale, il ricorso contro la decisione di trasferimento in un altro Stato dell'Unione di quella proposta dal richiedente asilo, reso dalla cd. Unità Dublino, investa la sola sussistenza delle condizioni e dei presupposti del trasferimento stesso, come desumibili dal Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, o pure le determinazioni dello Stato membro investito dell'istanza circa l'esercizio del suo potere discrezionale ex art. 17.1 del menzionato Regolamento), la sua rilevanza e la carenza di specifici precedenti editi nella giurisprudenza di legittimità, rendono opportuno - anche tenuto conto dei pronunciamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea riguardanti la cd. clausola di sovranità già presente nell'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento n. 343.2003, poi sostituito dal vigente Regolamento UE n. 604/2013 (Dublino III), nonché di quanto osservato dalla medesima Corte nella sentenza del 23 gennaio 2019, M.A., S.A., A.Z. c. The International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Attorney General, Ireland, Causa C-661.17, proprio in relazione alla clausola di cui all'art. 17 del citato Regolamento n. 604/2013 - disporre la trattazione della causa in pubblica udienza, a ciò non ostando l'originaria sua fissazione in sede camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 cod. proc. civ. (cfr. Cass. n. 15796 del 2020; Cass. n. 5082 del 2020; Cass. n. 3098 del 2020; Cass. n. 17371 del 2019; Cass., SU, n. 14437 del 2018; Cass. n. 19115 del 2017; Cass. n. 5533 del 2017)».*

4.5. La clausola discrezionale e il refoulement indiretto.

In vari giudizi²³ la Cassazione si è occupata di ricorsi proposti avverso provvedimenti resi dai Tribunali in sede di impugnazione di un provvedimento emesso dall'Unità Dublino di trasferimento del richiedente asilo in uno Stato diverso dall'Italia - Stato membro dell'Unione europea o comunque firmatario del Trattato di Dublino, che aveva accettato la domanda proposta dall'Italia di ripresa in carico *ex art. 18 Reg. n. 604/2013*, essendo pacifico che quest'ultimo fosse lo Stato di primo arrivo dell'interessato, sulla base della procedura EURODAC.

L'esito dei giudizi era stato variegato: in alcuni di essi il Tribunale aveva rigettato il ricorso del richiedente asilo; in altri casi, invece, il ricorso era stato accolto, poiché i giudici avevano ritenuto che un eventuale trasferimento del richiedente nello Stato indicato dall'Unità Dublino avrebbe condotto con certezza al suo rimpatrio nel Paese di origine, in quanto l'interessato aveva ormai esaurito in tale Paese tutti i mezzi giuridici per l'esame della propria richiesta di protezione, senza alcun esito positivo.

A tale ultimo riguardo si sosteneva che un simile trasferimento avrebbe provocato una situazione di rischio per i diritti fondamentali e l'incolumità personale del richiedente, in considerazione della criticità della situazione esistente nel Paese di provenienza, con la conseguente violazione dagli artt. 1, 2 e 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

I giudici del merito avevano quindi ritenuto di fare diretta applicazione dell'art. 17, par. 1, Reg. CE 604/2013, cogliendo in tale disposizione un criterio di competenza che poteva legittimamente giustificare l'individuazione dello Stato italiano come competente, per assicurare la tutela dei diritti fondamentali del richiedente asilo.

La Cassazione:

➤ ha preso le mosse dalla sentenza delle Sezioni unite n. 8044 del 30.03.2018 e ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, relative alle cause C-661/17, C-56/17 e C-578/16;

➤ ha quindi affermato che nel giudizio di impugnazione di un provvedimento dell'Unità Dublino di trasferimento di un richiedente protezione internazionale in altro Stato, che abbia accettato la domanda proposta dall'Italia di ripresa in carico *ex art. 18 Reg. n. 604/2013*, la competenza ad individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, spetta, in base all'art. 3, comma 3 del d. lgs. n. 25 del 2008, all'Unità Dublino;

➤ ha sostenuto che il sindacato del giudice ordinario deve ritenersi limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sempre che tale situazione sia tale da superare l'art. 78 del TFUE (Sez.1. n. 23584 del 27.10.2020; Sez.1. n. 23724 del 28.10.2020; Sez.L. n. 26603 del 23.11.2020)

In queste pronunce si è osservato che:

²³ Una ampia sintesi, con il relativo commento, è contenuta nella relazione dell'8.4.2021 a margine dell'incontro di studi SSM, codice corso D21074 «Protezione internazionale, diritti fondamentali e accesso alla giustizia tra dovere di cooperazione del giudice e diritto al rimedio effettivo», a cura di TRIA, «Finestre su alcuni diritti fondamentali dei migranti nella prospettiva dei giudici dell'immigrazione e della protezione internazionale».

