

L'unità familiare nella procedura Dublino

Per una pratica di applicazione incentrata sulla protezione

Francesco Maiani, Università di Losanna

Ottobre 2019

Il Professor Francesco Maiani è membro del comitato scientifico del *Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants* (CSDM). Le opinioni espresse in questo articolo sono quelle dell'autore. Questo articolo può essere liberamente citato, menzionato e copiato per fini accademici, didattici, o altri scopi non commerciali, senza che sia necessaria la previa autorizzazione del CSDM, a condizione che la fonte e l'autore siano riconosciuti.

Traduzione italiana dell'originale in inglese di Micol Ferrario.

Questo articolo è disponibile online al sito www.centre-csdm.org o www.refworld.org.

Pubblicato con il supporto di UNHCR Office per la Svizzera e il Liechtenstein.



INDICE

Sinossi	5
1. Introduzione	11
2. Il sistema di Dublino: elementi istituzionali e interpretativi	14
2.1. Gli accordi di ripartizione dei richiedenti asilo e l'unità familiare: considerazioni generali	14
2.2. Il sistema di Dublino: aspetti istituzionali	16
2.3. Il sistema di Dublino: considerazioni interpretative generali	18
2.4. Una panoramica delle regole e del procedimento Dublino	21
2.5. Sintesi degli elementi principali.....	22
3. La protezione della vita familiare nell'interpretazione e applicazione dei criteri Dublino	23
3.1. Panoramica dei criteri familiari e delle definizioni presenti nel Regolamento.....	23
3.2 Le definizioni di "famiglia" del Regolamento: questioni interpretative	24
3.2.1 La necessità di interpretare le definizioni in modo ampio e flessibile	24
3.2.2 La necessità di applicare le disposizioni familiari senza discriminazione.....	26
3.3 La definizione del Regolamento di "familiare": questioni probatorie.....	28
3.3.1 Mezzi di prova e obblighi probatori.....	28
3.3.2 I doveri dell'amministrazione di stabilire in maniera proattiva l'esistenza di legami familiari	31
3.3.3 Questioni relative al momento di produzione delle prove dei legami familiari.....	32
3.4 Questioni interpretative relative ai singoli criteri	33
3.4.1 I criteri relativi al minore e le questioni concernenti l'accertamento dell'età	33
3.4.2 I criteri familiari "ordinari" degli articoli 9 - 11	36
3.4.3 Le persone a carico ai sensi dell'articolo 16	37
3.5 Sintesi degli elementi principali.....	40
4. La protezione della vita familiare attraverso le clausole discrezionali	42
4.1 Introduzione	42
4.2 Le clausole discrezionali debbono essere applicate restrittivamente?	44
4.3 L'applicazione delle clausole discrezionali alla luce degli obblighi concernenti i diritti umani.....	46
4.3.1 L'applicabilità dell'articolo 8 CEDU nel contesto Dublino	46
4.3.2 Trovare il "giusto equilibrio" in virtù dell'articolo 8 CEDU: aspetti generali	48
4.3.3 Un "giusto equilibrio" in virtù dell'articolo 8 CEDU: aspetti specifici al sistema di Dublino.....	50
4.3.4 I principi applicabili alle situazioni di dipendenza e vulnerabilità.....	54
4.3.5 Il pari godimento della vita familiare sotto il Regolamento Dublino	56
4.4 I motivi umanitari e caritatevoli per l'applicazione delle clausole discrezionali	57
4.4.1 I motivi umanitari secondo il Regolamento Dublino: sulla continua rilevanza della sentenza K	57
4.4.2 I motivi umanitari secondo l'articolo 29a dell'Ordinanza 1 sull'asilo	59
4.5 Possibilità di prevenire o di mettere fine alla separazione dei familiari in virtù delle clausole discrezionali	60
4.6 Sintesi degli elementi principali.....	60
5. Commenti finali e osservazioni sugli strumenti nazionali ed internazionali di tutela	63

Lista delle abbreviazioni

AAD	Accordo di associazione della Svizzera a Dublino
AELS	Associazione Europea di libero scambio
AG	Avvocato Generale (UE)
CAT	Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura
CDFUE	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali
CGUE	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
CH	Svizzera
Corte EDU	Corte Europea dei diritti dell'uomo
CRC	Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo
CSDM	Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants
DRC	Danish Refugee Council
DTAF	Decisioni del Tribunale Amministrativo Federale svizzero
EASO	Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (UE)
ECRE	Consiglio europeo per i rifugiati e gli esuli
EMN	Rete Europea sulle Migrazioni
ExCom	Comitato Esecutivo dell'UNHCR
HEKS/EPER	<i>Entraide Protestante Suisse</i> (Swiss Church Aid)
ICCPR	Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (NU)
ICFi	ICF International
IJRL	<i>International Journal of Refugee Law</i>
LIBE Committee	Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (UE)
OAsi1	Ordinanza 1 sull'asilo (CH)
ODM	<i>Office fédéral des migrations</i> (CH)
ONG	Organizzazioni non governative
ONU	Nazioni Unite
OSAR	Organizzazione Svizzera di aiuto ai rifugiati
OUP	Oxford University Press
PE	Parlamento Europeo
RD II	Regolamento Dublino II (UE)
RD III	Regolamento Dublino III (UE)
RE	Regole di esecuzione (UE)
SEM	Segreteria di Stato della migrazione (CH)
TAF	Tribunale Amministrativo Federale
TFUE	Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea
TUE	Trattato sull'Unione Europea
UE	Unione Europea
UNGA	Assemblea generale delle Nazioni Unite
UNHCR	Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati

Sinossi

Esiste una forte tensione, nella pratica, tra il funzionamento del sistema di Dublino e la protezione dell'unità familiare. Tuttavia, se correttamente interpretato ed applicato, il Regolamento Dublino III può garantire una protezione completa alle famiglie di coloro a cui si applica.

In base al principio di interpretazione omogenea stabilito dall'Accordo di associazione della Svizzera al sistema di Dublino, le autorità svizzere dovrebbero prendere in considerazione la giurisprudenza della CGUE. Inoltre, le stesse sono tenute ad osservare le norme internazionali applicabili come la Convenzione di Ginevra, la CAT, la CRC e la CEDU, alla luce delle decisioni dei rispettivi organi di controllo.

Nel rispetto del preambolo del Regolamento Dublino III e della giurisprudenza della CGUE inaugurata con la decisione *Ghezelbash*, i diritti umani dovrebbero essere completamente integrati nella pratica di Dublino. Il considerando 14 del Regolamento Dublino III prevede specificamente che il rispetto della vita familiare sia un "criterio fondamentale". Questo implica che:

- Le disposizioni del Regolamento riguardanti la famiglia dovrebbero essere interpretate il più ampiamente possibile, senza ingiustificati formalismi.
- In tutte quelle situazioni in cui si deve procedere a un bilanciamento tra l'interesse all'unità familiare e altri interessi concorrenti, al primo deve essere riconosciuto un peso significativo.
- Le procedure "Dublino" dovrebbero sistematicamente includere una attenta valutazione circa l'impatto che le decisioni da adottarsi possono avere sulla vita familiare.

In forza del Regolamento e delle altre norme applicabili, gli aspetti che concernono la famiglia devono essere considerati ad ogni stadio della procedura Dublino. Nelle procedure di presa in carico, i criteri familiari devono essere esaminati per primi e la loro applicabilità deve essere conclusivamente esclusa prima che criteri di rango inferiore vengano anche solo considerati. Inoltre, laddove l'applicazione di un criterio o qualsiasi altra misura prevista dal Regolamento possa compromettere la vita familiare (come, ad esempio, la ripresa in carico), dovrà valutarsi se una deroga è necessaria alla luce dei pertinenti standard dei diritti umani – in particolare l'articolo 8 CEDU – nonché alla luce di considerazioni umanitarie e caritatevoli.

Come raccomandato dalla Commissione Europea, "Gli stati membri (...) dovrebbero (...) applicare in modo proattivo e coerente le clausole di ricongiungimento familiare"¹. Le definizioni di famiglia fornite dal Regolamento dovrebbero essere interpretate ed applicate in maniera ampia e flessibile. Nello specifico, per quanto riguarda le relazioni coniugali e familiari, l'applicazione dell'articolo 2(g) RD III non dovrebbe essere subordinata alla

¹ Commissione Europea, *Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Agenda europea sulla migrazione*, 13 Maggio 2015, COM (2015) 240, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0240&qid=1585478983593&from=IT> , p. 15.

valutazione dell'esistenza di un legame di fatto intenso o stabile, ma solamente alla condizione che il legame familiare addotto fosse stato costituito in tempo per poter essere preso in considerazione. Anche la sussistenza del legame coniugale dovrebbe essere valutata senza eccessivo formalismo.

Nel rispetto dell'articolo 14 CEDU, la definizione di famiglia fornita dal Regolamento non deve essere applicata in modo da condurre a ingiustificate disparità di trattamento. In particolare, la condizione di costituzione del legame familiare nel paese d'origine posta dall'articolo 2(g) RD III, dovrebbe essere applicata come una clausola anti-abuso, affinché essa non ecceda lo scopo per il quale è prevista. Per la medesima ragione, le definizioni di famiglia fornite in alcune disposizioni devono essere interpretate in maniera estensiva: in tal senso, l'articolo 16 RD III dovrebbe essere applicato in modo da includere anche il/la coniuge e il campo di applicazione dell'articolo 20 RD III dovrebbe essere esteso anche ai figli nati dopo l'espatrio.

Per quanto attiene alla prova dell'esistenza del legame familiare, il Regolamento pone una serie di principi fondamentali. Innanzitutto, la determinazione della competenza è soggetta a requisiti di prova ridotti. In secondo luogo, la prova dei legami familiari (come, per esempio, un estratto dai registri) è sufficiente e non può non essere contestata se non nel caso in cui venga prodotta una prova contraria – non sulla base di indizi generici. In terzo luogo, la competenza di uno Stato può essere determinata anche tramite “informazioni verificabili provenienti dal richiedente”, così come “da dichiarazioni prodotte da membri della famiglia interessati”. Tali prove circostanziali devono essere meticolosamente esaminate e ammesse come sufficienti qualora siano coerenti, verificabili e sufficientemente particolareggiate. In quarto luogo, nel valutare le prove, gli Stati membri devono considerare le eccezionali difficoltà cui sono in generale confrontati i richiedenti protezione nell'acquisire prove formali. In quinto luogo, il test del DNA può essere usato solo come *ultima ratio*. E sesto, in caso di indeterminatezza, deve essere garantito il beneficio del dubbio al richiedente.

Nell'applicazione di queste regole e principi, la massima inquisitoria è di primaria importanza. Una volta che il dovere di cooperare del richiedente è stato adempiuto, è responsabilità della SEM ricostruire i fatti. Tali responsabilità sono amplificate nel momento in cui si tratta di valutare i criteri applicabili ai minori non accompagnati, segnatamente in virtù dell'obbligazione d'identificazione dei familiari posta dall'articolo 6 (4) RD III. A titolo di migliore pratica, è raccomandabile che la SEM applichi quest'ultima disposizione anche nei confronti di altre categorie di richiedenti. In ultimo, in base all'articolo 7 (3) RD III (che secondo una corretta interpretazione si applica a tutti i criteri che riguardano la famiglia tra i quali gli articoli 9 e 11 RD III) le autorità nazionali sono obbligate ad accettare la prova dell'esistenza di legami familiari prodotta prima dell'approvazione di una richiesta Dublino.

La valutazione dell'età deve essere effettuata in conformità alle raccomandazioni del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo. In particolare, dovrebbe essere nominato un rappresentante qualificato già durante la fase di accertamento dell'età; i documenti di identità dovrebbero essere ritenuti privi di effetto probatorio solo se risultanti falsi; nel caso in cui tali documenti fossero assenti, l'accertamento dell'età dovrebbe essere effettuato da esperti qualificati nel quadro di una valutazione olistica; lo Stato dovrebbe astenersi dall'utilizzare tecniche mediche come l'esame delle ossa o dell'apparato dentale; e il beneficio del dubbio dovrebbe essere riconosciuto alla persona interessata.

Per quanto attiene all'interpretazione dei singoli criteri, i seguenti punti sono di cruciale importanza:

- Come affermato nella giurisprudenza nazionale, la definizione di "protezione internazionale" secondo l'articolo 9 RD III include un'ammissione provvisoria garantita sulla base di criteri comparabili a quelli statuiti nell'articolo 15 della Direttiva "qualifiche". Quando un beneficiario di protezione vede rimpiazzarsi la sua (di lei/di lui) ammissione provvisoria con un regolare documento di residenza, l'articolo 9 RD III resta nondimeno applicabile. Per analogia, lo stesso principio dovrebbe essere applicato ai casi di naturalizzazione.
- Nel rispetto delle sue finalità, l'articolo 11 RD III dovrebbe poter essere applicato ogni qualvolta sia tecnicamente possibile svolgere una procedura di Dublino congiunta per diversi familiari. In tal senso, il fatto che le differenti procedure abbiano raggiunto diversi livelli di avanzamento o che la Svizzera abbia implicitamente accettato di essere competente per alcuni membri della famiglia senza adottare formalmente una decisione in tal senso, non dovrebbe escludere l'applicabilità di tale disposizione.
- L'articolo 16 RD III riguardo le persone a carico non è soggetto all'applicazione del "principio di pietrificazione" posta dall'articolo 7(2) RD III. Come per tutti gli altri criteri, anche l'articolo 16 deve essere applicato in maniera ampia in tutti i suoi elementi. La dimostrazione dell'esistenza di una "particolare dipendenza" o "intensa dipendenza" fra le persone implicate non è necessaria ai fini della sua applicazione. Al contrario, sulla base delle indicazioni della CGUE, l'articolo 16 RD III dovrebbe essere applicato ogni volta in cui venga accertata una delle situazioni di vulnerabilità elencate, sia provato il requisito del legame familiare e della "residenza legale", la persona incaricata di fornire assistenza sia nella posizione di poterlo fare e le persone coinvolte diano il loro consenso. Se tutte queste condizioni sono riunite, le persone in questione dovrebbero essere ricongiunte o lasciate insieme, fatte salve solamente le eccezioni previste dall'articolo 16 (2) RD III.

Il ricorso alle clausole discrezionali dell'articolo 17 RD III permette di ovviare all'impatto negativo sull'unità familiare potenzialmente determinato dall'applicazione dei criteri. Questo è precisamente uno dei principali scopi delle clausole discrezionali. Come sottolineato dal Consiglio dell'Unione Europea, le clausole discrezionali hanno l'obiettivo "di evitare situazioni in cui i membri della famiglia potrebbero essere separati a causa di una rigida applicazione dei criteri di Dublino"². La loro applicazione è obbligatoria ogni qualvolta ciò sia necessario per garantire il rispetto degli impegni internazionali assunti dalla Svizzera, inclusi quelli che attengono alla protezione della vita familiare. Allo stesso modo, gravi motivi umanitari possono rendere la loro applicazione obbligatoria.

Contrariamente a quanto è stato statuito in alcune sentenze di riferimento del TAF, non vi è elemento nel Regolamento Dublino che obblighi o incoraggi le autorità a un approccio restrittivo nell'applicazione delle clausole discrezionali. Al contrario: alla luce delle dichiarate intenzioni del legislatore, espresse in modo particolare nel Preambolo del Regolamento, le clausole dovrebbero essere applicate in modo ampio e sistematico in ogni caso in cui la vita familiare sia a rischio.

