

Il ruolo del giudice nazionale nel sistema Dublino per la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione.

I cinque rinvii pregiudiziali dei giudici italiani alla Corte di giustizia dell'Unione europea passano in decisione.

di Luca Perilli

coordinatore della sezione specializzata per la protezione internazionale del Tribunale di Trento

Per il giorno 19 gennaio 2023 è prevista la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott in cinque procedimenti riuniti (C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328-21), avviati davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) da cinque rinvii pregiudiziali di giudici italiani riguardanti l'interpretazione del Regolamento Dublino III.

L'articolo analizza le questioni sottoposte all'esame della Corte che vanno al cuore del ruolo del giudice nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione e il rafforzamento della *Rule of Law* nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

Sommario: Premessa. **A.** Il sistema Dublino. / **A.1** Da Dublino II a Dublino III: irrompono i diritti fondamentali. / **A.2** Il Regolamento Dublino III affida al giudice nazionale la tutela dei diritti fondamentali. / **A.3** Il ricorso effettivo, in fatto e in diritto, al giudice nazionale. / **B.** I rinvii pregiudiziali italiani. / **C.** In attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale e verso la decisione della Corte di giustizia / **C.1** La questione dell'ampiezza dell'oggetto del ricorso al giudice. / **C.2** La possibilità di intervento del giudice anche al di fuori delle carenze sistemiche. / **C.3** Il divieto di trattamenti inumani e degradanti riguarda anche il *refoulement* indiretto. / **C.4** La rilevanza della situazione di fatto. L'eccezione degli Stati Membri. **C.5** Il *ne bis in idem*. L'eccezione degli Stati Membri. / **C.6** Il rimedio. / Conclusioni

Premessa

Per il giorno 19 gennaio 2023 è prevista la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott in cinque procedimenti riuniti (C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328-21), avviati davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) da cinque rinvii pregiudiziali di giudici italiani, rispettivamente: la Corte di cassazione, il Tribunale di Roma, il Tribunale di Firenze, il Tribunale di Milano e il Tribunale di Trieste.

I cinque rinvii riguardano l'interpretazione di alcune norme del Regolamento Dublino III e sono stati sollevati, a breve distanza l'uno dall'altro, nella primavera del 2021.

Le questioni, di cui si darà conto in seguito, sollevate da tre tribunali **(1)** riguardano il cosiddetto *refoulement* indiretto e vanno al cuore del ruolo del giudice nazionale per la tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta).

La dottrina **(2)** guarda alla posizione dei Tribunali italiani come una sfida al principio strutturale della reciproca fiducia tra i Paesi membri dell'Unione europea **(3)**.

1 Roma, Firenze e Milano.

2 Marcella FERRI, *To trust or not to trust in case of indirect refoulement? Una nuova sfida per il principio di fiducia reciproca nel sistema Dublino*, in questa rivista, 26 ottobre 2021

3 Il *mutual trust* è un principio strutturale del sistema costituzionale dell'Unione europea, secondo quanto affermato nel parere reso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea il 18 dicembre 2004 con riferimento al

Il principio del *mutual trust*, presupposto per il funzionamento dei meccanismi di cooperazione stabiliti dal Regolamento Dublino, si fonda sul postulato per cui tutti gli Stati membri sono «Stati sicuri per i cittadini di Paesi terzi» **(4)** che presentino una domanda di protezione internazionale e, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sulla presunzione che tutti gli Stati membri garantiscano un eguale livello di tutela dei diritti fondamentali e del rispetto della *Rule of Law*.

In questo articolo saranno considerate le questioni che la Corte di giustizia è chiamata a risolvere e le possibili risposte della Corte, al fine di dimostrare che, invece, i temi posti dai giudici italiani vanno nella direzione del rafforzamento delle garanzie e dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione e, in definitiva, del rafforzamento della *Rule of Law* e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea.

Lesivi del principio di leale cooperazione, sui cui si basa il funzionamento di Dublino, appaiono piuttosto le recenti decisioni unilaterali del Governo italiano di sospensione temporanea dei trasferimenti verso l'Italia **(5)**.

A. Il sistema Dublino.

Il sistema Dublino (di seguito: Dublino) consiste in una procedura di cooperazione tra gli Stati dell'Unione europea (UE) **(6)** per la determinazione del Paese competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo.

Dublino ha avuto origine in un accordo internazionale del 1990 **(7)**, poi trasformato nel 2003 nel Regolamento UE n. 343 (noto come Regolamento Dublino II) **(8)**, infine sostituito nel 2013 dall'attuale Regolamento n. 604 (Dublino III) **(9)**.

Il sistema Dublino si colloca nel contesto nel più ampio Sistema Comune Europeo dell'Asilo (CEAS), un quadro legislativo istituito dall'UE che si compone di fonti primarie e secondarie e che è basato sulla conformità alla Convenzione di Ginevra delle Nazioni Unite del 1951 sullo status dei rifugiati **(10)**, come modificata dal Protocollo del 1967 **(11)**. Alla Convenzione e al Protocollo hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Il CEAS stabilisce norme comuni in materia di qualifiche e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria e crea uno spazio comune europeo per la protezione internazionale.

Nell'ambito del CEAS, la procedura Dublino è ispirata dalle finalità politiche di controllare i movimenti secondari dei richiedenti protezione e di prevenire la proposizione di domande di protezione internazionale multiple. I movimenti secondari sono gli spostamenti da uno Stato all'altro

Progetto di accordo per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, punto 168.