- il ricorso alla “clausola discrezionale”, prevista dall’art. 17, par. 1, del Regolamento (UE) n. 604 del 2013 (cd. Regolamento Dublino III), di natura facoltativa, è demandato all’Amministrazione (e segnatamente all’Unità di Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’interno), in ragione delle considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, che ne determinano l’esercizio, e non può essere operato direttamente dal giudice ordinario;
- la relativa scelta non rimane però al di fuori di ogni controllo, sicché, ad esempio l’eventuale rifiuto di esercitare tale facoltà, risolvendosi nella decisione di trasferire il cittadino straniero, può essere contestato in sede giurisdizionale, mediante l’impugnazione di tale decisione, al fine di verificare se l’Amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal Regolamento menzionato e, più in generale, dall’impianto normativo UE;
- pertanto, l’illegittimo rifiuto dell’Amministrazione di fare uso, che si risolve necessariamente nell’adozione di una decisione di trasferimento ugualmente illegittima, potrà eventualmente, essere contestato in sede di ricorso dinanzi al giudice ordinario nazionale, al pari della relativa impropria applicazione;
- un simile ricorso servirà non già per sostituire la discrezionalità del giudicante alla discrezionalità dell’amministrazione competente, ma piuttosto per verificare se l’esercizio di quest’ultima sia eventualmente avvenuto in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal reg. CE 604/2013 e, più in generale, dall’impianto normativo UE;
- il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento Dublino III deve essere operato soltanto in condizioni che escludono che tale trasferimento comporti un rischio reale che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell’articolo 4 della Carta UE;
- questa norma va intesa nel senso che, anche in assenza di ragioni serie per 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 accertato che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti;
- tuttavia l’esaurimento della procedura non implica affatto in via automatica la disapplicazione del principio di non respingimento in sede di espulsione e infatti non solo lo Stato italiano, ma anche quello designato, al pari di ogni altro Stato membro UE, è tenuto al rispetto del predetto principio;
- inoltre avverso i provvedimenti dello Stato indicato come competente che siano contrari alle norme del Sistema europeo comune di asilo o della Carta dei diritti fondamentali UE è riconosciuto all’interessato il diritto di ricorrere alla Corte di giustizia UE (anche in sede di PPU - procedimento pregiudiziale d’urgenza, come si è verificato nella causa C-578/16);

➤ L'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali deve essere interpretato nel senso che esso non osta a un trasferimento di un richiedente protezione internazionale, in applicazione dell'articolo 29 del Regolamento n. 604/2013, verso lo Stato membro che, conformemente a tale Regolamento, è di regola competente per l'esame della sua domanda di protezione internazionale, a meno che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di trasferimento non constati, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati e in considerazione del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto dell'Unione, l'esistenza di un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante per il richiedente a causa del fatto che, in caso di trasferimento, quest'ultimo si verrebbe a trovare, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema deprivazione materiale.

5. Il principio di non respingimento.

5.1. Interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino»

Il primo tema da affrontare riguarda le interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino».

Il tema del *refoulement* indiretto evoca il rischio di respingimento verso il Paese di origine del richiedente asilo determinato dal diniego già opposto dal Paese membro di ritrasferimento alla richiesta di protezione internazionale, alla luce di una diversa valutazione circa la nozione giuridica che dà titolo alla protezione o circa la situazione di tale Paese.

5.2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Roma.

In ordine a tale problematica il Tribunale di Roma²⁴ ha proposto una serie di questioni pregiudiziali interpretative, centrate in particolare sul c.d. *refoulement* indiretto, chiedendo alla Corte di Giustizia se:

«1. se il diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impone di ritenere che gli artt. 4 e 19 della stessa Carta, offrano protezione anche contro il rischio di refoulement indiretto a seguito di un trasferimento verso uno Stato membro dell'Unione che non ha carenze sistemiche ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2, del Regolamento Dublino (in assenza di altri Stati membri competenti sulla base dei criteri di cui al Capo III e IV) che ha già esaminato e respinto la prima domanda di protezione internazionale;

2. se il giudice del Paese membro dove è stata presentata la seconda domanda di protezione internazionale, investito di un ricorso ai sensi dell'art. 27 del Regolamento Dublino – e quindi competente a valutare il trasferimento all'interno dell'Unione ma non a decidere la domanda di protezione – debba valutare come esistente il rischio di refoulement indiretto verso un paese terzo, allorché il Paese membro dove è stata presentata la prima domanda di protezione internazionale abbia diversamente valutato la nozione di “Protezione all'interno del Paese d'origine” ai sensi dell'art. 8 della Direttiva 2011.95.UE;

²⁴ Consultabile in allegato all'articolo di G. MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», in *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

3. se la valutazione del *refoulement* indiretto, a seguito della diversa interpretazione del bisogno di “Protezione all’interno del paese di origine” tra due Stati membri, sia compatibile con l’articolo 3, paragrafo 1 (seconda parte) del Regolamento e con il generale divieto per i cittadini di un paese terzo di decidere il Paese dell’Unione dove presentare la domanda di protezione internazionale:

4. in caso di risposta affermativa ai precedenti quesiti:

a) se la valutazione dell’esistenza del *refoulement* indiretto, operata dall’autorità giurisdizionale dello Stato dove il richiedente ha presentato la seconda domanda di protezione internazionale a seguito del rigetto della prima domanda, obblighi all’applicazione della clausola di cui all’art. 17, paragrafo 1, definita dal Regolamento “clausola discrezionale”;

b) quali siano i criteri che il giudice adito ex art 27 del Regolamento debba utilizzare, per poter valutare il rischio di *refoulement* indiretto, oltre quelli individuati al Capo III e IV, tenuto conto che tale rischio è stato già escluso dal Paese che ha esaminato la prima domanda di protezione internazionale.»

A tale riguardo il Tribunale romano ha mostrato tutte le sue perplessità sul fatto che il giudice – investito di un ricorso ex art. 27 avverso un provvedimento di trasferimento – possa compiere una valutazione del rischio presente nel Paese di origine del richiedente asilo per garantire l’applicazione degli artt. 4 e 19 della Carta, pur riconoscendo che la tutela contro il *refoulement*, anche indiretto, fa parte degli obblighi che gli Stati membri hanno assunto con la ratifica della Convenzione di Ginevra ed è uno degli obiettivi della normativa dell’Unione; il Tribunale ha tuttavia dubitato che questa tutela possa avere ingresso anche nelle relazioni tra gli Stati membri nel contesto della procedura di trasferimento, una volta stabilito che lo Stato membro di destinazione non presenta carenze sistemiche, in assenza di condizioni individuali di particolare vulnerabilità del ricorrente o di situazioni di particolare difficoltà (anche transitoria e non “sistemica”) dello Stato membro di destinazione.