² Consiglio dell'Unione Europea, doc. No. 12364/09, infra nota 101, p. 35 (traduzione libera).

L'articolo 8 CEDU è una delle disposizioni fondamentali in questo contesto. Esso è applicabile ogni qualvolta delle azioni o delle omissioni previste dal Regolamento Dublino possano influenzare negativamente la "vita familiare" quale ivi definita. In base alla giurisprudenza della Corte EDU, il "diritto di presenza duraturo" di un membro della famiglia del richiedente non è una condizione per l'applicabilità dell'articolo 8 CEDU.

Le relazioni coniugali costituiscono "vita familiare" a norma dell'articolo 8 CEDU, anche quando non ancora del tutto vissute sul piano fattuale. Allo stesso modo, le relazioni tra genitori e minori costituiscono *ipso iure* "vita familiare". Negare l'esistenza o la stabilità della "vita familiare" tra i richiedenti e i membri del nucleo familiare semplicemente facendo riferimento a periodi di separazione – che potrebbero essere (e spesso sono) completamente involontari – è contrario all'articolo 8. Nel valutare se altri legami familiari siano assimilabili alla "vita familiare", l'esistenza in concreto di stretti legami personali è la condizione determinante. Come il Regolamento di Dublino, la CEDU prevede che nello stabilire l'esistenza della "vita familiare", l'amministrazione adotti un approccio scevro di formalismo e flessibile, che rispetti i suoi obblighi inquisitori e riconosca ai richiedenti protezione il beneficio del dubbio, considerando la loro particolare situazione. Siccome i principi applicabili sono ampiamente convergenti, secondo buona prassi l'autorità di prima istanza dovrebbe appurare in modo olistico, dall'inizio di ogni procedura Dublino, la situazione familiare dal punto di vista del Regolamento Dublino e della CEDU, sfruttando appieno il sistema procedurale previsto dal Regolamento (come, ad esempio, il diritto a un colloquio o all'identificazione dei familiari).

Il semplice fatto che l'articolo 8 CEDU sia applicabile ad una data fattispecie innesca una serie di doveri: assicurarsi che il processo decisionale sia "equo e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi previsti dall'articolo 8"; perseguire un "giusto bilanciamento tra interessi contrastanti dell'individuo e della società"; garantire un ricorso effettivo contro possibili violazioni, così come la non-discriminazione nel godimento della vita familiare.

Ogni qualvolta si debba procedere ad un bilanciamento fra interessi pubblici e privati, i seguenti aspetti devono essere presi in considerazione in forza dell'articolo 8 CEDU:

- Non si può partire dal principio che il richiedente avrà la possibilità di stabilire una vita familiare "altrove". Al contrario, il punto di partenza del ragionamento dovrebbe essere che le possibilità di godere della vita familiare altrove nell'area di Dublino sono severamente limitate. Quand'anche una tale possibilità dovesse esistere, deve essere valutato se il sacrificio imposto alla persona già stanziata in Svizzera non sia sproporzionato.
- Può essere preso in considerazione il carattere potenzialmente "temporaneo" della separazione determinato da un trasferimento di Dublino. È bene però ricordare che la separazione potrebbe perdurare per un periodo di tempo considerevole e che anche brevi periodi di separazione potrebbero violare i diritti garantiti dall'articolo 8 CEDU (come, ad esempio, nei casi che coinvolgono minori).
- I richiedenti asilo costituiscono una categoria di persone vulnerabili, legittimate pertanto a ricevere una protezione particolare.
- Nel valutare la compatibilità delle misure adottate secondo il Regolamento Dublino con l'articolo 8 CEDU, è fondamentale identificare e determinare l'interesse pubblico

coinvolto. Nei casi di Dublino, l'intensità dell'interesse pubblico a “[...] controllare l'immigrazione” è presumibilmente meno forte che nei casi di ricongiungimento familiare. L'intensità dell'interesse pubblico è ulteriormente ridotta se il richiedente soddisfa manifestamente tutte quelle condizioni necessarie per ottenere il ricongiungimento familiare in Svizzera, incluso l'asilo accordato ai familiari (*Familienasyl*).

- Come già rilevato, il considerando 14 del Preambolo prevede che debba essere accordata un peso particolare all'interesse dell'unità familiare, maggiore di quanto non debba farsi sulla base del solo articolo 8 CEDU.

Più generalmente, in un sistema in cui la protezione della vita familiare costituisce un “criterio fondamentale”, preservare o promuovere l'unità familiare dovrebbe essere la regola, non l'eccezione.

I doveri derivanti dall'articolo 8 CEDU assumono una rilevanza particolare nei casi riguardanti le persone vulnerabili. Qualora queste persone, bambini compresi, vengano trasferite con la loro famiglia, la giurisprudenza della Corte EDU stabilisce che debbano essere adottate appropriate garanzie affinché l'unità familiare venga assicurata nel paese di destinazione. Di conseguenza, quando il trasferimento è annullato per la condizione di vulnerabilità in cui versa la persona interessata, il trasferimento andrebbe annullato anche per il resto della famiglia in modo da preservare l'unità familiare. Nel rispetto della decisione *A.N.* del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, il trasferimento in un altro Stato membro di una persona vittima di torture che abbia il risultato di separarla da un ambiente familiare capace di garantirle sostegno, è di regola proibito. In base alla CEDU e alle altre norme internazionali pertinenti, questa logica dovrebbe essere estesa alle altre categorie di persone particolarmente vulnerabili – ad esempio i minori di cui all'articolo 39 CRC.

A norma dell'articolo 14 CEDU, i “casi limite” – cioè quei casi che rientrerebbero nell'ambito di applicazione dei criteri familiari se non fosse per qualche circostanza di importanza marginale – devono essere sottoposti ad uno scrutinio dettagliato, che includa un'analisi della comparabilità delle situazioni coinvolte, dell'esistenza di ragioni obiettive in grado di giustificare la disparità di trattamento e infine del rispetto del principio di proporzionalità.

Come già osservato, motivi di natura umanitaria possono imporre l'uso delle clausole discrezionali anche in assenza di doveri imposti dai diritti dell'uomo. Nei casi precedentemente soggetti all'articolo 15 (2) del Regolamento Dublino II e attualmente non rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 16 RD III – vedasi come esempio il legame tra la suocera e la nuora – “lasciare insieme o ricongiungere” i parenti coinvolti rimane un dovere in coerenza con la giurisprudenza *K* della CGUE. Occorre anche prendere in considerazione l'articolo 29a(3) OAsi1. Si tratta di una disposizione che attribuisce un ampio potere discrezionale alla SEM. Nonostante ciò, secondo la giurisprudenza del TAF, la SEM ha l'obbligo di esaminare in ogni singolo caso se questa disposizione possa essere applicata, di stabilire tutti i fatti rilevanti e di prenderli in considerazione nel processo decisionale. La decisione stessa deve essere adottata sulla base di criteri trasparenti e ragionevoli fra i quali, in particolare, la presa in considerazione delle vulnerabilità delle persone interessate, l'interesse superiore del fanciullo e le considerazioni che riguardano l'unità familiare. Quando sulla base di criteri cumulativi risulta che un trasferimento possa dare luogo a problemi sotto il profilo umanitario, l'applicazione di tale disposizione deve essere tenuta in considerazione. Infine, la SEM è soggetta a un dovere di motivazione particolarmente esigente.

Ogni qualvolta i diritti dell'uomo o urgenti motivi umanitari esigano che l'unità familiare sia preservata o ricostituita, ciò può fare sorgere, a seconda delle circostanze, un dovere di applicare (o di astenersi dall'applicare) la clausola di sovranità o un dovere di inoltrare o di accettare delle richieste Dublino in applicazione della clausola umanitaria.

Le garanzie procedurali stabilite dal Regolamento o dagli standard internazionali ed europei applicabili – come, per esempio, il diritto ad essere informato, quello di essere sentito, quello ad essere legalmente rappresentato per un minore non accompagnato o separato dalla famiglia, il diritto ad un ricorso effettivo – devono essere osservate nel corso di tutta la procedura Dublino. In particolare, un'esaustiva protezione legale deve essere garantita: per quanto l'articolo 27 RD III preveda unicamente il diritto ad impugnare una decisione di trasferimento, un ricorso effettivo deve essere a disposizione contro qualsiasi decisione che abbia un impatto sui diritti riconosciuti al richiedente dal diritto UE (articolo 47 CFR) e dalla CEDU (articolo 13 CEDU), tra i quali figura anche il diritto all'unità familiare. Devono essere anche considerate le possibilità offerte dalle procedure di ricorso internazionale. In tale prospettiva, può essere utile sottoporre la medesima pratica nazionale allo scrutinio di diversi organismi internazionali – in particolare, la Corte EDU, il Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite e il Comitato per i diritti del fanciullo.

1. Introduzione

Il diritto di godere della vita familiare senza indebite interferenze è riconosciuto come uno dei più fondamentali diritti umani. Pertanto, la famiglia è protetta in quanto “nucleo naturale e fondamentale della società” nelle principali convenzioni regionali e internazionali sui diritti umani³. Sebbene la convenzione relativa allo statuto dei rifugiati del 1951 non contenga alcuna disposizione sulla questione, la Conferenza dei Plenipotenziari che la adottò sottolineò come l'unità familiare fosse un “diritto inalienabile dei rifugiati” e come tale unità fosse “costantemente minacciata”. A tal fine, la Conferenza dei Plenipotenziari ha raccomandato che i Governi adottassero le misure protettive necessarie⁴. I documenti adottati da allora sottolineano regolarmente l'importanza di assicurare l'unità familiare ai rifugiati e alle persone che versano in situazioni simili a quella dei rifugiati⁵.

Questi sviluppi legali e politici riflettono bisogni personali e sociali impellenti. Come opportunamente precisato nelle conclusioni sommarie adottate dalla tavola rotonda di esperti dell'UNHCR nel dicembre 2017⁶:

Quando i rifugiati sono separati dai familiari in conseguenza della loro fuga, una separazione prolungata può avere esiti devastanti sul loro benessere e su quello delle loro famiglie. Gli esiti negativi influenzano la capacità dei rifugiati di integrarsi negli Stati che hanno concesso loro l'asilo, di diventare dei membri

³ Si veda in particolare UNGA, *Convenzione internazionale relativa ai diritti civili e politici*, 16 dicembre 1966, UNTS, vol. 999, p. 171, disponibile al: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19660262/index.html#> (in seguito “Patto ONU II”), articolo 23 (1); Consiglio d'Europa, *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, così come modificata dalle disposizioni dei protocolli n. 1 e 14*, 4 novembre 1950, ETS 5, disponibile al: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19500267/index.html> (in seguito “CEDU”), articolo 8; UNGA, *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo*, 20 Novembre 1989, UNTS, vol. 1577, p. 3, disponibile (in inglese) al: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19983207/index.html> (in seguito “CRC”), articolo 10.

⁴ ONU, Conferenza dei plenipotenziari sullo statuto dei rifugiati e degli apolidi, *Atto finale della Conferenza dei Plenipotenziari dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sullo stato dei rifugiati e degli apolidi* (Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons), 25 luglio 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, disponibile (in inglese) al: <http://www.refworld.org/docid/40a8a7394.html>, Raccomandazione B.

⁵ Si veda in particolare UNHCR ExCom, *Conclusioni sul ricongiungimento familiare* (Conclusions on Family Reunion), No. 9 (XXVIII), 1977 e No. 24 (XXXII), 1981; UNHCR ExCom, *Conclusioni sui bambini e gli adolescenti rifugiati* (Conclusion on Refugee Children and Adolescents), No. 84 (XLVIII), 1997; UNHCR ExCom, *Conclusioni sulla protezione della famiglia del rifugiato* (Conclusion on the Protection of the Refugee's Family), No. 88 (L), 1999; e UNHCR ExCom, *Conclusioni sull'integrazione locale* (Conclusion on Local Integration), No. 104 (LVI), § (n), sull'importanza del ricongiungimento familiare nella promozione dell'integrazione. Tutte le Conclusioni ExCom sono redatte dall'UNHCR, *Conclusioni sulla protezione internazionale adottate dal Comitato Esecutivo del Programma UNHCR 1975 - 2017* (Conclusions on International Protection Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme 1975 -2017) (Conclusion No. 1-114), ottobre 2017, HCR/IP/3/Eng/REV. 2017, disponibile (in inglese) al: <http://www.refworld.org/docid/5a2ead6b4.html>. Si veda anche UNGA, *Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti: Risoluzione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite* (New York Declaration for Refugees and Migrants: Resolution adopted by the General Assembly), 3 ottobre 2016, A/RES/71/1, disponibile (in inglese) al: <http://www.refworld.org/docid/57ceb74a4.html>, § 79 e Annesso 1, § 14(a).

⁶ UNHCR, *Conclusioni sommarie sul diritto alla vita familiare e all'unità familiare nel contesto del ricongiungimento familiare dei rifugiati e di altre persone bisognose di protezione internazionale* (Summary Conclusions on the Right to Family Life and Family Unity in the Context of Family Reunification of Refugees and Other Persons In Need Of International Protection), 4 dicembre 2017, Tavola rotonda di esperti, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/docid/5b18f5774.html>, § 1 (traduzione libera).

attivi della società, e di ricostruire le loro vite. Essere riuniti con i loro familiari è spesso una delle preoccupazioni più urgenti per i richiedenti asilo e per i rifugiati.

Come si evince dall'ultima frase, queste considerazioni si applicano pienamente ai "richiedenti protezione", cioè gli individui che affermano di possedere la qualità di rifugiati, o di persone in altro modo bisognose di protezione, ma la cui richiesta deve ancora essere valutata. In particolare, nel caso dei richiedenti protezione la promozione dell'unità familiare fa sorgere eccezionali opportunità e difficoltà. L'arrivo e la prima accoglienza costituiscono spesso momenti di grande instabilità e vulnerabilità. Il supporto familiare – sia esso da un familiare in fuga con il richiedente, o da parenti che siano già stanziati nel Paese ospitante – può rivelarsi di cruciale importanza sotto il profilo materiale ed emotivo, specialmente per le persone particolarmente vulnerabili come i minori non accompagnati o le vittime di tortura.

Allo stesso tempo, la promozione dell'unità familiare per i richiedenti protezione presenta diversi vantaggi per lo Stato ospitante. Siccome i richiedenti protezione sono spesso *de jure* o *de facto* esclusi dal mercato del lavoro mentre la loro richiesta è pendente, il supporto di parenti già residenti potrebbe ridurre i costi finanziari dell'accoglienza sostenuti dallo Stato. Inoltre, il trattamento congiunto delle domande avanzate da più membri della stessa famiglia favorisce l'efficienza e la completezza del processo di accertamento dei fatti, e aiuta ad evitare l'adozione di decisioni contraddittorie⁷. Non da ultimo, disposizioni generose ed inclusive che privilegiano l'unità familiare dei richiedenti protezione possono ridurre gli incentivi ad effettuare spostamenti irregolari (anche conosciuti come "movimenti secondari" nei documenti ufficiali dell'Unione europea)⁸.

Sfortunatamente, tali vantaggi sono spesso sottovalutati e molti fattori finiscono per avversare il ricongiungimento. Infatti, nonostante tutti i suoi benefici, l'unità familiare è lontana dall'essere una certezza per i richiedenti protezione. Il loro *status* di residente è temporaneo e raramente, se non addirittura mai, esso include un diritto a ricongiungersi ai familiari che sono già presenti nel potenziale Stato ospitante, o di essere raggiunti dai familiari che si trovano altrove – ciò anche quando la separazione è avvenuta *en route*. In pratica, accade spesso che il richiedente non sia neppure in grado di localizzare i suoi familiari.