4 Preambolo del Regolamento Dublino III, considerando 3.

5 Con circolare del 5 dicembre 2022, indirizzata a tutte le "Unità Dublino" dei Paesi dell'Unione europea (UE), il capo dell'Unità Dublino del Ministero dell'Interno italiano ha comunicato, con decisione unilaterale, la sospensione temporanea, a cominciare dal giorno successivo, dei "trasferimenti Dublino" verso l'Italia, con la sola eccezione dei trasferimenti per ragioni di ricongiungimento familiare e di minori non accompagnati. Il Ministero dell'Interno italiano ha motivato la decisione con improvvise ragioni tecniche collegate all'indisponibilità di strutture di accoglienza (*due to suddenly appeared technical reasons related to unavailability of reception facilities*).

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

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

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

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

10 Entrata in vigore il 22 aprile 1954.

11 Entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

dell'Unione dei richiedenti protezione, determinati dai motivi più diversi: generosità del sistema di accoglienza dei Paesi europei, opportunità di studio o lavoro, possibilità di accesso alla protezione nazionale, ricongiungimenti familiari, la presenza di comunità di connazionali, la congenialità del luogo ma anche dal motivo di sfuggire ad un'espulsione dal territorio dell'Unione in conseguenza del rigetto della domanda di protezione internazionale.

Il divieto di domande multiple corrisponde alla regola per la quale, nel contesto del CEAS, vi deve essere un unico Stato competente all'esame della singola domanda di protezione internazionale, da individuarsi secondo il principio della responsabilità dello Stato di primo ingresso, fatti salvi criteri ulteriori ispirati dalla tutela dei minori e dell'unità familiare (articoli 8-11 di Dublino III).

L'amministrazione pratica della cooperazione segue regole piuttosto rigide per l'"allocazione" dei richiedenti protezione, in attuazione delle quali la repressione dei movimenti secondari è realizzata con il rinvio allo Stato competente del richiedente che si sia spostato in uno Stato diverso. L'unico Stato competente ad esaminare la domanda di protezione dovrà così «prendere in carico» (art. 18, par. 1, lett. a di Dublino III) il richiedente, quando sia accertata la sua competenza ad esaminare la prima domanda di protezione oppure dovrà «riprenderlo in carico» (art. 18, par. 1, lett. b, c e d) quando in questo Stato il richiedente abbia presentato una prima domanda di protezione che sia pendente o sia stata definita e presenti successivamente un'altra domanda in uno Stato diverso.

Presa e ripresa in carico sono gestite, appunto, attraverso procedure di cooperazione, disciplinate con termini stringenti dal Regolamento e amministrare dalle Unità Dublino dei rispettivi Paesi.

Lo strumento Dublino è da tempo l'oggetto di discussioni politiche e di proposte di cambiamento **(12)**, promosse principalmente dagli Stati più esposti al primo ingresso che sopportano uno squilibrio nelle responsabilità, dovendosi far carico di controllare le frontiere nell'interesse dell'intera Unione, dell'accoglienza e della procedura d'asilo; ma anche in considerazione del fatto che, a dispetto della progressiva diminuzione delle domande d'asilo dopo il picco dell'anno 2016 **(13)**, i movimenti secondari sono invece progressivamente aumentati **(14)**, così come sono aumentate le domande multiple di protezione **(15)**. Gli Stati di primo ingresso invocano l'attuazione dell'articolo 80 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che stabilisce i principi di solidarietà e di «equa ripartizione della responsabilità» tra gli Stati membri.

A.1 Da Dublino II a Dublino III: irrompono i diritti fondamentali.

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

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

12 Si veda Chiara FAVILLI, *l'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in questa rivista.

13 Secondo i dati Eurostat, reperibili al seguente link [Annual asylum statistics - Statistics Explained \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&code=sdg_8_10_10), le domande di asilo presentate nell'Unione europea negli ultimi anni sono state: 1.221.200 nel 2016, 677.500 nel 2017, 625.600 nel 2018, 698.800 nel 2019, 471.300 nel 2020 e 535.045 nel 2021.

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

15 Secondo il rapporto EU-Lisa, Eurodac del 2019, reperibile al seguente link: [Eurodac Annual Report 2019 \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eurodac-reports/eurodac-annual-report-2019), nel 2019 in Eurodac sono state registrate 592.691 domande di protezione internazionale. Di queste, il 32% erano domande multiple (190.201). Un trend analogo è stato registrato nel 2020 con 134.456 domande multiple su 401.590 registrate in Eurodac, pari al 33%. Si veda il rapporto EU-Lisa, Eurodac del 2020, [Eurodac AR 2020.pdf \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eurodac-reports/eurodac-annual-report-2020).

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

Il Regolamento Dublino II non contemplava un sistema di garanzie volte a consentire al richiedente protezione una partecipazione informata alla procedura. Esso inoltre non prevedeva dei rimedi per il caso in cui il trasferimento forzoso da un Paese ad un altro determinasse la violazione dei diritti fondamentali della persona, non solo per la limitazione della sua libertà personale conseguente all'esecuzione del trasferimento stesso ma anche per l'incidenza dello spostamento, contro la sua volontà, sulle sue condizioni esistenziali e in mancanza di un diverso progetto di vita. Esso non prevedeva, infatti, la possibilità per il richiedente di rivolgersi ad un giudice per la tutela dei propri diritti individuali ma solo un meccanismo di «ricorso o revisione» (articolo 19.2 di Dublino 2) sui criteri di competenza.

La carenza della possibilità di ricorso ad un giudice si è dimostrata incompatibile con il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, a seguito dell'acquisizione del carattere obbligatorio della Carta, chiamata in causa frequentemente dall'ampiezza del Sistema Comune Europeo dell'Asilo.

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

Con la “storica” decisione *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (16), la Corte EDU ha stabilito che il trasferimento in Grecia, secondo il sistema Dublino II, di un richiedente protezione avrebbe determinato la lesione del suo diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti in violazione dell' art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) a causa delle carenze sistemiche delle condizioni di accoglienza del Paese di destinazione ed ha invitato il Belgio a fare uso della cd. “clausola di sovranità” per affermare la propria competenza sulla domanda di asilo.