Siffatto esame è parso estraneo per i giudici romani all’ambito di applicazione del Regolamento Dublino, perché appartenente al diverso contesto della protezione internazionale ed al diverso ambito applicativo della Direttiva CE 13.12.2011 n. 95 (la c.d. «Direttiva qualifiche») e, dal punto di vista procedurale, della Direttiva 2004/83/CE (la c.d. «Direttiva procedure»), tenuto anche conto del 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 delle informazioni disponibili sui Paesi di origine (COI) e/o applicato, altrettanto legittimamente, gli accordi stipulati con tali Paesi per il rimpatrio dei loro cittadini in zone ritenute sicure.

5.3. La giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In alcune pronunce la Cassazione si è già espressa sulla possibilità di valutazione del rischio di *refoulement* indiretto con riferimento alla situazione del Paese di origine del richiedente asilo nell’ambito dell’impugnazione del provvedimento di trasferimento.

Con le ordinanze n.23724 e 23727 del 28.10.2020, già ricordate nel precedente § 3.5, la 1° Sezione è partita dalla giurisprudenza europea, ricordando, da un lato, che le disposizioni del Regolamento Dublino III devono essere interpretate e applicate nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, ambito all’interno del quale il divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti di cui all’art. 4 – di carattere assoluto e

strettamente connesso al rispetto della dignità umana previsto al precedente art. 1- è di importanza essenziali e, dall'altro, che tutti gli Stati membri sono vincolati, nella sua applicazione, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché dall'art. 4 della Carta.

Il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del Regolamento Dublino III deve perciò essere operato soltanto in condizioni che escludono un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta. La disciplina europea deve essere allora intesa nel senso che, anche in assenza di ragioni serie per 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 un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca perciò trattamenti inumani o degradanti.

Ne discende che:

➤ il trasferimento di un richiedente asilo che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave, ove comporti il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, costituirebbe un trattamento inumano e degradante;

➤ spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici, eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato, adottando le precauzioni necessarie affinché il medesimo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute della persona;

➤ nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a garantire che il trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché le condizioni personali rendano possibile lo spostamento;

➤ eventualmente lo Stato membro, se dovesse ritenere che le condizioni di salute del richiedente asilo interessato non debbano migliorare a breve termine, o che una sospensione di lunga durata della procedura rischi di aggravare lo stato dell'interessato, può scegliere di esaminare esso stesso la domanda di quest'ultimo facendo uso della «clausola discrezionale» prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento n. 604/2013.

Secondo la Cassazione, i giudici del merito non possono però, preso atto dell'esaurimento in termini definitivi e negativi della procedura volta al riconoscimento della protezione internazionale nello Stato riconosciuto come competente alla sua valutazione, trarne la convinzione che il trasferimento del migrante implicherebbe con certezza il suo rimpatrio nel Paese in cui correrebbe gravi rischi.

Così ragionando, infatti, essi non tengono in alcun conto il quadro normativo di riferimento in cui il trasferimento viene disposto e primariamente il tenore dei «*considerando*» 32 e 39 del Regolamento 604/2013, che prevedono sia che «*per quanto*

riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente Regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», sia che «il presente Regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta. In particolare, il presente Regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli articoli 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa. Il presente Regolamento dovrebbe pertanto essere applicato di conseguenza».

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea a sua volta prescrive che *«il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea»* (art. 18), che *«nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti»* (art. 19, rubricato *«Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione»*) e che *«le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati»* (art. 51).

Inoltre l'art. 33 della Convenzione relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, rubricato *«Divieto d'espulsione e di rinvio al confine»*, al suo paragrafo 1 prevede che *«nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».*

Infine, l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4.11.1950, e l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato *«Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti»*, sanciscono, all'unisono, che *«nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».*

In sostanza, l'esaurimento della procedura di riconoscimento della protezione internazionale non comporta affatto in via automatica la disapplicazione del principio di non *refoulement*, al cui rispetto è ogni Stato membro in sede di espulsione e la tutela da esso accordata contro il rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti che non solo lo Stato italiano, ma ogni altro Stato membro, è tenuto al rispetto di tali principi nell'applicazione del diritto dell'Unione, quale è il Regolamento 604/2013.

Lo Stato membro di trasferimento, quindi non può essere considerato paese insicuro sotto questo profilo, posto che, a mente del *«considerando»* n. 3, gli Stati membri, tutti tenuti al principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi, allorché non ricorrano le condizioni previste dall'art. 3, par. 2.

La Cassazione ha poi ricordato che il riconoscimento della protezione internazionale nei Paesi dell'Unione è fondato su un sistema comune di asilo (art. 78 T.F.U.E.), che postula un principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi di asilo nazionali e il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali (Sez. Un. 8044/2018). Questo spirito di reciproca fiducia si fonda su un sistema comune di valori e di regole che li incarnano e che tutti gli Stati membri sono chiamati a rispettare.

La determinazione dello Stato competente in uno diverso dallo Stato italiano non produce l'effetto di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione in quello Stato membro e, conseguentemente, detto diritto, di cui fanno parte il sistema europeo comune di asilo, nonché la fiducia reciproca e la presunzione di rispetto, da parte degli Stati membri, dei diritti fondamentali, continua ad essere pienamente vigente in tale Stato membro fino al suo effettivo recesso dall'Unione.

Il Regolamento introduce un sistema di individuazione della competenza volto, da un lato, a impedire che ciascuno Stato appartenente all'Unione Europea possa dichiararsi incompetente ad esaminare la domanda, dall'altro a ostacolare movimenti interni dei richiedenti protezione, dando agli Stati e non alle persone la facoltà di decidere dove il richiedente abbia diritto di veder esaminata la domanda medesima, e in tale ambito prevede espressamente, al suo art. 3, che la domanda d'asilo sia esaminata da un solo Stato membro.