In questo contesto, gli accordi inter-statali di ripartizione della competenza in materia di asilo – anche denominati "accordi di ripartizione dei richiedenti asilo"⁹ – costituiscono al tempo stesso una minaccia ed un'opportunità. Se costruiti attorno a regole intese a riunificare le

⁷ Consiglio dell'Unione Europea (UE), *Regolamento (UE) No. 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 (rifusione)*, OJ L 2013 180/31, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0604&from=IT>, (in seguito "Regolamento Dublino III" o "RD III"), considerando 15.

⁸ Si veda Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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 (rifusione)*, 3 Dicembre 2008, COM(2008) 820 definitivo, (in seguito: Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente*), disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008PC0820&qid=1577385061837&from=EN>, p. 12: "[Maggiori tutele per l'unità familiare] non soltanto innalzeranno il livello di protezione per i richiedenti asilo, ma contribuiranno anche a ridurre i movimenti secondari".

⁹ T. Clark, F. Crépeau, "Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, no. 2 (2004), pp. 217-240.

famiglie in fuga, o a ricongiungere i richiedenti protezione con i parenti residenti, questi accordi possono essere di grande aiuto. Al contrario, se concepiti o applicati con un'attenzione preponderante su priorità politiche differenti – come per esempio quella di responsabilizzare i paesi di transito o di primo ingresso – queste regole rischiano di aggravare le difficoltà cui sono confrontate le famiglie di rifugiati.

Il sistema di Dublino, che è il più avanzato esempio di sistema multilaterale di ripartizione delle richieste di asilo e che è l'oggetto di questa ricerca, rappresenta un caso intermedio. La legislazione europea sulla quale il sistema è basato ha progressivamente incorporato l'obiettivo di proteggere l'unità familiare e la sua ultima versione – il Regolamento Dublino III – promette una protezione *potenzialmente* completa. Tuttavia, l'applicazione del sistema di Dublino è stata tradizionalmente orientata da altre priorità tanto che, nell'insieme, il sistema ha avuto una ripercussione negativa sull'unità familiare.

Il presente studio analizza le molteplici questioni legali che sorgono innanzi alle autorità svizzere in questo ambito e propone possibili modi per affrontarle. Posto che le linee guida pubblicate dall'autorità svizzera di prima istanza, la Segreteria di Stato della Migrazione (SEM), sono poco dettagliate sul punto¹⁰, la principale fonte utilizzata per ricostruire la prassi delle autorità elvetiche sono le sentenze dell'autorità di seconda e ultima istanza, cioè il Tribunale Amministrativo Federale (TAF). Sono altresì menzionati i rapporti pubblicati da organizzazioni della società civile e da organizzazioni internazionali. In ultimo, per confermare, contestualizzare e completare le informazioni ottenute attraverso le fonti documentali citate, l'autore ha condotto una serie di interviste con membri di organizzazioni non governative (ONG) nazionali e internazionali con significativa esperienza del sistema¹¹.

Anche se incentrato sulla prassi svizzera, lo studio fornisce informazioni che possono rivelarsi utili anche per altri Stati membri. Infatti, in larga misura, lo studio affronta questioni riscontrate ovunque all'interno "dell'area Dublino"¹², come documentato fra gli altri dallo studio *Left in Limbo* pubblicato dall'UNHCR nel 2017¹³, e procede sulla base di standard che sono applicabili in tutta l'area.

Come prima cosa, lo studio presenterà a grandi linee il sistema di Dublino e, nel farlo, riprenderà gli elementi istituzionali e interpretativi fondamentali che gli organi incaricati della sua applicazione devono tenere in considerazione (sezione 2). In un secondo momento, lo studio si occuperà dei criteri familiari di Dublino, delle difficoltà interpretative e applicative che fanno sorgere, e delle soluzioni che possono derivarsi dagli standard UE e internazionali applicabili (sezione 3). A seguire, lo studio considererà allo stesso modo le regole e i principi che inquadrano l'esercizio dei poteri discrezionali attribuiti dal Regolamento alle autorità nazionali (sezione 4). Nelle conclusioni, saranno ripresi i principali risultati e inoltre

¹⁰ Si veda SEM, *Manuel asile et retour*, edizione 2019, disponibile (in francese) al: <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>, section C3

¹¹ Per le informazioni utili fornite l'autore desidera ringraziare, in ordine alfabetico, Karine Povlakic (Service d'aide juridique aux exilé-e-s, SAJE/EPER), Valerio Prato (International Social Service Switzerland), Gabriella Tau (Caritas Suisse e Centre suisse de défense des droits des migrants, CSDM) e Muriel Trummer (Amnesty International Svizzera). La responsabilità di qualsiasi errore o imprecisione è da imputarsi unicamente all'autore.

¹² I.e. l'insieme degli Stati che applicano il sistema di Dublino: gli UE-28 e gli EFTA-4.

¹³ UNHCR, *Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation*, agosto 2017, disponibile (in inglese) al: <http://www.refworld.org/docid/59d5dcb64.html>.

commentati le vie di diritto nazionali e internazionali attraverso le quali i richiedenti protezione possono far valere i loro diritti (sezione 5).

Questo studio integra lo studio redatto dalla Dr. Stephanie Motz su mandato del CSDM e UNHCR, intitolato “*Family reunification for refugees in Switzerland*”¹⁴.

2. Il sistema di Dublino: elementi istituzionali e interpretativi

2.1. Gli accordi di ripartizione dei richiedenti asilo e l’unità familiare: considerazioni generali

Poiché la ripartizione tra Stati delle responsabilità in materia di asilo implica una “distribuzione” fisica dei richiedenti tra i loro territori, gli accordi di ripartizione dell’asilo interferiscono inevitabilmente con l’unità familiare, che è basata sul fatto che ai familiari sia concesso di essere presenti nello stesso luogo simultaneamente. Questa incidenza, come rilevato, può essere positiva o negativa, a seconda di come l’accordo viene ideato e poi messo in opera.

Il primo progetto in materia fu avanzato nel 1979 dal Comitato Esecutivo del Programma dell’Alto Commissario delle Nazioni unite per i rifugiati (UNHCR). Nelle sue *Conclusions on Refugees without an Asylum Country*, il Comitato suggerì di creare un meccanismo internazionale di allocazione della competenza per prevenire le situazioni dette dei “rifugiati in orbita”¹⁵. Nel dettare le linee guida che avrebbero dovuto ispirare un tale meccanismo, il Comitato Esecutivo raccomandò in particolare che “le intenzioni dei richiedenti asilo” fossero prese in considerazione “nella misura del possibile”, e che i richiedenti fossero invitati ad inoltrare la loro domanda a un altro Stato solo nel caso in cui ciò fosse giustificato da un precedente “rapporto o da stretti legami”, e solo “se [...] giusto e possibile”. Secondo l’UNHCR, la nozione di “rapporto o stretti legami” include i rapporti familiari con persone che sono presenti in uno Stato, come anche i legami culturali e la connessione derivante dal fatto di aver precedentemente soggiornato nello Stato¹⁶. L’UNHCR ha altresì sottolineato che ogni sistema di allocazione della competenza necessita di avere come sua priorità “l’interesse del rifugiato a vedere la sua richiesta equamente e prontamente decisa, in un ambiente di supporto ai suoi bisogni psicologici e sociali”¹⁷. Nel complesso, i rapporti dell’ExCom e dell’UNHCR promuovono l’applicazione più ampia possibile del principio di unità familiare, combinata con la dovuta considerazione delle aspirazioni individuali dei richiedenti asilo.

Conformemente alle Conclusioni dell’ExCom, il sistema di Dublino cerca di evitare che si creino situazioni di orbita e di garantire l’accesso alle procedure d’asilo a ciascun richiedente. Tuttavia, il sistema è stato inizialmente concepito come una “misura di accompagnamento” all’abolizione dei controlli alla frontiera all’interno dell’UE, costruito attorno a priorità quali

¹⁴ S. Motz, *Family Reunification for Refugees in Switzerland - Legal Framework and Strategic Considerations*, CSDM ottobre 2017, disponibile al: <https://www.refworld.org/docid/5a0971d54.html>.

¹⁵ UNHCR ExCom, *Conclusioni sui Rifugiati senza paese di asilo* (Conclusions on Refugees without an Asylum Country), No. 15 (XXX), 1979, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/docid/3ae68c960.html>. Più in generale si veda A. Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, OUP, 2009, pp. 17-30. Sui rifugiati in orbita si veda G. Melander, “Refugees in Orbit”, *AWR Bulletin*, Vol. 16 (1978), pp. 59-75.

¹⁶ UNHCR, *Revisiting the Dublin Convention: Some Reflections by UNHCR in Response to the Commission Staff Working Paper*, 19 gennaio 2001, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b34c0.html>, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1 (traduzione libera).

evitare l'esame di multiple richieste, impedire ai richiedenti la possibilità di scegliere lo Stato competente per la loro richiesta e scoraggiare movimenti secondari¹⁸. In linea con questi obiettivi, le "intenzioni" dei richiedenti protezione non sono prese in considerazione ai fini della determinazione della competenza. Al contrario, gli Stati membri applicano criteri "oggettivi" concordati fra loro¹⁹. Inoltre, tali criteri non sono tutti basati sugli "stretti legami" del richiedente con particolari Stati membri. Al contrario, essi riflettono principalmente delle considerazioni di natura politica legate alla "progressiva creazione di un'area senza frontiere interne" (considerando 25 RD III). Come affermato dalla Commissione, il sistema di Dublino è fondato sul principio secondo cui

la competenza ad esaminare una domanda di protezione internazionale ricade *in primis* sullo Stato membro che ha svolto il ruolo maggiore in relazione all'ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio degli Stati membri, salvo alcune *eccezioni* mirate a proteggere l'unità del nucleo familiare²⁰.

Il fatto di porre in questo modo l'accento sulla competenza dello Stato in base all'ingresso o al soggiorno è piuttosto ostile ad una piena ed inclusiva protezione dell'unità familiare. Il problema è aggravato dal fatto che la procedura Dublino è tradizionalmente permeata da esigenze di celerità, che possono finire con il confliggere con un'accurata valutazione delle circostanze di ciascun caso²¹. Principalmente a causa di questi fattori, esiste nella pratica una forte tensione tra il sistema di Dublino e la protezione dell'unità familiare.

Tuttavia, vale la pena evidenziare che anche un sistema il cui obiettivo primario è la gestione della migrazione potrebbe in teoria garantire un'esauriente tutela dell'unità familiare. Dopotutto, si tratta soltanto di stabilire quanto debbano essere estese le "eccezioni" mirate a proteggere l'unità familiare, e quanto ampiamente debbano essere applicate. Per esempio, il "Safe Third Country Agreement" siglato tra gli Stati Uniti e il Canada nel 2002 prevede una "eccezione familiare" estremamente ampia alla sua regola di base del "paese di ultima presenza": in base agli articoli 1(1b) e 4(2a - b), la competenza ad esaminare la richiesta del richiedente ricade sullo Stato in cui i membri della famiglia ampiamente definita (inclusi, ad esempio, zii e nipoti) hanno un permesso di soggiorno regolare diverso da quello turistico, o sono presenti e abilitati a depositare una domanda di protezione²².

¹⁸ Per una ricostruzione storica, si veda "The Porous Dam: European Harmonization on Asylum In The Nineties", *IJRL*, Vol. 6, no. 2, (1994), pp. 159-193.

¹⁹ Il consenso della persona interessata è tuttavia richiesto per l'applicazione dei criteri basati sui legami familiari, esaminati in seguito nella sezione 3.

²⁰ Commissione Europea, *Proposta di Regolamento che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente*, supra nota 8, p. 3. Corsivo aggiunto.

²¹ Secondo il considerando 5 RD III, la determinazione della competenza deve avvenire con "rapidità" e non deve "pregiudicare l'obiettivo di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale". Più in generale, la CGUE ha osservato che il sistema di Dublino è stato adottato "al fine di razionalizzare il trattamento delle domande di asilo [...] tutto ciò con l'obiettivo principale di accelerare il trattamento delle domande nell'interesse tanto dei richiedenti asilo quanto degli Stati partecipanti" (*N.S. contro Secretary of State for the Home Department*, Caso C-411/10, CGUE, 21 dicembre 2011, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0411&from=EN>, § 79)

²² Si veda *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for cooperation in the examination of refugee status claims from nationals of third countries* (Safe Third Country Agreement), 5 dicembre 2002, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/pdfid/42d7b9944.pdf>. Per quanto concerne le difficoltà pratiche nell'applicazione della clausola, si veda tuttavia E. Arbel, "Shifting Borders and the Boundaries of Rights: Examining the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States", *IJLR*, vol. 25, no. 1 (2013), pp. 65-86, a p. 69.

Le clausole familiari incluse nel sistema di Dublino non sono mai state così ampie. Tuttavia, come verrà spiegato in seguito, i progressi fatti dal momento della stesura nel 1990 delle convenzioni di Schengen e di Dublino sono stati considerevoli, e l'unità familiare ha raggiunto un rango preminente tra le considerazioni che dovrebbero orientare l'interpretazione e applicazione del Regolamento.

2.2. Il sistema di Dublino: aspetti istituzionali

Come rilevato, il sistema di Dublino fu inizialmente istituito con le Convenzioni di Schengen e Dublino del 1990. In seguito al Trattato di Amsterdam, in vigore dal maggio 1999, la Convenzione di Dublino è stata trasformata in uno strumento di diritto europeo, il Regolamento Dublino II (RD II)²³ del 2003. Si è in seguito proceduto alla rifusione di quest'ultimo con il "Regolamento Dublino III" (RD III) del 2013, attualmente vigente²⁴.

In quanto parte del diritto europeo derivato, il Regolamento Dublino è soggetto alle norme del diritto primario dell'Unione Europea, e deve essere interpretato e applicato in conformità con le stesse. Questo include la Carta dei Diritti fondamentali (CFR)²⁵ e, in forza dell'articolo 78(1) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)²⁶, la Convenzione di Ginevra nonché gli "altri trattati pertinenti"²⁷. L'ultima parola circa la validità e l'interpretazione delle disposizioni del Regolamento spetta alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, ex articolo 19 del Trattato sull'Unione Europea, TUE)²⁸.

A questo ultimo proposito la posizione dei quattro Stati dell'EFTA, inclusa la Svizzera, è leggermente differente. Questi Stati non sono membri dell'UE e, di conseguenza, non sono direttamente vincolati alle decisioni della CGUE. Tuttavia, gli Accordi che li associano all'applicazione del sistema di Dublino postulano omogeneità giuridica tra tutti i Paesi dell'"area Dublino"²⁹. Più precisamente, questi accordi dichiarano il comune obiettivo delle parti di "assicurare un'applicazione quanto più omogenea possibile" dell'*acquis* di Dublino e prevedono procedure speciali per prevenire o abolire qualsiasi "divergenza sostanziale"³⁰. Alla luce di quanto precede, il TAF "contribui[sce] a un'uniforme applicazione prendendo in

²³ Consiglio dell'Unione Europea, *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*, OJ L 2003 50/1, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0343&from=IT> (in seguito "Regolamento Dublino II" o "RD II").