La clausola di sovranità è una misura di salvaguardia, prevista tanto in Dublino II (art. 3.2) quanto in Dublino III (art. 17), per la quale «ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda [...] anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti dal Regolamento», con valutazione discrezionale disancorata da specifiche condizioni.

L'indirizzo della Corte EDU è stato raccolto, sia pure parzialmente, pochi mesi dopo anche dalla CGUE nella decisione *N.S.* (17), con la quale essa, richiamando l'articolo 4 della Carta e interpretando l'articolo 19 paragrafo 2 dell'allora vigente Regolamento Dublino II, relativo al diritto al ricorso o revisione (oggi previsto come diritto al ricorso effettivo dall'articolo 27 paragrafo 1 di Dublino III), ha affermato che «al fine di permettere all'Unione e ai suoi Stati membri di rispettare i loro obblighi di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, 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 dell'art. 4 della Carta” dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (paragrafo 94).

Tuttavia, la Corte, rispondendo a una delle questioni sollevate nel rinvio pregiudiziale, non ha individuato nel ricorso alla clausola di sovranità il rimedio alla violazione, stabilendo che il rimedio debba essere invece cercato nell'ambito delle norme del Regolamento riguardanti la determinazione della competenza.

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

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

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

- a) Il primo principio è quello per il quale il meccanismo di cooperazione, che si basa sul principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, non ha carattere inderogabile ma incontra delle limitazioni quando la presunzione di pari tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, sui cui esso si fonda, sia smentita dai fatti. Nel caso *NS* questi fatti erano relativi a “carenze sistemiche” delle condizioni di accoglienza del Paese di destinazione che comportavano il rischio di violazione del divieto assoluto, stabilito dalla Carta, di trattamenti inumani e degradanti.
- b) Con il secondo principio, la Corte ha stabilito che la persona trasferita, che lamenti il rischio di essere soggetta a trattamenti inumani e degradanti, deve avere accesso ad un rimedio giurisdizionale contro la decisione di trasferimento; questo rimedio deve essere effettivo (articolo 47 della Carta).

Il caso non ha offerto tuttavia l'occasione per chiarire se l'accesso al rimedio effettivo sia consentito solo in presenza di carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza o delle procedure d'asilo che comportino il rischio di trattamenti inumani e degradanti o anche nel caso in cui la persona corra di rischio di patire un qualsiasi trattamento inumano e degradante vietato dalla Carta, abbia esso origine in cause generali o sistemiche oppure anche in ragioni di carattere individuale, ovvero se il rimedio effettivo possa essere invocato persino in caso di rischio di violazione di altri diritti fondamentali protetti dalla Carta.

- c) Il terzo principio riguarda il rimedio utilizzabile nel caso di rischio di violazione dell'art. 4 della Carta. La CGUE, a differenza della Corte EDU, non ha individuato la soluzione nell'attivazione della clausola di sovranità ma ha invitato il giudice nazionale a cercare il rimedio nelle norme sulla competenza contenute nel Regolamento.

A.2 Il Regolamento Dublino III affida al giudice nazionale la tutela dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza della CGUE nel caso *N.S.* ha poi trovato spazio nel testo del Regolamento Dublino III.

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

Poi, nel testo, sono stati introdotti l'articolo 3.2 che contiene un rimedio specifico per il rischio di trasferimento verso un Paese affetto da carenze sistemiche nelle procedure di asilo o nelle condizioni di accoglienza e l'articolo 27 che prevede il diritto ad un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, con esame in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale. Lo stesso articolo 27 regola i principali aspetti della procedura del ricorso al giudice, lasciando tuttavia un margine di intervento all'autonomia procedurale degli Stati membri.

È stata mantenuta la clausola di salvaguardia nell'art. 17 sotto il titolo di “clausole discrezionali”, anche se la sua interpretazione appare limitata dal *considerando* 17 che subordina la possibilità di deroga ai criteri di competenza del Regolamento, “per motivi umanitari e caritatevoli”, ai fini specifici «di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela».

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

A.3 Il ricorso effettivo, in fatto e in diritto, al giudice nazionale.

Il *considerando* 19 del Regolamento rende chiaro che, ai sensi dell'articolo 47 della Carta, è opportuno che il ricorso effettivo avverso le decisioni di trasferimento verta tanto sull'esame dell'applicazione del Regolamento quanto «sull'esame della situazione giuridica e fattuale» dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito.

Il diritto al ricorso giurisdizionale contro la decisione di trasferimento riguarda, dunque, tanto il diritto quanto il fatto: il giudice non è, pertanto, chiamato ad operare un mero controllo sull'applicazione di regole procedurali di cooperazione, quanto piuttosto ad interpretare e applicare queste regole alla luce della situazione di fatto sottostante, anche relativa al Paese di destinazione (articolo 3.2.), che il giudice indagherà ricorrendo anche al potere/dovere di cooperazione ufficiosa, come previsto in via generale, per la materia della protezione internazionale, dalla Direttiva Procedure **(18)**.

B. I rinvii pregiudiziali italiani.

Con questioni di fatto e di interpretazione delle norme del Regolamento e del CEAS riguardanti la tutela dei diritti fondamentali del richiedente protezione si sono dovuti confrontare i Tribunali di Roma **(19)** Milano **(20)** e Firenze **(21)** che, nella primavera del 2021, hanno sollevato tre rinvii pregiudiziali di fronte alla Corte di giustizia per ottenere chiarimenti interpretativi sul Regolamento con riferimento alla questione del *refoulement indiretto*.