L'improprio utilizzo dei criteri di competenza finisce invece per accordare al richiedente che abbia già inutilmente presentato in altro Stato membro una domanda di protezione internazionale una seconda possibilità, a dispetto del disposto della disciplina sopra illustrata e del principio generale di reciproca fiducia sopra evocato.

Infine, avverso provvedimenti dello Stato indicato come competente che siano contrari alle norme del Sistema europeo comune di asilo o della Carta dei diritti fondamentali UE è riconosciuto all'interessato il diritto di ricorrere alla Corte di giustizia UE (anche in sede di procedimento pregiudiziale d'urgenza) oppure alla Corte EDU, per far valere violazioni della CEDU.

Dello stesso tema si è occupata anche l'ordinanza 29461 del 23.12.2020 della 3ª sezione

Il ricorrente sosteneva di avere sottoposto alla corte di merito tre motivi di illegittimità del provvedimento impugnato, che il giudice aveva indebitamente rifiutato di considerare, ossia: a) il ricorrente aveva prospettato una violazione del principio di non *refoulement* verso Paesi in cui v'è rischio di discriminazione razziale o religiosa o politica, come l'Afghanistan, nazione di sua provenienza. Sosteneva in sostanza che, poiché la Germania lo avrebbe rimpatriato, avendo rigettato la richiesta di protezione, l'esito sarebbe stato indirettamente un rimpatrio verso un Paese, l'Afghanistan, pericoloso e oppressivo; b) questo motivo era stato sottoposto alla corte di merito, anche sotto altro aspetto: l'affermazione della competenza tedesca a decidere significava implicitamente rimpatrio in Afghanistan, dove la situazione di violazione dei diritti umani è nota; c) l'autorità amministrativa non aveva considerato proprio questo aspetto, ossia che la Germania aveva già rigettato la richiesta di protezione.

La Cassazione ha ritenuto il motivo infondato e ha sostenuto che la *ratio* della decisione impugnata stava infatti nella regola di competenza: se lo straniero, che ha chiesto in uno Stato membro la protezione internazionale, non reitera la richiesta in altro Stato (nella fattispecie, in Italia) quest'ultimo può chiedere che il primo prenda in carico il richiedente, onde completare la procedura di decisione o comunque adottare le misure conseguenti al rigetto della richiesta.

Questa *ratio* rendeva irrilevanti le valutazioni pretese dal ricorrente, sotto diversi aspetti: intanto la decisione dello Stato membro (nella fattispecie la Germania) circa il riconoscimento o meno della protezione internazionale non era sindacabile, se non ritenendo che vi fossero carenze sistemiche nel diritto di quel paese, che però non erano affatto emerse, e dovevano essere tali da ritenere che la domanda di protezione non fosse equamente valutata. Inoltre, la *ratio* della decisione era solo di affermare la competenza della Germania, ed era decisione che andava presa a prescindere dagli esiti indiretti che potevano prodursi.

Le linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità paiono quindi nel senso di escludere rilievo al principio di non respingimento indiretto nell'ambito delle procedure «Dublino», fuor dai casi sopra ricordati, delineati alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A tale approdo si è pervenuti ragionando in due diverse e concorrenti direttrici:

a) la prima, ponendo in evidenza come la decisione negativa maturata nell'ambito della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale non significhi affatto l'esaurimento dei rimedi assicurati dal diritto dell'Unione contro il respingimento verso un Paese in cui il richiedente asilo rischi la morte, la tortura o trattamenti inumani e degradanti;

b) la seconda, coerente con i principi fondanti dell'asilo comune e della fiducia reciproca fra gli Stati membri, preclusiva di un riesame incidentale in seno al procedimento di determinazione della competenza della correttezza della decisione sul riconoscimento della protezione internazionale, alla luce delle regole sostanziali e procedurali delle direttive 2011/95 e 2013/32.

5.4. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze.

Nelle more di preparazione di questo studio è sopraggiunta una ulteriore ordinanza di proposizione della questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia, emessa il 29.4.2021 dal Tribunale di Firenze²⁵, per investire la Corte di interrogativi sostanzialmente sovrapponibili a quelli sollevati dal Tribunale di Roma con la pronuncia di diciassette giorni prima (presumibilmente ancora non conosciuta) in tema di rischio di *refoulement* indiretto, in alternativo riferimento all'art.17, par.1 o all'art.3, par.2 del Regolamento 2013/604.

I giudici fiorentini hanno chiesto alla Corte di Giustizia:

«In via principale, se l'art. 17.1. del Regolamento UE 604/2013 debba essere interpretato, in ossequio agli articoli 19 e 47 della CDFUE e 27 del Regolamento UE 604/2013 nel senso che al giudice dello Stato membro, investito dell'impugnazione del provvedimento dell'Unità Dublino, sia

²⁵ Consultabile in allegato all'articolo di G. MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», in *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

consentito, affermare la competenza dello Stato nazionale che dovrebbe eseguire il trasferimento in base all'art. 18.1 lett. d), qualora accerti la sussistenza, nello Stato membro competente, del rischio di violazione del principio di non refoulement per respingimento del richiedente verso il proprio paese di origine, dove il richiedente sarebbe esposto a pericolo di morte o di trattamenti inumani e degradanti.

1. In via subordinata, se l'art. 3.2 del Regolamento UE 604/2013 debba essere interpretato in ossequio agli articoli 19 e 47 della CDFUE e 27 del Regolamento UE 604/2013, nel senso che sia consentito al giudice di affermare la competenza dello Stato tenuto ad eseguire il trasferimento ai sensi della lett. d) dell'art. 18.1. del medesimo Regolamento, qualora risulti accertata: a) la sussistenza nello Stato membro competente del rischio di violazione del principio di non refoulement per respingimento del richiedente verso il proprio paese di origine, dove sarebbe esposto a pericolo di morte o di subire trattamenti inumani o degradanti; b) l'impossibilità di eseguire il trasferimento verso altro Stato designato ai base ai criteri di cui al capo III del Regolamento UE 604/2013.»