²⁴ Per un'analisi approfondita si veda C. Filzwieser, A. Sprung, *Dublin III-Verordnung - das europäische Asylzuständigkeitsystem: Kommentar*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2014; C. Hruschka, F. Maiani, "Dublin III Regulation (EU) No 604/2013", in Hailbronner and Thym (Eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Beck, 2016, pp. 1478-1604.

²⁵ Unione Europea, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, OJ 2012 C 326/02, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>

²⁶ UE, *Versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, OJ 2016 C 202/47, (in seguito "TFUE")

²⁷ Si veda fra gli altri N.S., Caso 411/10, supra n. 21, § 64 ss e 75.

²⁸ UE, *Versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea*, OJ 2016 C 202/13, (in seguito "TUE")

²⁹ Si veda l'Accordo di associazione della Svizzera a Dublino (Accordo del 26 ottobre 2004 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea relativo ai criteri e ai meccanismi che permettono di determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda di asilo introdotta in uno degli Stati membri o in Svizzera, RS 0.142.392.68, in seguito "AAD"), articoli 5-7.

³⁰ *Ibidem*. A. Cornu, "Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin", in C. Kaddous, M. Jametti Greiner (Eds.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents*, Helbing & Lichtenhahn, 2006, pp. 207-244.

considerazione la giurisprudenza della CGUE, [senza] distanziarsi da essa in assenza di giustificati motivi”, pur sottolineando di non esservi *stricto sensu* vincolato³¹.

È anche importante sottolineare che, come ricorda il considerando 32 RD III, il Regolamento non pregiudica gli obblighi internazionali in materia di diritti umani assunti dagli Stati membri, così come le competenze dei rispettivi organi di controllo³². Quindi, per esempio, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’uomo è vincolante per le amministrazioni nazionali quanto per tutto ciò che concerne la conformità alla CEDU delle misure adottate secondo il sistema di Dublino.

Da quanto detto sopra segue che le autorità nazionali che applicano il Regolamento Dublino devono costantemente tenere conto degli obblighi che derivano dalle convenzioni a tutela dei diritti dell’uomo di cui sono parte e dalle norme primarie europee per come sono interpretate dalla CGUE. Vale la pena richiamare già a questo punto in maniera generale gli obblighi che sono più direttamente rilevanti ai fini del nostro studio:

- Ogni qualvolta un’azione (o omissione) prevista dal Regolamento possa interferire con la “vita familiare” per come definita dall’articolo 8 CEDU, un concetto indipendente da e più ampio di quello di “famiglia” fornito dal Regolamento³³, le autorità competenti sono soggette all’obbligo generale di “trovare un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti dell’individuo e dell’intera società”³⁴. Questo obbligo ha anche una dimensione procedurale: il processo decisionale che determina l’adozione di misure che interferiscono con la vita familiare deve essere “equo e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi salvaguardati dall’articolo 8”³⁵. Pertanto, le autorità nazionali devono valutare nello specifico, alla luce delle circostanze del caso, le conseguenze delle loro azioni (o omissioni) sulla vita familiare delle persone coinvolte³⁶. Questo presuppone una completa istruttoria sui fatti rilevanti.
- Qualsiasi azione (o omissione) che interferisca con la “vita familiare” deve poter essere impugnata di fronte ad un’autorità nazionale indipendente e dotata dei poteri necessari per assicurare un “ricorso effettivo” ai sensi dell’articolo 13 CEDU.
- La protezione della vita familiare deve essere garantita senza ingiustificate disparità. Anche regole e decisioni che sono in sé e per sé conformi all’articolo 8 CEDU possono violare la Convenzione se sono discriminatorie ai sensi dell’articolo 14 CEDU³⁷.

³¹ DTAF, (decisioni pubblicate del TAF) 2017 vi/9, § 5.3.1 (traduzione libera). Si veda anche DTAF 2010/27, 2014/1, 2015/19. Le decisioni del TAF possono essere trovate al <https://www.bvger.ch/bvger/en/home/judgments/entscheidatenbank-bvger.html> inserendo il numero di riferimento della decisione.

³² In particolare, la cosiddetta presunzione *Bosphorus* di conformità con la CEDU non si applica alle misure adottate secondo il Regolamento Dublino: si veda *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Ricorso n. 30696/09, Corte EDU, 21 gennaio 2011, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.4d39bc7f2.html>, § 338 s.

³³ Si vedano sotto sezioni 3.3.1 e 4.3.1.

³⁴ Si veda, ad esempio, *L.H. et V.S. contre la Belgique*, Ricorso no. 67429/10, Corte EDU, 7 maggio 2013, disponibile (in francese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120614> § 72-74; *Paposhvili v. Belgium*, Ricorso no. 41738/10, Corte EDU, 13 dicembre 2016, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.5859459b4.html>, § 221.

³⁵ *Tanda-Muzinga v. France*, Ricorso no. 2260/10, Corte EDU, 10 luglio 2014, disponibile (in inglese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145653>, § 68 (traduzione libera).

³⁶ *Paposhvili v. Belgium*, supra nota 34, § 222 ss.

³⁷ Si veda, per esempio, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Ricorsi no. 9214/80, 9473/81 and 9474/81, Corte EDU, 28 maggio 1985, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.3ae6b6fc18.html>, *Hode and*

- In tutti i casi in cui siano coinvolti dei minori, siano essi accompagnati o meno, il loro interesse superiore deve costituire un criterio fondamentale in conformità alla Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo ed all'articolo 24 CFR. Questo principio influenza anche l'interpretazione dalla CEDU e la sua applicazione nei casi riguardanti dei minori³⁸.

Le linee guide pubblicate dalla SEM si riferiscono soltanto agli obblighi in materia di diritti umani come base per le "eccezioni" alla normale operatività del sistema di Dublino³⁹. Se da una parte è vero che i diritti umani possono ben legittimare o esigere l'uso delle deroghe discrezionali previste dal Regolamento, dall'altra restringere la loro rilevanza a questo aspetto non è conforme al concetto legislativo che sottostà al Regolamento stesso. Come si dimostrerà subito sotto, la protezione e la promozione attiva dei diritti umani figurano nel novero degli obiettivi principali del Regolamento Dublino. Quindi, sulla base dell'espressa volontà del legislatore, i diritti umani non debbono solo essere rispettati – se necessario attraverso deroghe caso per caso – ma debbono essere pienamente incorporati nell'interpretazione e nell'applicazione del Regolamento Dublino.

2.3. Il sistema di Dublino: considerazioni interpretative generali

Dalla sua introduzione nel 1990, il sistema di Dublino ha mantenuto inalterati le sue funzioni ed i suoi principi di base, nonostante continue critiche e proposte di revisione⁴⁰. Il legislatore UE ha per due volte "ribadito i principi che ispirano" il sistema "apportando i miglioramenti necessari in vista dell'esperienza acquisita" (si vedano i considerando 5 RD II e 9 RD III).

L'articolo 3(1) RD III ricapitola i "principi fondamentali" succitati:

1. Qualsiasi domanda presentata da un cittadino di un paese terzo all'"area Dublino" deve essere esaminata da uno degli Stati membri. Questo costituisce "l'obiettivo principale" del sistema, che secondo la CGUE "è volto a garantire l'effettivo accesso all'esame dello status di rifugiato del richiedente [bisogni di protezione]"⁴¹.
2. Ogni domanda deve, in principio, essere esaminata "da un singolo Stato membro".

Abdi v. The United Kingdom, Ricorso no. 22341/09, Corte EDU, 6 novembre 2012, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,509b93792.html>, § 42 ss.

³⁸ Si veda sotto, sezione 4.3.2

³⁹ SEM, supra n. 10, p. 8.

⁴⁰ Si veda, per esempio E. Guild *et al.*, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, 2014, Study for the European Parliament (EP), disponibile (in inglese) al: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU\(2014\)509989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU(2014)509989_EN.pdf); E. Guild *et al.*, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, 2015, Study for the EP, disponibile (in inglese) al: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU\(2015\)519234_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf); F. Maiani, *The Reform of the Dublin III Regulation*, 2016, Study for the EP, disponibile (in inglese) al: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf); M. Di Filippo, "The Allocation of Competence in Asylum Procedures under EU law: The Need to Take the Dublin Bull by the Horns", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 41-95.

⁴¹ *MA e altri contro Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, CGUE, 6 giugno 2013, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138088&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1330949>, § 54.

3. Lo Stato competente “dovrebbe essere quello che, secondo i criteri definiti [nel Regolamento] è competente”. Questi criteri, come già sottolineato, sono “obiettivi” (considerando 4 RD III), in quanto si applicano indipendentemente dal consenso o dalle preferenze del richiedente⁴².

Se si guarda oltre a tali aspetti, tuttavia, la storia del sistema di Dublino è una storia di costante evoluzione. Questo è particolarmente vero relativamente alla protezione dei diritti umani e della vita familiare. Il considerando 9 del nuovo Regolamento afferma che l’obiettivo della revisione del 2013 è quello di rafforzare “l’efficienza del sistema di Dublino e *la protezione offerta ai richiedenti*” (corsivo aggiunto). Altri 13 considerando approfondiscono ulteriormente questo aspetto. Qui di seguito sono segnalati quelli più rilevanti rispetto al nostro tema:

- Mentre il legislatore del 2003 sosteneva che l’unità familiare “dovrebbe essere preservata, nella misura compatibile con gli altri obiettivi perseguiti” dal sistema di Dublino (considerando 6 RD II), il legislatore del 2013 ha insistito sul fatto che l’interesse superiore del minore e il rispetto della vita familiare ai sensi della CEDU e della CFR devono essere un “criterio fondamentale” nell’applicazione del Regolamento (considerando 13 e 14 RD III; si veda sotto).
- Mentre il legislatore del 2003 giustificava la possibilità di trattare congiuntamente le domande presentate dagli appartenenti alla stessa famiglia per ragioni di mera efficienza (considerando 7 RD II), quello del 2013 sottolinea anche come questo favorisca che gli appartenenti alla stessa famiglia non vengano separati (considerando 15 RD III).
- Il considerando 17 suggerisce ora di applicare le clausole discrezionali, esaminate nella sezione 4 di questo studio, “in particolare per motivi umanitari e caritatevoli”.

Secondo i principi ermeneutici predominanti nel diritto UE, questi considerando – come gli altri che attestano il ruolo centrale assegnato dal legislatore ai diritti e al benessere dei richiedenti (si vedano i considerando dal 18 al 21, 24 e 27 RD III) – sono estremamente rilevanti ai fini dell’interpretazione del Regolamento⁴³.

Il nuovo “spirito” del Regolamento, come espresso dal preambolo, ha avuto un profondo impatto sull’interpretazione fatta dalla CGUE del testo nel suo insieme. Riferendosi al vecchio Regolamento, la Corte descriveva il sistema di Dublino come un insieme di “regole di carattere organizzativo che disciplinano i rapporti tra gli Stati membri”, e lo interpretava ponendo un forte accento sull’efficienza con effetti talvolta negativi per la protezione giuridica dei richiedenti⁴⁴. A partire dalla sentenza *Ghezelbash*, la Corte ha rivisto la sua posizione, ammettendo, per esempio, che le restrizioni apportate dalla sentenza *Abdullahi* al diritto di ricorso del richiedente dovessero considerarsi come superate. Fondamentale in questo

⁴² Soltanto l’applicazione dei criteri e delle clausole basate sui legami familiari sono subordinate al consenso della persona interessata: si vedano gli articoli 9, 10, 16 e 17(2) RD III.

⁴³ “Il dispositivo di un atto è indissociabile dalla sua motivazione e va pertanto interpretato, se necessario, tenendo conto dei motivi che hanno portato alla sua adozione” (*TWD Textilwerke c. Commissione*, C-355/95 P, CGUE, 15 maggio 1997, § 21).

⁴⁴ *Shamso Abdullah c. Bundesasylamt*, C-394/12, CGUE, 10 dicembre 2013, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=145404&doclang=IT>, § 56 ss.

cambiamento non è stata soltanto la formulazione di singole disposizioni o considerando, ma anche il “generale orientamento” della revisione del Regolamento. A questo proposito la Corte ha osservato che l’istituzione o il rafforzamento di diversi diritti ha trasformato i richiedenti in attori a tutto tondo del sistema, il quale non può più essere considerato come un semplice insieme di regole interstatali. Essa ha inoltre enfatizzato la chiara volontà del legislatore di predisporre una migliore protezione per il richiedente⁴⁵. Questo nuovo orientamento della giurisprudenza si applica a tutti gli aspetti del Regolamento Dublino III⁴⁶ e in particolare all’unità familiare⁴⁷.

In considerazione dell’oggetto di questo studio, è necessario soffermarsi ulteriormente sul considerando 14. Esso prevede che “conformemente alla [CEDU e alla Carta], il rispetto della vita familiare dovrebbe costituire un criterio fondamentale nell’applicazione, da parte degli Stati membri, del [...] Regolamento”. Tale formulazione non va interpretata nel senso che il diritto al rispetto dell’unità familiare deve essere semplicemente osservato⁴⁸, in quanto tale interpretazione la renderebbe superflua (si vedano i considerando 32 e 39 RD III). Il considerando 14 dovrebbe invece essere inteso come espressione della volontà del legislatore di integrare pienamente i diritti umani nel Regolamento:

- Menzionando il rispetto per la “vita familiare” nel preambolo come “criterio fondamentale” per le autorità esecutive, il legislatore chiarisce che l’intero Regolamento dovrebbe essere interpretato ed applicato alla luce di questo concetto. Di conseguenza, le autorità competenti dovrebbero non soltanto impedire le violazioni dell’articolo 8 CEDU, ma anche interpretare le disposizioni del Regolamento avvalendosi delle metodologie e dei concetti sviluppati in base a questa disposizione. In particolare, in armonia con la giurisprudenza della Corte EDU, le autorità dovrebbero evitare interpretazioni meccaniche ed eccessivamente formalistiche delle disposizioni pertinenti⁴⁹.
- L’affermazione che la vita familiare deve essere un “criterio fondamentale” implica *de plano* che in tutte quelle situazioni in cui si deve procedere a un bilanciamento tra l’interesse all’unità familiare e altri interessi concorrenti, al primo deve essere riconosciuto un peso significativo (si veda sotto, sezione 4).
- Infine, è interessante rilevare che il considerando 14 utilizza un’espressione mutuata dall’articolo 3 CRC ed essenzialmente estranea alla giurisprudenza relativa all’articolo

⁴⁵ *Mehrdad Ghezelbash c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Causa C-63/15, CGUE, 7 giugno 2016, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=179661&doclang=IT>

⁴⁶ Si veda, per esempio, *Al Chodor*, C-528/15, CGUE, 15 marzo 2017, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0528&lang1=en&lang2=IT&type=TXT&ancre>, § 33 ss.; *Tsegezab Mengesteab c. Bundesrepublik Deutschland*, C-670/16, CGUE, 26 luglio 2017, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0670&lang1=en&lang2=IT&type=TXT&ancre>, § 45 ss.

⁴⁷ A titolo di esempio, si veda *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie c. H. e R*, cause riunite C-582/17 e C-583/17, CGUE, 2 aprile 2018, § 81 ss.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, TAF , E-2700/2015, p. 6. Le decisioni del TAF possono essere trovate al: <https://www.bvger.ch/bvger/en/home/judgments/entscheidatenbank-bvger.html> inserendo il numero di riferimento della decisione.