I procedimenti sono riuniti a quelli originati da altri due rinvii pregiudiziali sollevati nello stesso periodo dalla Corte di cassazione **(22)** e dal Tribunale di Trieste **(23)** con questioni (affrontate anche dal rinvio del Tribunale di Milano ed uno successivo del Tribunale di Bologna) riguardanti l'estensione e la rilevanza degli obblighi informativi verso il richiedente protezione in caso di ripresa in carico e sui rimedi in caso di violazione del diritto all'informazione: se annullamento dell'ordine di trasferimento oppure affermazione della competenza dello Stato.

Il presente articolo si concentra sulle questioni riguardanti il *refoulement* indiretto o a catena, relativo al caso in cui il richiedente protezione sia destinato ad essere espulso dal Paese che ha accettato il trasferimento verso un Paese terzo, spesso il Paese di origine, in conseguenza del rigetto della domanda di protezione internazionale. La questione di fatto si pone nel caso in cui il ricorrente affermi che il rimpatrio lo esponga al rischio di trattamenti inumani e degradanti a causa della sua situazione individuale o per l'esistenza, nella zona di rimpatrio, di conflitti armati interni o internazionali che generano violenza generalizzata. La questione si è posta, ad esempio, per i trasferimenti Dublino dall'Italia alla Germania o alla Svezia di cittadini afgani che, dopo il rigetto della domanda di protezione internazionale in Germania o Svezia, si erano portati in Italia al fine di evitare il rimpatrio in Afghanistan.

Il movimento secondario è motivato dai diversi tassi di riconoscimento della protezione internazionale ai richiedenti asilo provenienti dall'Afghanistan, i quali oscillano tra il 98% dell'Italia e il 24% della Bulgaria **(24)**, per citare i due poli estremi. Le ragioni di tale diversità di giudizio sono dovute non solo al diverso livello di indipendenza degli organi decidenti nei diversi Stati membri ma

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

19 Tribunale di Roma, Sez. XVIII immigrazione, ordinanza di rimessione del 12.04.2021.

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

21 Tribunale di Firenze, Sez. Protezione internazionale, ordinanza di rimessione del 29.04.2021.

22 Cass., Sez. II, ordinanza di rimessione del 29.03.2021.

23 Tribunale di Trieste, Sez. Immigrazione, ordinanza di rimessione del 02.04.2021.

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

anche alla diversa applicazione del concetto di *internal protection alternative*, prevista dalla Direttiva Qualifiche **(25)**.

Le questioni interpretative del Regolamento sottoposte dai Tribunali alla Corte possono essere riassunte come segue.

- 1.. Se la deroga al principio di presunzione di pari tutela dei diritti fondamentali valga solo nel caso di carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza o delle procedure di asilo nel Paese di destinazione, oppure se il giudice dello Stato in cui il richiedente ha proposto ricorso possa prendere in considerazione altri casi di rischio di violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.
2. Se la considerazione di tale rischio possa valere, appunto, anche nel caso del *non refoulement* indiretto o a catena.
3. Se non contrasti con il Sistema Comune Europeo di Asilo e con il principio di *mutual trust* il riesame di una domanda che sia stata già respinta da un altro Stato membro sul presupposto dell'inesistenza del rischio di trattamento inumano e degradante.
4. In caso di rilevanza del principio del *refoulement indiretto*, quale sia il rimedio che il giudice debba adottare: se debba stabilire la competenza del proprio Stato ad esaminare la domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento Dublino III ovvero se sia obbligato ad attivare la clausola discrezionale dell'art. 17.

C. In attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale e verso la decisione della Corte di giustizia

C.1 La questione dell'ampiezza dell'oggetto del ricorso al giudice.

L'esame nel merito delle questioni sollevate dai Tribunali italiani presuppone che sia risolto positivamente il dubbio circa la loro deducibilità, nel contesto del Regolamento, davanti al giudice nazionale del rimedio effettivo. La risposta al dubbio si può ritrovare nella stessa giurisprudenza della Corte.

La mutata prospettiva caratterizzante il ricorso previsto dall'articolo 27 del Regolamento Dublino III, rispetto al sistema di "revisione" precedente, è stata inquadrata dalla CGUE nella sentenza *Ghezelbash* **(26)**, con la quale la Corte ha stabilito che la norma del Regolamento non pone limitazioni circa gli argomenti deducibili dal richiedente nel ricorso, in conformità con il principio dell'articolo 47 della Carta per il quale ciò che conta è che la tutela sia effettiva e pertanto idonea a tutelare i diritti attribuiti al richiedente dal CEAS. Ne consegue che il ricorrente può utilizzare il ricorso anche per dedurre violazioni dei suoi diritti diverse dal rischio di trattamenti inumani e degradanti che conseguano alle carenze sistemiche previste dall'articolo 3.2 del Regolamento.

Inoltre, nella coeva sentenza *Karim* **(27)**, la Grande sezione ha sancito che il ricorso contro la decisione di trasferimento può avere a oggetto l'esame dell'applicazione del Regolamento Dublino e, quindi, non solo le regole di competenza definite del capo III. Conseguentemente, esso può avere ad oggetto i "diritti partecipativi" che sono strumentali ad una tutela effettiva. Ciò è stato poi ulteriormente chiarito dalla Corte nella sentenza *Mengesteab* **(28)** con l'affermazione per la quale con il ricorso dell'art. 27 può essere anche dedotto l'errore nell'applicazione di una norma procedurale del Regolamento.

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

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

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

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

Il quadro di definizione dell'ampiezza dell'oggetto del rimedio effettivo è stato poi completato dalla CGUE con le decisioni *Shiri* (29) e *H.A.* (30), nelle quali la Corte ha affermato la possibilità per il richiedente di far valere anche circostanze verificatesi successivamente all'adozione della decisione di trasferimento e che siano rilevanti ai fini di una corretta applicazione del Regolamento stesso, sempre nell'ottica della tutela giurisdizionale effettiva.