L'ordinanza così riassume i due orientamenti contrapposti:

➤ un primo orientamento ritiene che il giudice, in sede di ricorso avverso una decisione di trasferimento emessa ai sensi dell'art. 18, par. 1, lett. d) del Regolamento UE 2013/604, debba, eventualmente anche attraverso l'esercizio della clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Reg cit., sempre garantire il rispetto dei diritti assoluti sanciti nell'articolo 3 della CEDU e nell'articolo 4 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea anche con riferimento alle condotte espulsive dello "Stato intermedio"; quindi, qualora si accerti il pericolo di violazione del principio di non *refoulement* nello Stato membro competente, e il conseguente concreto rischio del ricorrente di essere respinto verso il suo paese e lì esposto a trattamenti inumani e degradanti, l'organo giudiziario debba annullare il trasferimento e dichiarare la competenza dello Stato italiano in base all'articolo 17, par. 1 del Regolamento UE 2013/604;

➤ una variante di tale orientamento giurisprudenziale di merito perviene alle medesime conclusioni, richiamando l'interpretazione evolutiva dell'art. 3, par. 2 del medesimo Regolamento: a fronte di una generalizzata e crescente situazione di violenza indiscriminata derivante da conflitto armato, accertata l'esistenza di un serio rischio per il ricorrente di essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti per l'ipotesi di rimpatrio si giustificerebbe l'applicazione dell'articolo 3, par.2, del Regolamento Dublino III, accertando la competenza dello Stato italiano, attesa l'impossibilità di eseguire il trasferimento verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III del medesimo Regolamento, oltre che verso quello che disporrebbe il rimpatrio;

➤ il secondo orientamento sostiene invece che l'esercizio della facoltà attribuita dall'articolo 17, par. 1, del Regolamento 2013/604, poiché rientra nel potere discrezionale di ogni Stato membro, è in Italia attribuito alla sola Unità di Dublino e non è, come conseguenza della disciplina UE, sottoposto al sindacato giurisdizionale, nel senso che il giudice non potrebbe imporre all'amministrazione l'esercizio della predetta clausola di sovranità, né potrebbe esercitarla in sua sostituzione, ma dovrebbe limitarsi a verificare se vi sia stata una violazione, nell'ambito della procedura, dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo

dal Dublino III, più in generale dall'ordinamento euro-unitario, e se nel paese competente, dove deve attuarsi il trasferimento, sussistano carenze sistemiche riconducibili alla previsione dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento UE 604/2013 (con riferimento alle ordinanze della Corte di cassazione nn. 23584-23585-23586/2020 e 23724/2020).

Desti tuttavia perplessità il fatto che il Tribunale fiorentino, nel rimettere successivamente e ulteriormente la questione pregiudiziale interpretativa già sollevata dal Tribunale di Roma, auspicando una soluzione diversa da quella ipotizzata dai giudici capitolini, abbia riassunto gli argomenti del cosiddetto «secondo orientamento», quello attribuito alla Suprema Corte di cassazione, dimenticando le ragioni principali proposte a suo sostegno e cioè:

a) il vincolo scaturente dal principio di non *refoulement* gravante anche per lo Stato membro di trasferimento, al pari dell'Italia; il che significa, in parole povere, che nonostante l'esito negativo del procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, lo Stato membro UE non può comunque espellere uno straniero, esponendolo, in caso di rimpatrio, a rischio di morte, tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti;

b) il principio della fiducia reciproca fra Stati e il contrasto ai «movimenti interni» in funzione della prevenzione di fenomeni di *asylum shopping*.

La dottrina²⁶, recentemente, senza tacere il diffuso senso di inadeguatezza ingenerato dal Sistema Dublino, ha ipotizzato alcuni possibili scenari di risposta da parte della Corte di Giustizia che *«potrebbe valorizzare una nozione europea di non respingimento, statica o dinamica, ovvero porsi nell'ottica della protezione multi-level dei diritti fondamentali, oppure fornire elementi utili ai giudici nazionali per un apprezzamento caso per caso, tramite la tecnica dell'interpretazione conforme; potrebbe chiarire i limiti del sindacato giurisdizionale sulle procedure di trasferimento "Dublino" e le possibilità di ricorso contro, o riesame di, una decisione già adottata da altra autorità giurisdizionale UE; potrebbe "aprire" o "chiudere" ad una valutazione di elementi diversi o nuovi o successivi, ed illustrare le relative conseguenze giuridiche.»*

6. La rilevanza dell'art. 19, comma 1.1. (integrazione sociale in Italia) in caso di trasferimento in altro paese UE.

L'ultimo punto da esaminare attiene alla possibile rilevanza dell'integrazione sociale e lavorativa in Italia del richiedente asilo.

In argomento recentemente la 6° sezione della Corte di cassazione ha rimesso alla pubblica udienza della 1° sezione la questione circa la possibilità di invocare a sostegno di un motivo di impugnazione del provvedimento dell'Unità Dublino inerente alla domanda di protezione internazionale (istituto armonizzato del diritto dell'Unione) il diritto alla protezione umanitaria o altro istituto complementare di diritto nazionale, in quanto configurante questione nuova non esaminata in precedenza nella giurisprudenza della Corte (ordinanze interlocutorie, Sez.6.1, da n.11726 a n.11732 del 5.5.2021).

²⁶ G. MICHELINI, «Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale», in *Questione Giustizia*, 11.5.2021.

6.1. Cenni sulla protezione complementare di diritto interno.

Il fattore di integrazione sociale e lavorativa, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 29459 del 13.11.2019), può assumere rilievo ai fini del giudizio comparativo a cui il giudice è tenuto ai fini della concessione della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e disposizioni consequenziali, riconoscibile in regime transitorio a titolo di permesso di soggiorno *«per casi speciali»* previsto dall'art. 1, comma 9, del d.l. 113 del 2018 in relazione alle domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova e più restrittiva disciplina introdotta dal d.l. n. 113 del 2018, convertito nella legge n.132 del 2018.