⁴⁹ Si veda , ad esempio, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, supra n. 37. Circa la riduzione di eccessivo formalismo ai sensi dell’articolo 8 CEDU si veda, in generale, *Rodzevillo v. Ukraine*, Ricorso no. 38771/05, Corte EDU, 14 gennaio 2016, disponibile (in inglese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159791>, § 85; *Penchevi v. Bulgaria*, Ricorso no. 77818/12, Corte EDU, 10 febbraio 2015, disponibile (in inglese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150999>, § 57 e 71.

8 CEDU. Questa scelta redazionale, che non può essere casuale (si veda il considerando 13) ma viene lasciata inspiegata nei lavori preparatori, indica presumibilmente la volontà del legislatore di estendere alle questioni familiari l'approccio del "best interest" sviluppato nell'ambito della CRC. Secondo questa interpretazione, il rispetto per la vita familiare dovrebbe essere considerato come un "triplice concetto" nel contesto del Regolamento: a) come un diritto sostanziale nel senso appena descritto – cioè il diritto ad vedere la propria vita familiare esaminata e considerata come un "criterio fondamentale" dalle autorità competenti; b) come un principio giuridico interpretativo, che impone che le disposizioni giuridiche aperte a più letture devono essere intese nel senso che comporti la migliore protezione dell'unità familiare; c) come una regola di procedura, che esige che il processo decisionale includa una valutazione dell'impatto che la futura decisione potrebbe avere sulla vita familiare – e, ancora prima di questo, esige che l'esistenza di una vita familiare venga correttamente determinata dalle autorità⁵⁰.

2.4. Una panoramica delle regole e del procedimento Dublino

Il Regolamento Dublino fissa le regole per determinare quale sia lo Stato responsabile per un richiedente, definisce il contenuto e l'estensione della suddetta responsabilità – inclusi i doveri di "presa in carico" dei richiedenti e della loro "ripresa in carico" qualora dovessero spostarsi in un altro Stato membro – e stabilisce le regole procedurali e probatorie necessarie. Fornire una descrizione dettagliata del Regolamento e della procedura Dublino esula dallo scopo di questa ricerca⁵¹. Quello che segue è piuttosto un richiamo dei punti chiave, mentre le seguenti sezioni sono consacrate ad un'analisi dettagliata delle disposizioni relative alla famiglia.

Il primo passo della procedura Dublino, ogni qualvolta le autorità debbano stabilire qual è lo Stato responsabile o ricevano una richiesta di "presa in carico", consiste nell'esaminare i criteri di competenza⁵². La maggior parte di questi si trovano nel Capo III del Regolamento. I "criteri del Capo III" si applicano sulla base della situazione di fatto esistente al momento in cui la domanda di protezione è stata presentata per la prima volta in uno Stato membro (regola di "pietrificazione": articolo 7 (2) RD III). I criteri sono gerarchicamente ordinati e vanno applicati nell'ordine nel quale sono definiti dal Capo III (articolo 7 (1) RD III). Ne consegue che l'autorità procedente deve esaminare i criteri di rango superiore e assicurarsi che non siano applicabili prima di prendere in considerazione i criteri di rango inferiore.

A questo proposito, è opportuno ricordare che i criteri basati sui legami familiari (da qui in poi: "criteri familiari") sono posti in cima alla gerarchia e devono essere esaminati prima dei criteri basati su documentazione, ingresso e soggiorno. Perciò, l'autorità procedente non può trasmettere delle richieste di "presa in carico" basate su criteri di rango inferiore per il solo

⁵⁰ Si veda *mutatis mutandis* Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo, Commento Generale no. 14 (2013) sul diritto del minore a vedere il proprio interesse superiore garantito come considerazione primaria (*General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*) (art. 3, § 1), 29 maggio 2013, CRC /C/GC/14, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>.

⁵¹ Per un'analisi approfondita si vedano C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24; C. Hruschka, F. Maiani, supra n. 24. Per un'analisi esaustiva della giurisprudenza svizzera nell'ambito del sistema di Dublino si veda J.-P. Monnet, "La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de transferts Dublin", in S. Breitenmoser, S. Gless, O. Lagodny, *Schengen und Dublin in die Praxis – Aktuelle Fragen*, Dike/Nomos, 2015, pp. 359-439.

⁵² Nelle procedure di "ripresa in carico" i criteri ricoprono soltanto un ruolo marginale: si veda, *H. e R*, cause riunite C-582/17 e C-583/17, supra n. 47, § 80 ss.

fatto di aver trovato prove rilevanti (per esempio un “Eurodac hit” indicante l’entrata irregolare da un altro Stato membro). Prima di farlo, è suo dovere cercare ed esaminare le prove che potrebbero rendere applicabile uno dei criteri familiari. Agire altrimenti costituisce una chiara violazione del Regolamento e pregiudica la scelta legislativa di dare priorità all’unità familiare⁵³.

L’allocazione della competenza può avvenire anche sulla base di criteri posti al di fuori del Capo III: l’articolo 16 RD III sulle “persone a carico”, basato sui legami familiari, e l’articolo 3 (2) RD III, che stabilisce il criterio che si applica di prassi quando tutti gli altri sono inapplicabili. L’articolo 22 RD III stabilisce gli elementi probatori pertinenti.

Tutti questi aspetti sono esaminati nella sezione III, nella misura in cui concernono la vita familiare.

L’esame dei criteri non determina ancora la fine del procedimento. Infatti, le “clausole discrezionali” dell’articolo 17 RD III ammettono la possibilità per gli Stati membri di derogare ai criteri e ad altre regole stabilite dal Regolamento. In tutti i casi in cui l’applicazione di un criterio può pregiudicare la vita familiare, l’autorità deve valutare l’opportunità di una deroga alla luce delle pertinenti norme a tutela dei diritti umani, nonché di motivi umanitari e caritatevoli⁵⁴. Questo vale ad ogni stadio della procedura Dublino e non soltanto nella fase di “presa in carico”. Questi aspetti sono analizzati nella sezione 4.

Nel corso della procedura, i richiedenti godono di una vasta gamma di garanzie procedurali: il diritto ad essere informato, inclusa la possibilità di presentare informazioni e richieste relative alla famiglia (articolo 4 RD III); il diritto ad un colloquio personale, che può essere omesso soltanto in circostanze eccezionali (articolo 5 RD III); il diritto ad un ricorso sospensivo contro le decisioni di trasferimento, senza limiti di cognizione in fatto ed in diritto (articoli 26 e 27 RD III); il diritto all’assistenza legale e linguistica (articoli 27 (5) e (6) RD III). Ai minori non accompagnati o separati deve anche essere garantito un rappresentante qualificato e gli stessi devono beneficiare del diritto all’identificazione dei familiari (articolo 6 RD III). Questi temi procedurali non sono approfonditi nel presente studio. Tuttavia, la sezione 5 include alcune osservazioni sui rimedi nazionali e internazionali a disposizione dei richiedenti protezione.

2.5. Sintesi degli elementi principali

Le autorità svizzere devono interpretare il Regolamento Dublino nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e delle convenzioni internazionali rilevanti, incluse la Convenzione di Ginevra, la CAT, la CRC e la CEDU. Le autorità devono debitamente prendere in considerazione la giurisprudenza della CGUE, della Corte EDU e degli altri organi di controllo.

I diritti umani debbono essere integrati in ogni aspetto dell’interpretazione e dell’applicazione del Regolamento Dublino. In particolare, il considerando 14 RD III prevede specificamente che il rispetto per la vita familiare sia un “criterio fondamentale”. Questo implica che:

⁵³ Si veda UNHCR, *Left in Limbo*, supra n. 13, p. 43. Si veda anche TAF, D-2987/2019.

⁵⁴ J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 429 s.

- Le disposizioni del Regolamento relative alle famiglia dovrebbero essere interpretate ed applicate senza ingiustificati formalismi, ed in modo da assicurare la più ampia protezione all'unità familiare
- In tutte le situazioni in cui si deve procedere ad un bilanciamento tra l'interesse all'unità familiare e altri interessi concorrenti, al primo deve essere riconosciuto un peso significativo;
- Il processo decisionale deve includere una valutazione circa l'impatto che decisioni future potrebbero avere sulla vita familiare.

Gli aspetti relativi all'unità familiare vanno esaminati ad ogni stadio della procedura Dublino. Nelle procedure di presa in carico, i criteri familiari devono essere esaminati per primi e la loro applicabilità deve essere conclusivamente esclusa prima che criteri di rango inferiore vengano anche soltanto presi in considerazione. In aggiunta, laddove l'applicazione dei criteri o di qualsiasi altra misura prevista dal Regolamento possa compromettere la vita familiare, l'autorità deve vagliare l'opportunità di una deroga alla luce delle pertinenti norme a tutela dei diritti umani – in particolare dell'articolo 8 CEDU – nonché alla luce di considerazioni umanitarie e caritatevoli. Le garanzie procedurali stabilite esplicitamente od implicitamente dal Regolamento – come, ad esempio, il diritto di informazione, il diritto a un colloquio personale, il diritto a un rappresentante per i minori non accompagnati o separati e ad un ricorso effettivo – devono essere osservate lungo l'intera procedura.

3. La protezione della vita familiare nell'interpretazione e applicazione dei criteri Dublino

3.1. Panoramica dei criteri familiari e delle definizioni presenti nel Regolamento

Gli articoli dall'8 all'11, 16 e 20(3) RD III identificano lo Stato responsabile in base alla presenza sul territorio nazionale di parenti del richiedente. L'ambito di applicazione di questi criteri è variamente delimitato secondo (a) la natura dei legami familiari considerati; (b) il momento in cui il legame si è formato; (c) lo status giuridico del parente del richiedente al momento rilevante. La "clausola di pietrificazione", esaminata sopra, può anche fungere da importante limitazione in quanto impedisce alle autorità di prendere in considerazione fatti successivi alla presentazione della prima domanda di protezione presso uno Stato membro – per esempio l'instaurazione di legami familiari o l'acquisizione del "giusto" status da parte del familiare⁵⁵.

L'articolo 2(g) RD III fornisce la definizione di base di "familiare" applicabile ai sensi del Regolamento. Essa include il/la coniuge o il partner non legato da vincoli di matrimonio⁵⁶, i minori non sposati e, se il richiedente è un minore non sposato, il padre, la madre, o altro adulto responsabile. Tali legami familiari sono inclusi a condizione che "la famiglia fosse già costituita nel paese di origine" (da qui in poi, condizione di costituzione del legame familiare nel paese di origine).

⁵⁵ Si veda, ad esempio, DTAF 2013/24, § 4.3; J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 431-432.

⁵⁶ Il partner è incluso soltanto in presenza di una "relazione stabile" e se le leggi o le prassi nazionali relative ai cittadini di paesi terzi considerano le coppie di fatto alla stregua delle coppie sposate.

Questa definizione di base è variamente modificata o completata dai criteri di responsabilità, che stabiliscono anche le limitazioni allo status cui ci si è riferiti sopra. Pertanto, l'articolo 8 RD III prevede che i richiedenti minori non accompagnati siano da assegnare allo Stato membro nel quale si "trova[no] legalmente" i "familiari"⁵⁷, i fratelli o i "parenti"⁵⁸. L'articolo 9 RD III prevede il ricongiungimento del richiedente con i familiari che beneficiano della protezione internazionale in uno Stato membro "a prescindere dal fatto che la famiglia fosse già costituita nel paese di origine". L'articolo 10 RD III – l'unica disposizione che applica la definizione dell'articolo 2(g) RD III senza alcuna alterazione – prevede il ricongiungimento del richiedente e dei "familiari" che sono essi stessi richiedenti in attesa di una prima decisione di merito della loro richiesta. L'articolo 11 RD III prevede per i "familiari" o per i fratelli minori non coniugati, che presentano domanda contemporaneamente o quasi contemporaneamente nel medesimo Stato, che le domande siano tenute insieme. L'articolo 20(3) RD III prescrive che la situazione dei richiedenti e dei minori che li accompagnano sia indissociabile, appurato che essi siano "familiari" o che il minore sia nato dopo che il richiedente sia arrivato in uno Stato membro. Infine, l'articolo 16 RD III poggia su una definizione completamente differente di famiglia, poiché esso prevede di lasciare insieme o di ricongiungere il richiedente al figlio (a prescindere dall'età), fratello o genitore che sia "legalmente residente" in uno Stato membro, nel caso in cui esista un legame di dipendenza per un numero di cause specificate, e provato che la famiglia esistesse già nel paese di origine.

Nel rispetto dei principi interpretativi illustrati nella sezione 2, i criteri dovrebbero essere ampiamente applicati. Come la stessa Commissione ha raccomandato, "Gli stati membri (...) dovrebbero (...) applicare in modo *proattivo* e coerente le disposizioni sul ricongiungimento familiare"⁵⁹ (enfasi aggiunta).

Nella pratica, la maggiore sfida con cui i richiedenti si misurano nell'appellarsi ai criteri familiari innanzi alle autorità svizzere è quella di veder riconoscere i loro legami familiari come rilevanti. I maggiori ostacoli in tal senso sono rappresentati da una rigida interpretazione delle definizioni di famiglia fornite dal Regolamento (sezione 3.2). e dalla tendenza dell'amministrazione a considerare non provata l'esistenza di legami familiari (sezione 3.3). Ulteriori questioni sorgono nell'interpretazione dei criteri individuali, e sono esaminate di seguito nella sezione 3.4.

3.2 Le definizioni di "famiglia" del Regolamento: questioni interpretative

3.2.1 La necessità di interpretare le definizioni in modo ampio e flessibile

Le molteplici relazioni tra le definizioni di "famiglia" fornite dal Regolamento e la nozione di "vita familiare" secondo l'articolo 8 CEDU sono un fattore importante da considerare quando si interpreta e si applica il Regolamento.

- Per prima cosa, esiste una considerevole sovrapposizione. La "vita familiare" include senza difficoltà tutti i legami familiari contemplati dall'articolo 2(g) RD III. A seconda delle circostanze, la nozione di "vita familiare" potrebbe anche comprendere i legami

⁵⁷ Si noti che la regola si applica anche alla madre, al padre, all'adulto responsabile o al fratello di un minore sposato il cui coniuge non è legalmente presente in uno Stato membro.

⁵⁸ Cioè alle zie, agli zii o ai nonni maggiorenni. L'articolo 8 RD III aggiunge come condizione che questi debbano essere in grado di "occuparsi di lui/lei".

⁵⁹ Commissione Europea, *Agenda europea sulla migrazione*, supra n. 1, p. 13.

familiari allargati considerati altrove nel Regolamento⁶⁰. A fini pratici, si dovrebbe partire dall'assunto che la "vita familiare" esiste in tutte le situazioni contemplate dai criteri. Ciò ha importanti conseguenze sulla loro interpretazione ed applicazione, come chiarito qui di seguito.

- Ai sensi del considerando 14 del preambolo, il rispetto per la vita familiare deve essere un "criterio fondamentale". Come già detto, ciò esclude qualsiasi formalismo e richiede invece un'interpretazione ampia e flessibile dei concetti del Regolamento (si veda sopra, sezione 2.3).
- Al tempo stesso, le definizioni di "famiglia" stabilite nel Regolamento sono giuridicamente autonome da quella di "vita familiare" prevista dall'articolo 8 CEDU, e viceversa. Perciò, le condizioni relative all'esistenza di una "vita familiare" (come, per esempio, una valutazione della sua intensità fattuale) non dovrebbero essere meccanicamente trasposte alle varie definizioni di famiglia del Regolamento.