- L'analisi della giurisprudenza della Corte porta così a concludere che il rischio di soggezione a trattamenti inumani o degradanti, in conseguenza del *refoulement* successivo al trasferimento, è deducibile di fronte al giudice nazionale.

C.2 La possibilità di intervento del giudice anche al di fuori delle carenze sistemiche

La seconda questione riguarda l'ambito di intervento del giudice nazionale e in particolare se esso sia possibile oltre il limite testuale dell'articolo 3.2 del Regolamento che prevede un rimedio nel solo caso di carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza e di accesso alle procedure di asilo.

Anche in questo caso è possibile cercare la risposta positiva in due precedenti della Corte di giustizia.

Nella sentenza *CK. HF. AS.* contro Repubblica di Slovenia, emessa dalla quinta sezione il 16 febbraio 2017 nel caso C-353/16 (punti 90-93), la CGUE ha chiarito che esiste un dovere del giudice di intervento, in presenza di un rischio individuale di soggezione a trattamenti inumani e degradanti, anche in assenza di carenze sistemiche.

Nel caso *CK.*, una donna siriana ha opposto il suo trasferimento dalla Slovenia alla Croazia facendo valere la sua situazione di salute per una diagnosi di stato di depressione *post partum*, con tendenze suicide periodiche. La Corte ha affermato che una lettura dell'articolo 3.2 di Dublino III limitata alla considerazione delle carenze sistemiche «sarebbe inconciliabile con il carattere generale dell'articolo 4 della Carta, che vieta i trattamenti inumani o degradanti in ogni loro forma. D'altra parte, sarebbe manifestamente incompatibile con il carattere assoluto di questo divieto che gli Stati membri possano ignorare un rischio reale e acclarato di trattamenti inumani o degradanti che incombono su un richiedente asilo adducendo quale pretesto che esso non risulta da una carenza sistemica dello Stato membro competente» (paragrafo 93).

Con la sentenza *CK* la Corte di giustizia ha preso spunto dalla formulazione dell'articolo 3.2 del Regolamento Dublino III per allineare la propria giurisprudenza a quella adottata dalla Corte EDU nella precedente sentenza del 4 novembre 2014 - *Tarakhel* contro Svizzera -, con cui la Corte di Strasburgo ha affermato che i trasferimenti da uno Stato all'altro non devono esporre le persone ad un rischio reale di subire una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione ed innanzitutto del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, e ciò a prescindere dalla fonte dell'obbligo di trasferimento.

La Corte di giustizia, in *C.K.*, di fronte al rischio di violazione di un divieto assoluto quale quello dei trattamenti inumani e degradanti, ha dunque fatto un significativo passo avanti verso il superamento della dottrina della rilevanza delle sole delle carenze sistemiche, a favore di una valutazione che consideri ulteriori condizioni anche individuali del richiedente, pur rimarcando l'eccezionalità del caso. La Corte non ha colto tuttavia l'occasione per fare chiarezza sul rimedio utilizzabile, invitando gli stati Membri a ricorrere a meccanismi informali di cooperazione che fossero idonei ad elidere il rischio nel caso concreto. Essa sembra invece escludere il ricorso alla clausola discrezionale, affermando che l'articolo 17, paragrafo 1 del Regolamento, letto alla luce dell'articolo 4 della Carta, non può essere interpretato nel senso di obbligare lo Stato membro, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, ad applicare detta clausola (31).

Il quadro è stato poi arricchito dalla sentenza *Jawo* della Grande sezione della Corte del 19 marzo 2019 (32) che riguardava un caso di trasferimento di un cittadino del Gambia dalla Germania all'Italia, sollevato davanti alla Corte dal rilievo del giudice tedesco, secondo il quale i beneficiari di

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

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

31 CGUE, *C.K.*, cit., punto 96.

32 CGUE, Grande sezione, *Jawo*, 19 marzo 2019, causa C-163/17.

protezione internazionale in Italia sarebbero esposti al rischio di una vita ai margini della società e nell'indigenza per l'inadeguatezza del sistema sociale italiano. Accogliendo lo spunto, la Corte ha attribuito rilevanza al rischio di soggezione a trattamenti inumani e degradanti non solo in occasione del trasferimento del richiedente protezione (come nel caso *C.K.*) ma anche a seguito di questo, affermando il seguente principio: «sebbene l'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento Dublino III contempra soltanto la situazione all'origine della sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S.* e a. (...), ossia quella in cui il rischio reale di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta, risulti da carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nello Stato membro che, ai sensi di tale Regolamento, è designato come competente per l'esame della domanda, tuttavia dai punti 83 e 84 della presente sentenza, nonché dal carattere generale e assoluto del divieto di cui all'articolo 4, deriva che il trasferimento di un richiedente verso tale Stato membro è escluso in tutte le situazioni in cui esistano motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un simile rischio in occasione del suo trasferimento o a seguito di questo» **(33)**.

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

- I precedenti della Corte portano a ritenere che il giudice nazionale, investito da un ricorso contro un ordine di trasferimento, debba intervenire per prevenire ogni rischio di soggezione del richiedente protezione a trattamenti inumani e degradanti, quale che sia la fonte di tale rischio.

C.3 Il divieto di trattamenti inumani e degradanti riguarda anche il *refoulement* indiretto.