Secondo le Sezioni Unite, a tali fini, l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza, senza che abbia rilievo l'esame del livello di integrazione raggiunto in Italia, isolatamente ed astrattamente considerato (Sez. U, n. 29459 del 13.11.2019).

Con l'intento di ridurre la discrezionalità nel riconoscimento della protezione umanitaria, il d.l. 4.10.2018, n. 113 convertito, con modificazioni, dalla legge 1.12.2018, n. 132, ha sostanzialmente abrogato la protezione umanitaria come categoria generale e aperta, sostituendo il permesso *«per motivi umanitari»* con ipotesi specifiche e tipiche di permessi speciali.

È stata soppressa, all'interno dell'art. 5, comma 6, del t.u. imm., la clausola inerente ai presupposti per il rilascio del permesso per motivi unitari (*«salvo che ricorrano motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»*); è stato inoltre integralmente sostituito l'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 con la previsione del rilascio nei casi di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, di un permesso di soggiorno annuale per *«protezione speciale»*, rinnovabile, abilitante a svolgere attività lavorativa ma non convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Il d.l. 21.10.2020, n. 130 ha modificato nuovamente la disciplina, senza reintrodurre il permesso per motivi umanitari, ma mantenendo la dicitura *«protezione speciale»* ed estendendo le ipotesi in cui tale permesso, reso però convertibile in permesso di lavoro, può essere rilasciato.

Il d.l. n. 130 del 2020 ha parzialmente ripristinato la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 5, comma 6, del d.lgs.286 del 1998, restaurando il richiamo agli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, ma non il riferimento ai seri motivi di carattere umanitario; ha poi inciso sull'art. 19 dello stesso testo unico, a cui fa rinvio il modificato art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008, allargando le ipotesi di divieto di respingimento del comma 1.1 al caso in cui lo straniero rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (equiparati alla tortura) e a quello in cui vi siano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua *«vita privata e familiare»* (in chiara evocazione del contenuto dell'art. 8 della CEDU): a tal fine la nuova norma prevede che si tenga conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento

sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

Ulteriori ritocchi sono stati poi apportati in sede di conversione, prevedendo che il divieto di respingimento operi anche qualora ricorrano gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato di cui all'art. 5, comma 6 e introducendo una clausola che comunque consente

l'allontanamento dal territorio nazionale del richiedente asilo, quando ciò sia necessario *«per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica»*.

È stata recentemente rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza della Sez.1, n.28316 dell'11.12.2020 la questione di massima di particolare importanza avente ad oggetto la configurabilità del diritto alla protezione umanitaria, nella vigenza dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 e in continuità con la collocazione nell'alveo dei diritti umani quando sia stato allegato ed accertato il radicamento effettivo del cittadino straniero, fondato su decisivi indici di stabilità lavorativa e relazionale, la cui radicale modificazione, mediante il rimpatrio, possa ritenersi idonea a determinare una situazione di vulnerabilità dovuta alla compromissione del diritto alla vita privata e/o familiare *ex* art. 8 CEDU, sulla base di un giudizio prognostico degli effetti dello sradicamento che incentri la valutazione comparativa sulla condizione raggiunta dal richiedente nel paese di accoglienza, con attenuazione del rilievo delle condizioni del paese di origine non eziologicamente ad essa ricollegabili.

6.2. Protezione complementare e «sistema Dublino».

Il provvedimento dell'Unità Dublino, di per sé, non riguarda, né potrebbe riguardare, la protezione umanitaria o la protezione speciale (istituti complementari di diritto nazionale) e attiene alla domanda di protezione internazionale che è invece istituto armonizzato del diritto dell'Unione.

L'art.1 del Regolamento UE 604 del 2013 infatti delimita il suo ambito come volto a stabilire 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 (*«Stato membro competente»*).

Ai sensi dell'art.2, lettera b), del Regolamento 604/2013 per *«domanda di protezione internazionale»* si intende la domanda di protezione internazionale quale definita all'articolo 2, lettera h), della Direttiva 2011/95/UE.

Anche molti altri ordinamenti degli Stati membri UE posseggono istituti analoghi e ciascuno segue le sue regole e i suoi presupposti; il *«considerando»* 15 della Direttiva n.95 del 2011 chiarisce che la sua disciplina non si applica ai cittadini di paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per *«motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale»*.

Dalle protezioni *«caritatevoli o umanitarie»* di diritto interno dei singoli Stati occorre tener distinta la facoltà riconosciuta agli Stati membri di stabilire o mantenere disposizioni più favorevoli, purché compatibili con la normativa dell'Unione, sia sotto il profilo sostanziale, e cioè in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria,

nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale (art.3 della «Direttiva qualifiche» n.95 del 2011), sia sotto il profilo procedurale, in ordine alle procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di protezione internazionale (art.3 della «Direttiva procedure» n.32 del 2013).

L'art.3, par.3, della Direttiva n.32 del 2013 consente infine agli Stati membri di decidere di applicare la «Direttiva procedure» anche nei procedimenti di esame di domande intese a ottenere qualsiasi forma di protezione che esula dall'ambito di applicazione della «Direttiva qualifiche» e quindi anche in relazione alle forme di tutela cosiddette «*caritatevoli o umanitari*» di diritto interno.

Ben vero, il Regolamento Dublino III, conformemente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, attribuisce al rispetto della vita familiare il rilievo di criterio fondamentale nella sua applicazione («*considerando*» 14) e modula conseguentemente la sua disciplina per consentire il trattamento congiunto delle domande di protezione internazionale degli appartenenti alla stessa famiglia da parte di un unico Stato membro, come previsto dai «*considerando*» dal 15 al 17 e dalla serie di disposizioni del Capo III, articoli da 7 a 11.