La SEM tende nella pratica a trascurare questi principi ermeneutici e a favorire un'interpretazione restrittiva delle definizioni di famiglia, che impone condizioni stringenti sia in termini sostanziali sia in termini probatori:

- Da una parte, è prassi della SEM aggiungere alle condizioni fissate nell'articolo 2(g) RD III la richiesta della prova che una relazione coniugale o genitoriale sia stabile ed esistente nei fatti (*tatsächlich gelebte und dauerhafte Beziehung*)⁶¹. Tuttavia, quando il Regolamento pone simili condizioni fattuali, esso le menziona esplicitamente (si vedano, in particolare, gli articoli 2(g), primo capoverso, e 8(2) RD III). In tutti gli altri casi, come il TAF ha stabilito nella sua giurisprudenza, l'unica questione pertinente è se il legame familiare in questione esista, senza che la sua intensità fattuale rivesta una qualsiasi importanza⁶². A maggior riprova di quanto si è detto, per espressa disposizione del Regolamento di esecuzione Dublino gli estratti dai registri pubblici costituiscono una prova sufficiente dell'esistenza dei rapporti familiari in parola⁶³.
- Dall'altra parte, è prassi della SEM escludere dalla definizione dell'articolo 2(g) RD III⁶⁴ quei matrimoni che, per una ragione o per un'altra, non soddisfano tutte le condizioni per il loro riconoscimento in Svizzera. Se è naturale per le autorità nazionali riferirsi a tali criteri nel giudicare la "validità" del matrimonio, si dovrebbe però avere cura di evitarne un'applicazione troppo rigida. L'articolo 2(g) RD III si riferisce alla legge e alla prassi dello Stato ospitante unicamente per stabilire (a) se le coppie non sposate debbano essere trattate in maniera

⁶⁰ Si veda Corte EDU, *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo - Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, 31 dicembre 2016, disponibile al: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ITA.pdf, § 235 ss e 245 ss.

⁶¹ Si veda, per esempio, DTAF 2017 VI/1. Si veda anche DTAF 2013/24 § 4.2 e 5.3; TAF, D-4248/2015, § 6.4; TAF, D-840/2017, § C e D; TAF, D-2137/2017, § I; TAF, D-2987/2019, § 7.1.

⁶² Si veda DTAF 2013/24, § 5.3; DTAF 2015/41 e DTAF 2017 VI/1, § 4.2

⁶³ Si veda Commissione Europea, *Regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione del 30 gennaio 2014 che modifica il regolamento (CE) n. 1560/2003 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 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* (in seguito "Regole di esecuzione" o "RE"), OJ L 2014 39/1, Allegato 1. Si veda anche di seguito, 3.3.1.

⁶⁴ Si veda, ad esempio, TAF, D-4424/2016, p. 9; TAF, E-4791/2017, p. 5.

comparabile a quelle sposate⁶⁵, e (b) se un adulto, che non sia il padre o la madre, possa essere riconosciuto come “responsabile” di un minore. In tutti gli altri casi, il riferimento al diritto nazionale manca ed i criteri derivati da esso come, per esempio, quelli circa la validità dei matrimoni, non possono essere applicati meccanicamente. Da un lato, in assenza di indicazioni contrarie, la nozione di “familiare” è una nozione autonoma di diritto europeo⁶⁶ – nozione che, come asserito, dovrebbe essere interpretata in modo ampio e flessibile ai sensi del considerando 14 RD III. D’altro lato, “riconoscere” (l’esistenza di) un matrimonio ai fini del Regolamento Dublino è cosa completamente diversa dal riconoscerlo per scopi civili: la prima forma di “riconoscimento” ha il solo scopo di stabilire quale sia lo Stato più indicato ad accogliere il richiedente per la durata della procedura di asilo. Nel rispetto del principio di non-formalismo derivante dal diritto CEDU, anche se la validità formale del matrimonio non è pienamente accertata, le autorità dovrebbero ritenersi convinte dell’esistenza di quest’ultimo ai fini dell’articolo 2(g) RD III ogni qualvolta il richiedente ed il suo coniuge “si considerino essi stessi sposati e (...) onestamente (desiderino) vivere *more uxorio*”⁶⁷. Senza dubbio, nei casi in cui il matrimonio violi apertamente l’*ordre public* del Paese ospitante può sorgere la questione se ad esso vada riconosciuta una qualsiasi valenza giuridica, incluso ai sensi di Dublino⁶⁸. Ciononostante, si sostiene qui che anche in casi come questi il criterio dell’*ordre public* dovrebbe essere applicato con attenzione. Nel caso di matrimoni che coinvolgono minori, in particolare, l’esclusione del legame familiare dallo scopo protettivo dell’articolo 2(g) RD III potrebbe essere uno strumento troppo approssimativo. Una valutazione individualizzata del “superiore interesse” come previsto dall’articolo 8 RD III potrebbe costituire l’approccio migliore⁶⁹.

Una simile cura nel valutare la realtà delle relazioni familiari e flessibilità nell’interpretazione del Regolamento dovrebbe essere impiegata quando si applica l’articolo 2(g) RD III a tutte le altre relazioni familiari ivi comprese.

3.2.2 La necessità di applicare le disposizioni familiari senza discriminazione

Le disposizioni relative alla famiglia del Regolamento stabiliscono distinzioni che potrebbero avere come conseguenza ingiustificate disparità di trattamento. Ciò è problematico ai sensi della CEDU. Come rilevato sopra, ogni qualvolta venga accertata l’esistenza di un legame familiare previsto dal Regolamento, si può presumere che l’articolo 8 CEDU sia anch’esso applicabile, e ciò comporta l’applicabilità dell’articolo 14 CEDU. Pertanto, qualsiasi discriminazione nel godimento della vita familiare determinata dall’applicazione dei criteri è vietata e deve essere evitata.

⁶⁵ Sulle relazioni tra partner non coniugati si veda, nel rispetto del diritto svizzero, DTAF 2012/5, § 3.3.2; TAF, E-747/2015, § 2.4.

⁶⁶ Si veda *mutatis mutandis* D.M. Levin c Staatssecretaris van Justitie, Causa 53/81, CGUE, 23 marzo 1982.

⁶⁷ Abdulaziz, Cabales and Balkandali, supra n. 37, § 63 (traduzione libera). Si veda anche DTAF 2013/24 §4.3.2 *in fine*.

⁶⁸ Si veda, ad esempio, TAF D-7084/2016.

⁶⁹ Nel (diverso) contesto dell’articolo 8 CEDU, si veda *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, Ricorso no. 60119/12, Corte EDU, 8 dicembre 2015, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,566843824.html>, § 44. Si noti che in questa decisione la Corte ha alla fine lasciato irrisolta la questione circa l’esistenza di “vita familiare” (§ 45 s) e, come rilevato dal Giudice Nicolaou nella sua opinione concorrente, c’erano pochi dubbi che i due richiedenti godessero a livello fattuale della “vita familiare”. Si veda anche sotto, sezione 4.

Qui di seguito viene riportato qualche esempio di disparità di trattamento che possono derivare dal Regolamento:

- Laddove le circostanze di formazione e separazione della famiglia possano essere legittimamente prese in considerazione – anche dal punto di vista dell’articolo 8 CEDU⁷⁰ – una netta distinzione tra le famiglie formatesi “[...] nel paese d’origine” e quelle formatesi dopo l’espatrio non è ammissibile, in quanto condurrebbe ad una disparità di trattamento tra situazioni che potrebbero, nei fatti, essere perfettamente comparabili⁷¹. Il fatto che il Regolamento applichi questa condizione della “costituzione nel paese di origine” ad intermittenza – ad esempio, non nei casi previsti dall’articolo 9 RD III e nemmeno ai legami familiari estesi aggiunti clausola per clausola dai vari criteri (ad esempio, “parenti” e “fratelli” ai sensi dell’articolo 8 RD III) – pone le basi per ulteriori disparità ingiustificate. Per esempio, secondo un’interpretazione squisitamente letterale degli articoli 2(g) e 8 RD III, la condizione della “costituzione del legame familiare nel paese di origine” potrebbe applicarsi al rapporto tra il minore non coniugato e sua madre, mentre risulterebbe inapplicabile alla relazione tra lo stesso minore e suo zio.
- Come rilevato, l’articolo 20 RD III rende indissociabili la situazione di un adulto richiedente e quella del minore che l’accompagna, fintanto che questi sono “familiari” o se il figlio è nato dopo l’arrivo del richiedente nell’Unione. I minori nati nei paesi di transito non rientrano nell’ambito di applicazione della disposizione, a meno che non si riesca a dimostrare che il legame familiare si era formato nel *loro* paese di origine, e che ciò sia considerato sufficiente ai sensi dell’articolo 2(g) RD III.
- La peculiare definizione di famiglia contenuta nell’articolo 16 RD III include il “figlio, fratello o genitore” del richiedente, ma esclude il coniuge, e nessuna giustificazione di ciò risulta evidente o è stata fornita nei lavori preparatori⁷². questa esclusione è particolarmente problematica proprio nei casi contemplati dall’articolo 16 RD III, caratterizzati da mutua dipendenza: è forse ammissibile contemplare il ricongiungimento di una donna incinta con la sorella che “risiede legalmente”, o l’anziano padre, ma *non* con il marito e padre del bambino in arrivo che “risiede legalmente”?
- Oltre alle definizioni di famiglia *stricto sensu*, diverse disposizioni del Regolamento creano bruschi effetti soglia. Si consideri, per esempio, il caso di un richiedente la cui moglie, a lungo rifugiata, viene naturalizzata qualche ora prima che lui – all’insaputa della moglie o delle autorità che hanno proceduto alla naturalizzazione – presenti la propria richiesta in un altro Stato. In una situazione come questa, l’articolo 9 RD III è, strettamente parlando, inapplicabile. È accettabile, tuttavia, che l’unità familiare venga fatta dipendere in questo modo da circostanze puramente fortuite?

Il rimedio tradizionale alle inadeguatezze e incoerenze del testo del Regolamento Dublino è l’uso delle clausole discrezionali, discusse di seguito (sezione 4). Tuttavia, almeno in alcuni dei casi sopra descritti, non è tanto una questione di formulare delle deroghe alle disposizioni del

⁷⁰ Si veda sotto, sezione 4.3.3, con riferimento ai legami familiari formati nei periodi di soggiorno “tollerato”.

⁷¹ Hode e Abdi, supra n. 37

⁷² C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 16, K1, definiscono questa omissioni “surprising”.

Regolamento quanto di interpretarle alla luce degli obiettivi, del sistema e dei principi del Regolamento.

Per esempio, è ampiamente riconosciuto che la condizione della “costituzione nel paese di origine” mira a prevenire possibili abusi volti a manipolare l’applicazione dei criteri⁷³. Se questo è vero, la condizione *non* dovrebbe essere interpretata nel senso di escludere automaticamente tutte le relazioni nate dopo l’espatrio, in quanto ciò va oltre il suo obiettivo. Piuttosto, dovrebbero escludersi i soli legami familiari formati all’infuori del paese di origine e per i quali sussista almeno una qualche apparenza di intento abusivo⁷⁴. Una tale restrizione teleologica, perfettamente accettabile dal punto di vista metodologico⁷⁵, è necessaria per conformare la condizione della “costituzione del legame familiare nel paese di origine” al principio di proporzionalità previsto dall’articolo 14 CEDU.

Altre incongruenze potrebbero essere eliminate attraverso un’interpretazione estensiva o analogica⁷⁶. Per esempio, piuttosto che procedere con le clausole discrezionali, si potrebbe scrupolosamente valutare se l’esclusione del coniuge dal campo di applicazione dell’articolo 16 RD III, o l’esclusione del figlio nato in transito da quello dell’articolo 20 RD III, siano state volute dal legislatore o dovrebbero piuttosto essere considerate come lacune del testo del Regolamento. Allo stesso modo, il rifugiato naturalizzato potrebbe (o, a seconda delle circostanze, dovrebbe) essere trattato come un rifugiato ai sensi dell’articolo 9 RD III⁷⁷, esattamente nello stesso modo in cui il TAF include nel campo di applicazione di questa disposizione i precedenti beneficiari di una protezione internazionale che al momento decisivo godono di un permesso di soggiorno ordinario (si veda sotto, sezione 3.4).

3.3 La definizione del Regolamento di “familiare”: questioni probatorie

3.3.1 Mezzi di prova e obblighi probatori

Un altro ostacolo significativo con cui si confrontano i richiedenti che invocano i criteri familiari è quello della prova dei legami familiari⁷⁸.

Il Regolamento Dublino e le Regole di esecuzione (RE) fissano due importanti principi in materia⁷⁹:

- Innanzitutto, gli Stati devono “verifica[re] in modo esauriente e obiettivo [...] considerate tutte le informazioni di cui dispongono *direttamente o indirettamente*, se è

⁷³ C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 2, K26.

⁷⁴ Per una formulazione più completa dell’argomentazione si vedano C. Hruschka, F. Maiani, supra n. 24. Si vedano anche, *mutatis mutandis*, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie c H. e R.*, Cause riunite C-582/17 e C-583/17, CGUE, Opinione dell’Avvocato Generale Sharpston, 29 novembre 2018, § 67 ss.

⁷⁵ K. Lenaerts, J. Gutierrez-Fons, *To Say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice* (2013), Academy of European Law Distinguished Lectures AEL 2013/9, disponibile (in inglese) al: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>, p. 28 s.

⁷⁶ Sull’interpretazione analogica nel diritto UE, si veda, ad esempio, K. Langenbucher, “Argument by Analogy in European Law”, *Cambridge Law Journal*, 1998, vol. 57, no. 3, pp. 481-521, in particolare a p. 510 ss.

⁷⁷ Come esempio simile, in cui tuttavia le autorità nazionali hanno optato per un’applicazione in serie delle clausole discrezionali, si veda Consiglio Europeo sui Rifugiati e gli Esiliati (ECRE), *Dublin II Regulation – Lives on Hold*, febbraio 2013, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/pdfid/513ef9632.pdf>, p. 35.

⁷⁸ Si vedano DTAF 2013/24, § 4.2, 4.3.2 e 5.3; DTAF 2015/41, § 7.1. Si veda anche TAF, E-747/2015.

⁷⁹ Entrambi i principi si rivolgono formalmente agli “Stati membri richiesti” ma, secondo quanto statuito TAF, questi sono pienamente applicabili anche nelle situazioni in cui uno Stato esamina la sua stessa competenza: DTAF 2015/41, §7.3 *in fine*.

accertata la [loro] competenza” a norma dei criteri (si veda l’articolo 3(2) RE, enfasi aggiunta). Questo principio evidenzia la natura obiettiva, e non contraddittoria, dei procedimenti Dublino e i doveri inquisitori dell’amministrazione (si veda in seguito, sezione 3.3.2). Nella pratica, ogni qualvolta la SEM abbia a sua disposizione informazioni circa l’esistenza dei legami familiari (per esempio, attraverso le dichiarazioni dei richiedenti), essa non può non considerarle ma deve al contrario darvi seguito, anche quando queste tendono ad indicare che la Svizzera diventerebbe lo Stato competente⁸⁰.