Il divieto di esposizione a trattamenti inumani e degradanti, nella giurisprudenza *N.S.*, *CK* e *Jawo* della Corte di giustizia costituisce dunque un'eccezione alla presunzione di sicurezza degli Stati membri, che è espressione del principio di reciproca fiducia sotteso alle procedure del sistema Dublino. Questa eccezione si giustifica in ragione del carattere assoluto del divieto di trattamenti inumani e degradanti, secondo quanto previsto dall'articolo 4 della Carta e dall' art. 3 della CEDU come interpretato dalla Corte EDU

Il carattere assoluto del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è stato affermato dalla Corte EDU fin dal 1978 nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito* del 10 gennaio 1978, in cui il giudice della Convenzione ha affermato, con espressione lapidaria, che «non può esserci alcuna giustificazione per azioni contrarie alle disposizioni che proibiscono la tortura o altri trattamenti inumani». Sull'obbligo di *non refoulement* quale componente essenziale del divieto assoluto di tortura e trattamenti inumani e degradanti secondo l'articolo 3 della Convenzione, e quindi dell'articolo 4 della Carta, valga richiamare i paragrafi 23, 120, 122 della sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 23 febbraio 2012 (*Hirsi Jamaa e altri* contro Italia) nonché il paragrafo 93 della sentenza *CK* della CGUE sopra citato.

La natura assoluta dell'obbligo di *non refoulement* vieta, dunque, allo Stato di operare il trasferimento della persona qualora questo trasferimento la esponga al rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti. Il divieto vale non solo nel caso in cui tale rischio esista nello stato di destinazione ma anche nel caso in cui il rischio riguardi uno Stato terzo nel quale la persona sarà trasferita dallo Stato di destinazione, purché si tratti di un rischio concreto. Si tratta della situazione che viene appunto definita come *refoulement* indiretto o *refoulement* a catena.

La rilevanza del *refoulement* indiretto è, infatti, espressamente riconosciuta dal diritto europeo e dalla legge italiana. L'articolo 9 paragrafo 3 della Direttiva Procedura (2013/32/UE) stabilisce che: «Gli Stati membri possono estradare un richiedente in un paese terzo ai sensi del paragrafo 2 soltanto se le autorità competenti hanno accertato che la decisione di estradizione non comporterà

33 CGUE, *Jawo*, cit., punto 87.

il *refoulement* diretto o indiretto, in violazione degli obblighi internazionali e dell'Unione di detto Stato membro». E così l'articolo 19 comma 1 del d.lgs. 286/98, Testo unico sull'immigrazione, stabilisce che: «In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione (...) ovvero possa rischiare di essere rinvio in un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione».

Inoltre, la rilevanza del *refoulement* a catena per la violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata riconosciuta dalla Corte di Strasburgo in almeno 5 decisioni **(34)**.

Il divieto di *refoulement* comprende anche la situazione di fatto, considerata dai Tribunali italiani nelle ordinanze di rinvio, dell'esposizione del richiedente a un conflitto armato che generi violenza indiscriminata, tale da porre a rischio la vita di ogni civile che sia rimpatriato nella zona di guerra, alla luce della previsione testuale dell'articolo 15 lettera C della Direttiva Qualifiche che include questa ipotesi nel rischio di trattamento inumano e degradante. Al riguardo, giova richiamare anche l'opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque nel caso *Hirsi Jamaa*, con la quale egli afferma che l'obbligo assoluto di *non refoulement* ricorre quando il rischio di trattamento inumano e degradante sia determinato da un conflitto armato interno **(35)**. Infine, la rilevanza del principio di *non refoulement* nel caso di conflitto armato è stata ritenuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in due decisioni, rispettivamente del 2011 **(36)** e del 2013 **(37)**.

- La giurisprudenza della Corti europee porta dunque a concludere che il giudice nazionale, investito da un ricorso di opposizione contro un ordine di trasferimento, debba adottare un rimedio idoneo ad impedire la soggezione al rischio di trattamenti inumani e degradanti, in conseguenza di *refoulement* indiretto.

C.4 La rilevanza della situazione di fatto. L'eccezione degli Stati Membri.

La questione successiva riguarda la situazione di fatto che il giudice deve accertare, per attribuire concretezza al rischio di soggezione a trattamenti inumani e degradanti.

Si è sopra evidenziato che l'articolo 27 del Regolamento ha introdotto il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale, con esame in fatto e in diritto.

Il giudice è tenuto a compiere, nel caso concreto, un doppio accertamento di fatto, da condurre, alla luce delle CoI (*Country of Origin Information*).

Il primo accertamento riguarda il concreto rischio di rimpatrio del ricorrente dal Paese di trasferimento al Paese di origine.

Si tratta di un accertamento necessario, anche al fine di superare l'eccezione avanzata da diversi Stati nelle difese proposte nel procedimento davanti alla Corte di giustizia, per la quale, in forza della presunzione della pari tutela dei diritti fondamentali, lo Stato membro di destinazione deve disporre di un rimedio interno per la tutela del diritto del ricorrente contro il rischio di trattamento inumano e degradante, in caso di *refoulement*.

Il primo accertamento in fatto deve dunque riguardare lo Stato membro di destinazione del richiedente colpito dall'ordine di trasferimento, al fine di verificare, alla luce di fonti aggiornate,

34 Corte EDU, *T.I. v. The United Kingdom*, No. 43844/98, 7 marzo 2000; *Muslim v. Turkey*, no. 53566/99, §§ 72-76, 26 aprile 2005; *M.S.S. v Belgium and Greece*, no. 30696/09, § 286, 21 gennaio 2011; *J.K. and others v. Sweden* no. 59166/12, § 78, 23 agosto 2016; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, no. 47287/15, del 21 novembre 2019.