6.3. Le interferenze fra i due sistemi.

La disciplina dell'interferenza fra i due sistemi relativi al riconoscimento della protezione internazionale armonizzata di diritto europeo e della protezione complementare di diritto nazionale potrebbe atteggiarsi in termini di indipendenza e indifferenza reciproca ovvero di interdipendenza e pregiudizialità.

Il nostro attuale sistema di protezione non esclude che la protezione speciale possa essere richiesta e valutata separatamente (art. 19, comma 1.2, secondo periodo, d.lgs. 286 del 1998).

In passato, la stessa composizione della sezione specializzata mutava da collegiale e monocratica se il ricorso giurisdizionale verteva solo sulla protezione umanitaria. Tanto che la Cassazione ha puntualizzato che nella vigenza dell'art. 3, comma 1, lett. d) e comma 4, d.l. n. 13 del 2017, convertito nella legge n.46 del 2017, successivamente modificato dall'art. 1, comma 3, lettera a) del d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018, qualora sia stata proposta esclusivamente la domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia appartiene alla sezione specializzata del Tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario *ex art. 281-bis* ss. c.p.c. o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis* ss. c.p.c. e pronuncia sentenza o ordinanza impugnabile in appello, atteso che il rito previsto dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, con le peculiarità che lo connotano (composizione collegiale della sezione specializzata, procedura camerale e non reclamabilità del decreto), ha un ambito di applicazione espressamente limitato alle controversie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 e a quelle relative all'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino²⁷.

²⁷ Sez. I, n. 16458 del 19.06.2019.

Attualmente l'art.19, comma 1.2., del d.l. 286 del 1998²⁸ stabilisce che nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il Questore, previo parere della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilasci un permesso di soggiorno per protezione speciale. È così previsto un circuito autonomo per il rilascio del permesso per protezione speciale indipendente dalla richiesta di protezione internazionale.

6.4. Indipendenza o pregiudizialità?

Il quesito circa le relazioni fra la protezione speciale e il sistema Dublino non è semplice e occorre procedere per ipotesi.

In linea generale non sembra, però, sostenibile che le regole di riparto fra gli Stati membri della competenza in tema di domande di protezione internazionale, contenute nel Regolamento dell'Unione possano essere sensibili e dipendere dalle richieste dei richiedenti asilo delle forme di protezione complementare previste dalle varie legislazioni nazionali.

Pertanto la presentazione di una domanda di protezione umanitaria o speciale, di natura complementare, beninteso, al di fuori dei casi in cui il Regolamento n.604 del 2013 assegna rilievo alla tutela dei rapporti familiari, non potrebbe determinare un diritto assoluto di non essere trasferiti altrove, presso lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale già proposta dal richiedente.

In tale prospettiva si potrebbe valorizzare la natura prettamente «complementare» delle forme di protezione nazionali «minori», che si applicano nella misura in cui non sia riconoscibile la protezione internazionale europea, per trarne la conseguenza che se una procedura europea è in corso, la protezione complementare debba essere chiesta in quello Stato.

In altri termini, poiché si tratta di protezione complementare, allorché il ricorrente ha chiesto la protezione internazionale e non vi ha rinunciato, potrebbe essere ritenuto prioritario l'esame della domanda di protezione internazionale, ovviamente secondo le regole di competenza del Regolamento Dublino III; allo Stato membro competente il richiedente potrebbe chiedere anche la protezione complementare.

Se il richiedente invece vuol chiedere la protezione complementare all'Italia, quando essa non è lo Stato membro competente per la domanda di protezione internazionale, per esempio perché *medio tempore* vi si è radicato, creandosi una vita privata e familiare, dovrebbe aspettare l'esame della domanda principale e pregiudiziale sulla protezione internazionale.

Oppure, seguendo un diverso percorso argomentativo, si potrebbe, in alternativa, ipotizzare che non sussista alcuna interferenza fra le due procedure, suscettibili di seguire separatamente il loro corso. In questa prospettiva le autorità italiane potrebbero esaminare la domanda e rilasciare il permesso per protezione speciale a prescindere dal corso e dall'esito della domanda di protezione internazionale che seguirebbe le sorti e le competenze disegnate dal Regolamento Dublino III; ovvero ancora, in considerazione della sua natura sussidiaria e residuale, che scaturisce dallo stigma di complementarità

²⁸ Comma inserito dall'articolo 1, comma 1, lettera e), numero 2), del d.l. 21.10.2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla legge 18.12.2020, n. 173.

della tutela, il procedimento nazionale in tema di protezione speciale potrebbe essere sospeso fin visto l'esito dell'altro, sino al diniego non più impugnabile, e proseguire solo successivamente.

L'argomento presenta stretta attinenza con il tema sottoposto alla Corte di Giustizia dall'ordinanza del Tribunale di Firenze, basato sulla maggior estensione del diritto di asilo costituzionale riconosciuto dall'art.10, comma 3, della Costituzione italiana rispetto alla tutela accordata dal diritto dell'Unione, trattato nell'ordinanza anche con riferimento alla cosiddetta «dottrina dei controlimiti», e con l'ulteriore tema, pure toccato dalla predetta ordinanza, dell'ammissibilità per il diritto dell'Unione delle tutele complementari attribuite da normative nazionali che accordino il diritto d'asilo in misura più ampia rispetto alle norme europee.

Questi argomenti, pur suggestivi, non paiono però spesi in modo pertinente, anziché per giustificare l'attribuzione allo straniero della protezione più generosamente concessa dall'ordinamento italiano, per sollecitare alla Corte di Giustizia l'interpretazione del diritto dell'Unione e in particolare per incidere sulla corretta lettura delle norme distributive della competenza all'esame delle domande di protezione internazionale armonizzata.