- L’articolo 22(4) RD III sancisce ulteriormente che “il requisito della prova non deve andare oltre quanto necessario ai fini della corretta applicazione del [presente] Regolamento”. L’oggetto stesso della procedura – determinare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione, cioè una situazione di soggiorno provvisoria – così come le esigenze di celerità che sono alla base del Regolamento⁸¹, implicano entrambi un livello probatorio ridotto. Infatti, come ha confermato il TAF, “la competenza a trattare una domanda di asilo dovrebbe essere, in principio, determinata sulla base del minor numero di requisiti di prova possibile”⁸². Questo è in effetti un principio di lunga data, concordato dagli Stati membri nella Decisione 1/97 del “Comitato istituito dall’articolo 18”, un organo nato sotto l’egida della Convenzione di Dublino del 1990. La Decisione 1/97, che è stata citata con approvazione dalla Commissione nel quadro della proposta del Regolamento Dublino II, continua come segue: “Gli Stati membri dovrebbero accettare di assumere la competenza dell’esame della richiesta anche in base ad una prova indiziaria dal momento che da un esame globale della situazione del richiedente asilo risulta che lo Stato membro in questione, in tutta verosimiglianza, è competente”⁸³. Ciò ha trovato espressione nel testo dello stesso Regolamento (si veda l’articolo 22(5) RD III, discusso di seguito) e vieta, in particolare, di ostinarsi sulla prova positiva dell’esistenza delle relazioni familiari.

Oltre a questi principi generali, l’articolo 22 RD III distingue tra “prova” e “circostanze indiziarie”. Le prime sono sufficienti per stabilire la competenza in assenza di prova contraria. Le seconde sono in grado di farlo solo se “coerenti, verificabili e sufficientemente particolareggiate” (si vedano gli articoli 22(3) e (5) RD III)⁸⁴. L’Allegato II, Elenco A delle Regole di esecuzione che enumera gli elementi probatori, include, tra gli altri, gli “estratti dai registri”, come anche ogni altro “documento comprovante il legame di parentela, [ove disponibile]”. Come confermato dal TAF, una prova di questo tipo deve essere accettata come sufficiente per stabilire l’esistenza del legame familiare, eccetto laddove la lettera del Regolamento richieda la prova di ulteriori circostanze fattuali (si veda sopra, sezione 3.2.1). I dubbi circa l’autenticità dei documenti e delle prove prodotte non sono sufficienti per privarli dei loro effetti probatori. Per farlo, l’amministrazione deve produrre una prova contraria, cioè

⁸⁰ Si veda TAF, D-2987/2019, in particolare al § 8.3 f. Si vedano anche C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 22, articolo 7, K6.

⁸¹ Si vedano il considerando 5 RD III e N.S., Causa C-411/10, supra n. 19.

⁸² Si veda DTAF 2015/41, §7.2 (traduzione libera, ispirata al testo dell’Unione Europea in italiano, *Decisione n. 1/97 del 9 settembre 1997 del comitato istituito dall’articolo 18 della convenzione di Dublino del 15 giugno 1990, relativa a talune disposizioni per l’attuazione della convenzione*, 14 ottobre 1997, OJ L 281/1 – 281/25).

⁸³ Commissione Europea, 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, 26 luglio 2001, COM(2001) 447 definitivo, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001PC0447&qid=1577568487703&from=IT>.

⁸⁴ Si veda anche DTAF 2015/18, § 4.1.4, in cui il TAF indica i livelli probatori che devono essere soddisfatti come prova o una “*faisceau d’indices cohérents, vérifiables et suffisamment détaillés*” dell’esistenza del legame parentale.

provare l'assenza di autenticità⁸⁵. Va anche ricordato che, in accordo con la lettera delle Regole di esecuzione (*ibidem*), il test del DNA può essere richiesto solo "in mancanza" di altre forme di prova e "se necessario", e deve pertanto essere considerato come *ultima ratio* – non come un tipo di prova che può essere richiesta regolarmente⁸⁶.

Le "indicazioni verificabili del richiedente asilo", come anche le "dichiarazioni dei familiari interessati", sono elencate come prove indiziarie nelle Regole di esecuzione (RE) (Elenco B), insieme ai rapporti informativi o la conferma delle informazioni da parte di un'organizzazione internazionale come l'UNHCR. Come evidenziato pocanzi, tale prova indiziarie non può non essere considerata e dovrebbe invece essere esaminata seriamente e accettata come sufficiente ogni qualvolta essa possieda le qualità descritte nell'articolo 22(5) RD III⁸⁷. Inoltre, come la Corte di Giustizia Europea ha statuito in un contesto legale simile, qualora si giudichi in assenza di prove documentali dei legami familiari e si valuti la prova indiziarie offerta, gli Stati membri devono prendere in considerazione la situazione concreta dei richiedenti protezione, le difficoltà cui essi stanno facendo fronte nel procurare la prova, come anche l'interesse superiore di ogni minore coinvolto⁸⁸.

Questi principi probatori coincidono con quelli che la Corte EDU ha stabilito in relazione all'articolo 8 CEDU⁸⁹. In *Tanda-Muzinga*, la Corte ha statuito che i procedimenti che interferiscono con la vita familiare devono "offrire garanzie di *flessibilità*, tempestività e effettività" (enfasi aggiunta)⁹⁰. La Corte ha anche ribadito la necessità per le autorità decisionali di prendere in considerazione elementi di prova diversi da quelli formali, incluse le dichiarazioni dei familiari e le informazioni fornite da organizzazioni internazionali. Riguardo alle particolari difficoltà cui sono confrontati i richiedenti asilo, la sentenza ricorda infine che "in diversi casi è appropriato riconoscere loro il beneficio del dubbio nel valutare la credibilità delle loro dichiarazioni e dei relativi documenti trasmessi"⁹¹.

Per concludere su questo punto: tutte le norme applicabili indicano la necessità che le autorità nazionali adottino un approccio flessibile, costruttivo e proporzionato nel valutare la prova dell'esistenza dei legami familiari. Il Regolamento e le sue Regole di esecuzione rendono determinante qualsiasi prova formale che il richiedente può produrre, salvo prova contraria.

⁸⁵ Si vedano DTAF 2013/24, § 5.3; DTAF 2015/41, § 7.1 e 7.3.

⁸⁶ Commissione Europea, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione: documento di accompagnamento alla relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla valutazione del sistema di Dublino* (Commission Staff Working Document: Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system), 6 giugno 2007, SEC(2007) 742, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/docid/47fdfb080.html>, p. 24. Si veda anche UNHCR, *Nota dell'UNHCR sul test del DNA per stabilire le relazioni familiari nel contesto dei rifugiati* giugno 2008, disponibile al: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513d45a4>, p. 4.

⁸⁷ Per un esempio positivo della prassi svizzera a questo proposito si veda DTAF 2013/24, § 4.3.2.

⁸⁸ *E. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-635/17, CGUE, 13 Marzo 2019, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62017CJ0635&lang1=en&lang2=IT&type=TEXT&ancre>, § 65 e 76 ss. Il contesto legale descritto nella decisione – quello della Direttiva del Consiglio 2003/86/CE del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, OJ L 2003 251/12, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0086&from=IT> – è comparabile in diversi modi a quello del sistema di Dublino. Le regole probatorie della Direttiva, seppur meno specifiche, impongono allo stesso modo che le prove dei legami familiari diverse da quelle documentali siano prese in considerazione, tenendo conto dell'interesse superiore del minore e del diritto al rispetto della vita familiare: si veda *ibidem*, § 7 ss.

⁸⁹ Questi principi sono applicabili in forza delle connessioni tra l'articolo 8 CEDU e le definizioni di famiglia del Regolamento segnalate sopra nella sezione 3.2.1.

⁹⁰ *Tanda-Muzinga*, supra n. 35, § 82 (traduzione libera).

⁹¹ *Ibidem*, § 69 e 79 (traduzione libera).

Questi documenti riconoscono anche ai richiedenti il diritto di ricorrere ad una vasta gamma di materiali di prova, incluse le loro stesse dichiarazioni verificabili. Infine, il Regolamento fissa dei livelli probatori ridotti – e ciò è rinforzato dal principio del “beneficio del dubbio” che può essere derivato dall’articolo 8 CEDU.

3.3.2 I doveri dell’amministrazione di stabilire in maniera proattiva l’esistenza di legami familiari

Le autorità che conducono la procedura Dublino non dovrebbero essere soltanto aperte alle prove prodotte dal richiedente, ma dovrebbero anche aiutarlo proattivamente nella determinazione dell’esistenza dei legami familiari. Questo risulta chiaramente anche da una pluralità di fonti.

Ai sensi del diritto svizzero, la procedura Dublino è inquisitoria piuttosto che accusatoria (*Untersuchungsgrundsatz, maxime inquisitoire*). Da ciò consegue che è dovere della SEM stabilire d’ufficio tutti i fatti rilevanti, inclusi quelli relativi alla situazione familiare del richiedente. Questo dovere è bilanciato dal dovere del richiedente di cooperare così come dal suo diritto di prendere parte alla procedura in particolare attraverso un colloquio (si vedano gli articoli 4 e 5 RD III). Dunque, il richiedente assume la peculiare responsabilità di cooperare per stabilire la sua situazione personale. Tuttavia, l’amministrazione non è autorizzata a fare ricadere l’onere della prova dei legami familiari sul richiedente: una volta che il dovere di cooperare del richiedente è stato adempiuto, e ci sono ancora degli aspetti da chiarire, spetta alla SEM indagare fino a quando le esigenze probatorie descritte più in alto non vengano soddisfatte⁹².

Questo principio del diritto pubblico svizzero è conforme al Regolamento Dublino ed alle Regole di esecuzione, che prevedono altresì un ruolo attivo per le autorità che conducono la procedura (si veda sopra, sezione 3.3.1).

Gli obblighi per l’amministrazione di assumere un atteggiamento proattivo sono ancora più pronunciati quando si tratta di applicare i criteri previsti dall’articolo 8 RD III relativi ai minori non accompagnati. Da una parte, l’articolo 6(4) RD III esige che gli Stati membri adottino “il prima possibile opportune disposizioni per identificare i familiari [...] nel territorio degli Stati membri, sempre tutelando l’interesse superiore del minore”. Nell’assolvere questo obbligo di identificazione dei familiari, gli Stati membri possono avvalersi dell’assistenza delle organizzazioni competenti (come, ad esempio, la Croce Rossa). Dall’altra parte, l’articolo 12(4) RE esige che lo Stato membro procedente consulti gli altri Stati membri ogni qualvolta esso “disponga di informazioni che rendono possibile iniziare l’identificazione e/o il reperimento di un suo familiare”. Essenzialmente, questi passaggi dovrebbero essere intrapresi d’ufficio il prima possibile dopo la presentazione della domanda, anche quando il minore non dispone di informazioni da offrire circa la posizione della sua famiglia⁹³.

⁹² Sull’articolazione della massima inquisitoria e della sua relazione con il dovere di cooperare del richiedente si veda, per esempio, DTAF 2015/4, § 3.2. Per una concreta applicazione si veda, ad esempio, TAF, D-5170/2018, p. 5 ss.

⁹³ Si veda UNHCR, *Left in Limbo*, supra n. 13, p. 75 ss; ICFI, *Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation – Final Report, Study for the European Commission*, marzo 2016, disponibile (in inglese) al: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/docs/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_en.pdf, p. 17 s.

Gli articoli 6(4) RD III e 12(4) RE dovrebbero guidare la prassi degli Stati anche al di là del loro campo di applicazione formale. Infatti, l'identificazione dei familiari con l'assistenza delle organizzazioni internazionali competenti, e le consultazioni con altri Stati membri quando vi sono indicazioni della presenza di parenti sul loro territorio, dovrebbero essere intesi come dei modi per adempiere ai generali doveri inquisitori dell'amministrazione spiegati sopra. Secondo buona prassi, la SEM dovrebbe applicare queste disposizioni sistematicamente anche nei confronti di richiedenti che non siano minori non accompagnati, specialmente se il richiedente è in altro modo una persona vulnerabile.

3.3.3 Questioni relative al momento di produzione delle prove dei legami familiari

Ai fini di tre criteri relativi alla famiglia – articoli 8, 10 e 16 RD III – l'articolo 7(3) RD III esige che gli Stati membri prendano in considerazione qualsiasi elemento di prova disponibile circa la presenza di un familiare o di un parente nel territorio di uno Stato membro, a condizione che tale prova venga prodotta prima dell'accoglimento di una richiesta di presa o di ripresa in carico⁹⁴ e che una prima decisione sul merito non sia ancora stata presa⁹⁵. Un'implicazione importante di questa regola consiste nel fatto che le autorità nazionali non possono ignorare le prove circa l'esistenza di legami familiari adducendo il pretesto che una richiesta di presa o di ripresa in carico sia già stata inoltrata, e che dunque la procedura sia per loro da ritenersi "chiusa"⁹⁶.

Resta poco chiaro il perché i rimanenti criteri relativi alla famiglia – gli articoli 9 e 11 RD III – siano stati esclusi dal campo di applicazione dell'articolo 7(3) RD III⁹⁷, e se tale esclusione debba essere intesa letteralmente ed applicata strettamente⁹⁸ o meno⁹⁹. I lavori preparatori lasciano intendere un errore di stesura. La regola inizialmente proposta dalla Commissione consisteva in una vera e propria eccezione alla "clausola di pietrificazione" dell'articolo 7(2) RD III che sarebbe stata applicabile a tutti i criteri familiari¹⁰⁰. In seno al Consiglio, è stata però espressa la preoccupazione che tale eccezione potesse incoraggiare i richiedenti a concludere dei matrimoni di convenienza per rendere applicabile l'articolo 9 RD III che, come detto, si applica anche ai legami familiari sorti dopo l'espatrio¹⁰¹. Di conseguenza, la Presidenza ha proposto un testo di compromesso in cui si escludeva l'articolo 9 RD III dal campo di applicazione dell'articolo 7(3) RD III. L'attuale articolo 11 RD III, che non presenta questo rischio, è stato anch'esso escluso senza alcuna spiegazione e probabilmente a causa di

⁹⁴ Sulla rilevanza limitata che i criteri familiari possono avere nelle procedure di ripresa in carico si veda *H. e R.*, cause congiunte C-582/17 e C-583/17, supra n. 47, § 80 ss. Per un'interpretazione dell'articolo 7(3) RD III come una deroga più generale alla regola per cui i criteri di competenza non si applicano alle procedure di ripresa in carico, si veda DTAF 2017 VI/5, § 6.2 ss e 8.2 ss.

⁹⁵ Sulla nozione di "prima decisione nel merito", si veda sotto sezione 3.4.2.

⁹⁶ C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 7, K7

⁹⁷ *Ibidem*, K8.

⁹⁸ Si veda, ad esempio, TAF, E-6932/2016, § 6.3.

⁹⁹ Si veda implicitamente TAF, D-2359/2014.

¹⁰⁰ Si veda Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente*, supra n. 8, articolo 7(3).

¹⁰¹ Consiglio dell'UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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* (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person), doc. no. 12364/09, 27 luglio 2009, disponibile (in inglese) al: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12364-2009-INIT/en/pdf>, p. 37 s.

una svista¹⁰². In seguito, l'articolo 7(3) RD III è stato trasformato da eccezione alla "clausola di pietrificazione" in una norma squisitamente probatoria¹⁰³, così sopprimendo qualsiasi rischio che potessero essere conclusi matrimoni "post-richiesta" per innescare l'articolo 9 RD III. Con cambiamento, la ragion d'essere dell'esclusione dell'articolo 9 è venuta meno. Tuttavia questo è apparentemente sfuggito ai redattori del Regolamento¹⁰⁴. Per concludere, non vi è alcuna ragione obiettiva per escludere gli articoli 9 e 11 RD III dal campo di applicazione dell'articolo 7(3) RD III. Per di più, l'esclusione genera incertezza circa la scadenza applicabile alla produzione delle prove ai sensi di questi due criteri. La soluzione più ragionevole consiste nell'interpretare l'articolo 7(3) RD III come applicabile a tutti i criteri familiari. In alternativa, come proposto da AG Sharpston, siccome l'esclusione era stata in origine ispirata da un timore di abuso, questa dovrebbe essere applicata soltanto nei casi nei quali vi è indizio dello stesso¹⁰⁵.