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

36 Corte EDU, *Sufi and Elmi v. UK*, § 199, nn. 8319/07 and 11449/07, del 28 giugno 2011.

37 Corte EDU, *D.N.M. v. Sweden*, § 30, no. 28379/11 del 27 giugno 2013.

obiettive, affidabili, tracciabili, neutrali e rilevanti il rischio concreto di rimpatrio del richiedente protezione, la cui domanda sia stata respinta.

Il secondo accertamento deve riguardare lo Stato ed il luogo rimpatrio, al fine di verificare il rischio concreto di soggezione a trattamenti inumani e degradanti.

- L'eccezione degli Stati membri intervenuti nella procedura davanti alla Corte e basata sulla presunzione di pari tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo anche contro il rischio di *refoulement* può essere vinta da un accertamento in fatto del giudice nazionale che superi appunto la presunzione nel caso concreto.

C.5 Il *ne bis in idem*. L'eccezione degli Stati Membri.

La questione successiva è l'oggetto dell'eccezione sollevata da diversi Stati nelle difese proposte nel procedimento davanti alla CGUE, per la quale il giudice nazionale che annullasse l'ordine di trasferimento sulla base del rischio di soggezione del ricorrente a trattamenti inumani e degradanti nel Paese di rimpatrio finirebbe per operare una rivalutazione nel merito della domanda di protezione internazionale già respinta dal Paese che ha accettato il trasferimento e che ha già valutato l'assenza dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria; ciò avverrebbe in contrasto con il principio del *mutual trust* che sta alla base del sistema comune di asilo europeo (CEAS).

Questa eccezione non tiene conto, tuttavia, del diverso oggetto e del diverso contesto temporale e quindi di fatto del giudizio del giudice del rimedio effettivo.

Il giudice davanti al quale è impugnato l'ordine di trasferimento non esamina la domanda di protezione internazionale già respinta in un altro Stato membro ma considera le conseguenze di tale rigetto e cioè se l'esecuzione dell'espulsione che consegua al mancato riconoscimento della protezione violi il divieto di *refoulement* per rischio di soggezione a trattamenti inumani e degradanti. Si tratta di una valutazione che il giudice, che ne sia investito, deve doverosamente compiere ogni qualvolta sia contestato un provvedimento di espulsione o di allontanamento verso un Paese terzo **(38)**.

Tale valutazione avviene inoltre in un tempo successivo (in alcuni casi addirittura di anni) rispetto a quello in cui è stata adottata la decisione di diniego della protezione internazionale e a fronte di possibili mutamenti nella situazione individuale (come nel caso *CK*) o dello Stato di rimpatrio.

- Non vi è dunque violazione ma, anzi, rispetto del principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri perché la decisione negativa del giudice dello Stato che ha accettato il trasferimento non solo non è messa in discussione ma è anzi riconosciuta e "fa stato" nel procedimento davanti al giudice del rimedio effettivo, perché essa fonda il meccanismo di ripresa in carico in base all'articolo 18, par. 1, lett. d) di Dublino III, che il giudice considera un dato di fatto acquisito al processo sulla base dello scambio di corrispondenza tra le Unità Dublino coinvolte.

C.6 Il rimedio.

La questione del rimedio è la più incerta: su di essa si concentra l'attesa maggiore per le conclusioni dell'Avvocato generale e la decisione della Corte di giustizia.

Si possono prospettare quattro ipotesi.

I Tribunali di Roma e Firenze, nelle ordinanze di rinvio, hanno sollecitato la Corte, a prendere posizione sul ricorso "obbligatorio" alla clausola discrezionale dell'art. 17. La tesi del "ricorso obbligatorio alla clausola discrezionale" è sostenuta da una parte della dottrina **(39)**.

38 A mente dell'articolo 9 paragrafo 3 della Direttiva Procedura (2013/32/UE).

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

I tribunali di Firenze e Milano hanno poi chiesto alla Corte se il rimedio possa essere cercato nell'articolo 3.2 del Regolamento, interpretato estensivamente.

- 1) Quanto al ricorso “obbligatorio” alla clausola discrezionale, la Corte ha sempre mantenuto una posizione negativa. Già nella vigenza di Dublino II, la Corte aveva evidenziato che la formulazione letterale dell'allora articolo 3, par. 2, corrispondente all'attuale articolo 17, par. 1 di Dublino III, non subordina l'applicazione della clausola di sovranità ad alcuna particolare condizione; essa mira piuttosto a riconoscere un ampio “potere discrezionale”, volto a “salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere l'asilo” **(40)**. Nelle decisioni *C.K.* e *Jawo*, la Corte di giustizia ha escluso espressamente l'eventualità del ricorso “obbligatorio” alla clausola di sovranità, cercando la soluzione in altre norme del Regolamento. Tutti gli Stati intervenuti nel procedimento hanno rivendicato con forza la natura puramente discrezionale della clausola di sovranità.

Il carattere discrezione della clausola è stato ribadito dalla Corte nella sentenza *M.A.* **(41)**, con la quale essa si è occupata dei trasferimenti Dublino verso il Regno Unito, in seguito alla notifica da parte del Regno Unito dell'intenzione di recedere dall'UE, ai sensi dell'articolo 50 TUE. La Corte, dopo aver richiamato i propri precedenti, ha confermato la natura facoltativa della clausola e l'ampio potere discrezionale da essa conferito agli Stati, i quali rimangono pertanto sovrani nel definire le condizioni in presenza delle quali intendono darvi applicazione. La sentenza è particolarmente rilevante perché, partendo da tali premesse, la Corte è giunta a negare l'esistenza di un obbligo di applicare tale clausola anche in situazioni in cui rilevi il principio internazionalmente riconosciuto del *best interests of the child*.

Alla luce dei precedenti citati, appare improbabile un mutamento di indirizzo che aprirebbe scenari inediti, perché il ricorso obbligatorio alla clausola di sovranità potrebbe essere invocato davanti al giudice per la tutela di ogni diritto protetto dalla Carta e non solo nell'ipotesi di rischio di trattamenti inumani e degradanti.