Il diritto dell'Unione certamente consente all'Italia, come agli altri Stati membri, in conformità ai loro ordinamenti costituzionali, sia di riconoscere il diritto di asilo in modo più generoso rispetto alle regole comuni europee, sia di concedere forme di tutele complementari più incisive a favore di stranieri migranti che versano in situazione di particolare disagio sotto il profilo dei diritti umani. Non è affatto evidente, però, il fondamento giuridico delle ipotizzate ricadute di tali forme di tutela sulle regole europee circa la distribuzione della competenza all'esame delle domande di protezione internazionale, soggetta a una disciplina regolamentare uniforme.

6.5. Una ipotesi di distinzione: la domanda già definitivamente rigettata.

Una diversa soluzione degli interrogativi proposti potrebbe essere individuata distinguendo fra le varie ipotesi previste dall'art.18 del Regolamento n.604 del 2013²⁹.

L'art.18 prevede che lo Stato membro competente sia tenuto a:

a) prendere in carico, alle condizioni specificate negli articoli 21, 22 e 29, il richiedente che ha presentato domanda in un altro Stato membro;

²⁹ L'art. 27, par.1, del Regolamento 604 del 2013 riconosce il diritto al ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale avverso le decisioni di trasferimento in capo al «richiedente» [come definito dall'art.2, par.1, lettera c)] o ad altra persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera c) o d). Nei casi di cui alle lettere a) e b) vi è sicuramente un soggetto richiedente ai sensi dell'art.2, mentre il richiamo ai casi di cui alle lettere c) e d) ha la funzione di garantire il diritto al ricorso anche a quei soggetti che non potrebbero essere considerati richiedenti o per aver ritirato la domanda [lettera c)] o perché sulla loro domanda è scesa decisione definitiva ([in parte lettera d)].

Il «considerando» 19, più in generale, assicura una protezione efficace dei diritti degli interessati e prevede che si debba garantire il diritto a un ricorso effettivo avverso le decisioni relative ai trasferimenti verso lo Stato membro competente, ai sensi, in particolare, dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia relativamente all'applicazione del Regolamento Dublino II, sia relativamente alla situazione giuridica e fattuale dello Stato membro di trasferimento.

Nel diritto interno l'art. 3 del d.l. n.13 del 17.2.2017, alla lettera *e-bis* del comma 1, aggiunto dall'articolo 1, comma 1, della legge 13 aprile 2017 n. 46, in sede di conversione, attribuisce alla competenza delle sezioni specializzate le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013.

- b) riprendere in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, il richiedente la cui domanda è in corso d'esame e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno;
- c) riprendere in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, un cittadino di un paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d'esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno;
- d) riprendere in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, un cittadino di un paese terzo o un apolide del quale è stata respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno.

I primi tre casi [di cui alle lettere a), b) e c)] riguardano ipotesi in cui l'esame della domanda di protezione internazionale deve essere attivato o riattivato dallo Stato membro competente; non a caso, il par.2 prevede che nei casi di cui alle lettere a) e b), lo Stato membro competente esamini o porti a termine l'esame della domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente; nei casi di cui alla lettera c), di interruzione dell'esame della domanda per ritiro da parte del richiedente prima di una decisione sul merito di primo grado, lo Stato membro competente deve garantire il completamento dell'esame o la ripresentazione della domanda.

Il quarto caso, *sub* d), riguarda l'ipotesi del rigetto della domanda di protezione internazionale; il par.3 dell'art.18 aggiunge che, qualora la domanda sia stata respinta solo in primo grado, lo Stato membro competente assicura che l'interessato abbia o abbia avuto la possibilità di ricorrere a un mezzo di impugnazione efficace ai sensi dell'articolo 46 della direttiva 2013/32/UE.

Nei casi in cui il rigetto della domanda sia definitivo per il mancato o infruttuoso esperimento dei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento dello Stato membro competente, conformi allo *standard* di efficacia di cui all'art.46 della Direttiva n.32 del 2013, la ripresa in carico del richiedente non mira a un esame o a un riesame della domanda di protezione internazionale.

In quel caso la richiesta di ripresa in carico tende solo ad affidare allo Stato membro competente le procedure di rimpatrio dello straniero, come chiarisce il par.4 dell'art.24, secondo il quale qualora una persona di cui all'articolo 18, par. 1, lettera d), la cui domanda di protezione internazionale sia stata respinta con decisione definitiva in uno Stato membro, si trovi nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno, quest'ultimo Stato membro può chiedere al primo Stato membro di riprendere in carico l'interessato o di avviare una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE.

Non vi sarebbe quindi in questo caso una ragione dipendente dalle regole di competenza nell'esame della domanda di protezione che impedisca l'esame immediato da parte dello Stato italiano della domanda di protezione complementare di diritto nazionale.

In tal caso vi è da chiedersi se il giudice dell'impugnazione *ex* art.27 del Regolamento Dublino III possa considerare illegittimo il provvedimento di trasferimento emesso dall'autorità amministrativa in violazione del diritto soggettivo del richiedente asilo all'esame della sua domanda di protezione complementare, anche e soprattutto a tutela

del suo diritto alla vita privata e familiare *ex* art.8 CEDU e 7 della Carta dei diritti fondamentali, rispetto al quale potrebbe apprezzarsi come doverosa l'attivazione della clausola discrezionale.

In caso di risposta positiva a tale interrogativo, parrebbe logico e ragionevole che il giudice dell'impugnazione, senza alcun automatismo, in effetti non previsto dalla legge, valuti incidentalmente il *fumus boni iuris* della domanda di protezione speciale con cui sia stata fatta valere una istanza di tutela della vita privata e familiare dello straniero radicato in Italia, quale presupposto della necessità di attivazione della clausola di discrezionalità.