- 2) Piuttosto, nella sentenza *Jawo* della Grande camera, che riguardava, come detto, un caso di rischio di soggezione a trattamenti inumani e degradanti per l'inadeguatezza del sistema sociale del Paese di destinazione (l'Italia), la Corte sembra suggerire l'interpretazione estensiva dell'articolo 3 paragrafo 2 del Regolamento, concepito per l'ipotesi di rischio di trattamenti inumani e degradanti derivanti da violazioni sistemiche nelle condizioni dell'accoglienza e nell'accesso alle procedure di asilo. L'effetto dell'applicazione del rimedio, l'unico testualmente previsto dal Regolamento per il caso di violazione di diritti fondamentali, è analogo a quello del ricorso alla clausola discrezionale, conducendo esso al consolidamento della competenza dello Stato richiedente.
- 3) Resta, però, aperta la possibilità che la Corte decida, come nel caso *C.K.* di proporre agli Stati di cercare in meccanismi di cooperazione bilaterale la soluzione di casi nei quali sia in gioco il rischio individuale di soggezione a trattamenti inumani e degradanti, preservando il rimedio dell'articolo 3.2 per le ipotesi di violazione sistemiche. Tale conclusione avrebbe l'effetto di escludere l'intervento del giudice che potrebbe soltanto sospendere il procedimento in attesa dei risultati della cooperazione. In questo caso il consolidamento della competenza dello Stato richiedente potrebbe avvenire per il decorso del termine semestrale previsto dall'articolo 29 di Dublino III.
- 4) Infine, non va sottovalutata la proposta contenuta nel paragrafo 92 delle osservazioni della Commissione europea, intervenuta nel procedimento, laddove essa afferma: «quanto alla possibilità che detto giudice eserciti la facoltà di cui all'art. 17 n. 1 del Reg. (...)», che esso «non impedisce ad uno Stato membro di attribuire alle autorità giudiziarie, investite di un ricorso contro la decisione di trasferimento, il potere di applicare la clausola discrezionale». L'affermazione appare in aderenza al principio derivante dalla Direttiva Qualifiche e dalla stessa giurisprudenza della CGUE **(42)**, per il quale la protezione internazionale definita dal

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

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

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

diritto UE non impedisce che gli Stati introducano norme più favorevoli in relazione ai presupposti sostanziali delle forme di protezione né esaurisce le forme di protezione che gli Stati membri possono riconoscere in attuazione di obblighi esistenti a livello costituzionale oppure a livello internazionale. Sarebbe, così, rimesso al singolo ordinamento costituzionale determinare l'ambito di applicazione della clausola discrezionale da parte del giudice.

Questa soluzione costituirebbe, tuttavia, una restrizione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e una riduzione della tutela dei diritti fondamentali nello spazio di giustizia europeo. Nella sentenza *N.S.*, la Corte ha affermato che la disposizione in materia di clausola di sovranità "riconosce agli Stati membri un potere discrezionale che fa parte integrante del sistema europeo comune di asilo previsto dal TFUE ed elaborato dal legislatore dell'Unione" **(43)** e che l'applicazione della clausola da parte di uno Stato membro determina delle "conseguenze precise" **(44)** in capo a esso, prima fra tutte il fatto di divenire lo Stato membro competente a esaminare la domanda. Ne consegue che l'esercizio della clausola di sovranità deve ritenersi "parte dei meccanismi di determinazione dello Stato membro competente" ai sensi del Regolamento **(45)**. Ne consegue, ulteriormente, che la clausola discrezionale non possa trovare applicazione al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, al quale certamente appartiene il diritto assoluto di un richiedente protezione, secondo il CEAS, a non essere soggetto a trattamenti inumani o degradanti.

Considerazioni conclusive

La risposta della Corte di Giustizia ai rinvii pregiudiziali dei giudici italiani assume particolare rilievo nell'attuale contesto di politiche sull'immigrazione dell'Unione europea. Le proposte di riforme legislative del CEAS e di radicale modifica del sistema Dublino del 2016 non hanno trovato un approdo dopo anni di discussioni e tentativi di mediazione. Il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo che ha iniziato a prendere forma nel settembre 2020 disegna un ruolo recessivo del giudice nazionale nella tutela dei diritti dei migranti. La proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne **(46)** non prevede, nell'attuale formulazione, la possibilità di ricorso al giudice contro la decisione che sarà adottata all'esito delle procedure di accertamento (cd. *screening*) volte a distinguere i richiedenti protezione internazionale dai migranti destinati all'immediato rimpatrio.

Una decisione della Corte che restituisca centralità al giudice nazionale, affidandogli il compito di amministrare rimedi effettivi nell'intero spazio di giustizia europeo, siano essi nella forma della applicazione estensiva dell'articolo 3.2 di Dublino III o in quella, persino più efficace, del ricorso obbligatorio alla clausola di sovranità, avrebbe l'effetto di consolidare la tutela dei diritti fondamentali dei migranti e lo stato di diritto. Diverse soluzioni affidate a meccanismi di cooperazione amministrativa tra Stati membri, che trovano sempre maggiori ostacoli quando si tratta di immigrazione, ovvero a interventi di tutela giudiziaria fondati sugli ordinamenti costituzionali nazionali segnerebbero una battuta di arresto lungo il percorso verso la massima espansione della tutela dei diritti fondamentali.

43 CGUE, *N.S.*, cit., punto 65.

44 CGUE, *N.S.*, punto 67.

45 CGUE, *N.S.*, punto 68.

46 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, Bruxelles, 23.9.2020, COM(2020) 612 final.