Prima di concludere su questo punto, è importante sottolineare che l'articolo 7(3) RD III pone soltanto esigenze minime ai fini dell'applicazione dei criteri: questo non *proibisce* agli Stati membri di prendere in considerazione le prove prodotte in un momento ulteriore. In più, l'articolo 7(3) RD III non è applicabile quando si tratta di provare l'esistenza di "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8 CEDU (si veda sotto, sezione 4)¹⁰⁶.

3.4 Questioni interpretative relative ai singoli criteri

3.4.1 I criteri relativi al minore e le questioni concernenti l'accertamento dell'età

L'articolo 8 RD III è al primo posto nella gerarchia e stabilisce un gruppo di criteri autonomi applicabili ai richiedenti minori non accompagnati¹⁰⁷. Ai sensi dell'articolo 8(1) RD III, la

¹⁰² Consiglio dell'UE, *Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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 (rifusione)* (Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)), doc. no. 12328/09, 29 luglio 2009, disponibile (in inglese) al: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12328-2009-INIT/en/pdf>, articolo 7(3)

¹⁰³ Si veda Peers et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition – Volume 3: EU Asylum Law*, Brill/Nijhoff, 2015, p. 357. In merito all'ipotesi di deroga che l'articolo 7(3) deroghi al 7(2) RD III, si vedano C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 7, K9.

¹⁰⁴ Consiglio dell'UE, *Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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 (rifusione)* (Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)), doc. no. 17167/09, 16 dicembre 2009, disponibile (in inglese) al: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17167-2009-INIT/en/pdf>, p. 17, e Consiglio dell'UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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* (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person), doc. no. 9191/11, 26 aprile 2011, disponibile (in inglese) al: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9191-2011-INIT/en/pdf>, p. 34.

¹⁰⁵ *H. e R.*, cause congiunte C-582/17 e C-583/17, AG Sharpston, supra n. 74, § 67 ss.

¹⁰⁶ Similmente si vedano C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 7, K10.

¹⁰⁷ Di tutti gli altri criteri, soltanto l'articolo 11 si applica per sua espressa previsione ai richiedenti minori non accompagnati (si veda sotto, sezione 3.4.2).

competenza deve essere assegnata allo Stato membro in cui i “familiari” o i fratelli si trovano legalmente. Il paragrafo 2 assegna la competenza allo Stato in cui i “parenti” che “[possono] occuparsi di lui/lei” si trovano legalmente. Nel caso in cui non ci sia alcuna connessione familiare, lo Stato competente è quello in cui il minore ha presentato la sua richiesta e si trova¹⁰⁸.

Al contrario di quanto potrebbe suggerire la “regola gerarchica” dell’articolo 7(1) RD III, non esiste alcun ordine predeterminato per l’applicazione dei criteri dell’articolo 8 RD III. La selezione del paragrafo applicabile e la scelta dello Stato competente nei casi in cui sussistano legami parentali in più di uno Stato membro devono essere fatte alla luce di un’analisi personalizzata dell’interesse superiore del minore (si vedano gli articoli 8(3) e 6(1) RD III). Peraltro, sia la lettera dell’articolo 8 RD III, sia il principio dell’interesse superiore che lo governa, sia l’obiettivo a esso sotteso – fornire a questi richiedenti “particolarmente vulnerabili”¹⁰⁹ quante più possibilità di godere dell’assistenza della famiglia - indicano che il termine “trovarsi legalmente” dovrebbe essere interpretato ampiamente, in modo da comprendere qualsiasi forma di presenza conforme alla legge sul territorio di uno Stato membro¹¹⁰.

Ai sensi dell’articolo 20(3) RD III la posizione del minore che accompagna un adulto è indissociabile da quest’ultima, purché essi siano “familiari” e purché questo sia nell’interesse superiore del minore. La clausola ha lo scopo di prevenire le separazioni, e in tal modo completa l’articolo 8 RD III, che mira a porvi rimedio. Come è stato affermato sopra, l’articolo 20(3) dovrebbe essere applicato ampiamente, in modo da comprendere quelle situazioni che altrimenti sarebbero escluse dal suo campo di applicazione a causa della condizione della “costituzione del legame familiare nel paese di origine”.

Siccome le ampie possibilità di ricongiungimento familiare previste dai criteri dell’articolo 8 sono riservate ai minori, l’accertamento dell’età è un passaggio cruciale e spesso controverso. Nel maggio 2019, il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo (CRC) ha ricapitolato i principi applicabili in materia in delle Osservazioni adottate a seguito di reclami individuali contro la Spagna¹¹¹. Tali principi meritano di essere qui riassunti e messi in relazione con la pratica svizzera.

In primo luogo, a una persona che fa valere la minore età deve “essere dato il beneficio del dubbio e trattato come un minore” durante lo stesso procedimento di accertamento dell’età. Quindi, il principio dell’“interesse superiore” deve essere osservato durante tutta la procedura, e “un rappresentante legale qualificato, con le necessarie competenze linguistiche”

¹⁰⁸ Si veda *MA e altri*, C-648/11, supra n. 41.

¹⁰⁹ Si veda *mutatis mutandis MA e altri*, C-648/11, supra n. 41, § 54 ss.

¹¹⁰ Si veda in questo senso DTAF 2016/1, § 4.2.

¹¹¹ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo (CRC), *A.L. v Spain*, comunicazione no. 16/2017, 10 luglio 2019, CRC/C/81/D/16/2017, disponibile (in inglese) al: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%252FC%252F81%252FD%252F16%252F2017&Lang=en; Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo (CRC), *J.A.B. v. Spain*, comunicazione no. 22/2017, 9 luglio 2019, CRC/C/81/D/22/2017, disponibile (in spagnolo) al: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%252FC%252F81%252FD%252F22%252F2017&Lang=en.

deve essere nominato già a questo stadio¹¹². Non è chiaro se quest'ultima garanzia è pienamente e sistematicamente rispettata ai sensi della legge e della prassi svizzera¹¹³.

Per quanto attiene ai mezzi ed alle esigenze di prova, il CRC ha stabilito i seguenti punti:

- Come già previsto del Regolamento, i documenti d'identità prodotti dalla persona interessata devono essere considerati autentici fino a quando non viene provata la loro falsità¹¹⁴. Questo standard non è soddisfatto quando i documenti ufficiali non vengono acquisiti sulla base di sospetti generici fondati sulle possibilità di ottenere dei documenti falsi nel Paese di provenienza del richiedente¹¹⁵.
- Il rifiuto di sottoporsi all'accertamento medico dell'età non può essere considerato come determinante la maggiore età¹¹⁶.
- In assenza di documenti di identità o di altre prove appropriate, gli Stati devono procedere ad una "valutazione esaustiva circa lo sviluppo fisico e psicologico del minore, condotta da pediatri specializzati o da altri [qualificati] professionisti". L'aspetto fisico non può mai essere considerato come determinante poiché "l'accertamento dell'età non deve soltanto prendere in considerazione l'aspetto fisico [...] ma anche [...] la maturità psicologica"¹¹⁷. L'accertamento deve essere "espletato in maniera rapida, adatta ai minori, rispettosa della dimensione di genere e culturalmente appropriata, includendo interviste [...] in una lingua che il minore capisce". In questo contesto, "le dichiarazioni del minore devono essere considerate"¹¹⁸. La necessità che una "valutazione esaustiva" venga espletata in ogni caso esclude l'accettazione automatica, esplicita o implicita, degli accertamenti dell'età effettuati in altri Stati membri¹¹⁹.

Mentre, fatti salvi alcuni aspetti, la giurisprudenza del TAF sembra corrispondere ai principi summenzionati, la prassi svizzera è caratterizzata dal crescente ricorso a tecniche mediche basate sull'esame delle ossa e dell'apparato dentale. Sia il CRC che il TAF hanno sottolineato che la radiografia della mano, combinata con il metodo Greulich e Pyle, non è sufficientemente affidabile¹²⁰. Il TAF sembra tuttavia assegnare un grande valore probatorio a più sofisticate tecniche di esame delle ossa e dell'apparato dentale, a detrimento dell'accertamento olistico previsto dal CRC¹²¹. Questo dovrebbe essere riconsiderato alla luce della chiara indicazione

¹¹² CRC, *A.L. v Spain*, supra n. 111, § 12.3 e 12.8 (traduzione libera).

¹¹³ Si veda Ufficio Europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *EASO Practical Guide on age assessment, Second edition*, 2018, disponibile (in inglese) al : <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf>, p. 107; TAF, E-7333/2018, § 2.3.

¹¹⁴ CRC, *A.L. v Spain*, supra n. 111, § 12.4 (certificato di nascita); CRC *J.A.B. v. Spain*, supra n. 111, § 13.4 (passaporto).

¹¹⁵ Si veda TAF, D-5795/2015, § 3.5 (passaggio non pubblicato della DTAF 2016/1); si veda, in ogni caso, a titolo di esempio dell'interpretazione criticata nel testo, DTAF 2018 VI/3, § 5.2.

¹¹⁶ CRC, *J.A.B. v. Spain*, supra n. 111, § 13.4.

¹¹⁷ CRC, *A.L. v Spain*, supra n. 111, § 12.7 (traduzione libera). Si veda in questo senso anche TAF, E-7333/2018, § 2.3.

¹¹⁸ CRC, *A.L. v Spain*, supra n. 111, § 12.4 (traduzione libera).

¹¹⁹ Si veda in questo senso TAF D-5795/2015, § 3.6 (passaggio non pubblicato della DTAF 2016/1).

¹²⁰ CRC, *A.L. v Spain*, supra n. 111, § 12.6; TAF, D-5795/2015, § 3.3.1 f. (passaggio non pubblicato della DTAF 2016/1); TAF, E-7333/2018, § 2.3. Costituisce motivo di preoccupazione che la SEM abbia adottato questa metodologia, combinata con le impressioni soggettive circa l'apparenza del richiedente, anche in decisioni recenti: si veda TAF, D-5795/2015, *loc. cit.* e più recentemente TAF, E-7333/2018, § D.

¹²¹ Si veda in particolare DTAF 2018 VI/3, nello specifico § 4.2.2 e 4.4.

del CRC secondo cui “[g]li Stati dovrebbero astenersi dall’utilizzare tecniche mediche basate sull’esame delle ossa e dell’apparato dentale, che potrebbero essere imprecise [...] e che possono anche essere traumatiche e condurre a procedure legali non necessarie”¹²².

Come ultimo punto importante, il CRC ha ribadito che quando le autorità non sono in grado di raggiungere una conclusione definitiva circa l’età della persona coinvolta, “è cruciale che il beneficio del dubbio venga riconosciuto” a lui o a lei¹²³. Da questo punto di vista, l’argomentazione adottata in alcune sentenze del TAF non è interamente soddisfacente¹²⁴.

3.4.2 I criteri familiari “ordinari” degli articoli 9 – 11

Gli articoli 9 – 15 RD III enumerano i criteri applicabili ai richiedenti che non sono minori non accompagnati. Gli articoli 12 – 15 RD III, che stabiliscono i criteri basati sulla documentazione, di entrata o di soggiorno, non sono qui esaminati.

Ai sensi dell’articolo 9 RD III, lo Stato competente è quello in cui un familiare del richiedente soggiorna in qualità di “beneficiario di protezione internazionale”, cioè come rifugiato riconosciuto o come beneficiario di “protezione sussidiaria”. Quest’ultimo status è basato sul diritto UE¹²⁵ ed è sconosciuto al diritto svizzero. Quest’ultimo prevede, per casi simili, lo status di “ammissione provvisoria”¹²⁶. Secondo il TAF, per verificare se l’articolo 9 RD III si applica quando il richiedente ha un familiare “ammesso provvisoriamente” in Svizzera, deve essere esaminato caso per caso se i motivi per cui l’ammissione provvisoria è stata concessa rientrano nel campo di applicazione dell’articolo 15 della Direttiva “qualifiche” per come interpretata dalla CGUE. Un’interpretazione restrittiva fondata su nozioni di diritto svizzero è da escludersi, mentre in caso di dubbio l’amministrazione può applicare estensivamente l’articolo 9 RD III¹²⁷. Il TAF ha ulteriormente chiarito che quando un beneficiario di protezione vede la sua ammissione provvisoria sostituita con un documento di residenza ordinario (*in casu*: permesso B), l’articolo 9 RD III continua ad essere applicabile fintanto che i motivi di protezione continuano ad esistere – circostanza che deve essere presunta salva la prova del contrario¹²⁸. Logicamente, lo stesso principio dovrebbe applicarsi quando il beneficiario di protezione è stato naturalizzato (si veda sopra, sezione 3.2.2).

L’articolo 10 RD III fa sorgere la competenza in capo allo Stato membro in cui un “familiare” si trova come richiedente protezione, e la sua domanda non è ancora stata oggetto di una prima decisione “di merito” – una nozione che esclude decisioni di inammissibilità o procedurali. Il criterio successivo, previsto dall’articolo 11 RD III, è collegato all’articolo 10. Mentre quest’ultimo mira a ricongiungere famiglie di richiedenti protezione che sono arrivati in Stati diversi, l’articolo 11 mira ad evitare la loro separazione. Questo articolo prevede però una sua peculiare definizione di famiglia che copre sia i “familiari”, sia i fratelli o le sorelle minori non coniugati. Quando le persone come ivi definite depositano la loro richiesta nello stesso Stato,

¹²² CRC, *A.L. v Spain*, supra n. 111, § 12.4 (traduzione libera).

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Si veda, ad esempio, DTAF 2018 VI/3, § 6.

¹²⁵ Consiglio dell’UE, Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione) (Direttiva “qualifiche”), OJ L 2011 337/9, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&qid=1577638025729&from=EN>

¹²⁶ Si veda S. Motz, supra n. 14, p. 8.

¹²⁷ DTAF 2015/18, § 3.7 e 3.8.

¹²⁸ DTAF 2018 VI/1.

simultaneamente o in date sufficientemente ravvicinate perché le procedure Dublino possano essere svolte congiuntamente, la regola è che il medesimo Stato membro deve essere competente per l'intero gruppo. A meno che questo non risulti dall'applicazione dei criteri ordinari, l'articolo 11 prevede che lo Stato competente per tutta la famiglia sia quello competente per il numero maggiore di essi o, in casi di parità, per il membro più anziano della famiglia. Il problema interpretativo chiave è la condizione che le richieste debbano essere "sufficientemente ravvicinate". In armonia con l'obiettivo della disposizione e l'intenzione del legislatore per cui l'unità familiare è un criterio fondamentale, l'applicazione dell'articolo 11 non dovrebbe essere negata sulla semplice base di motivi amministrativi (per esempio, perché una prima richiesta di presa in carico è stata inoltrata), ma solo quando risulta propriamente impossibile eseguire una procedura Dublino congiunta, per esempio perché questo non sarebbe compatibile con le scadenze stabilite nell'articolo 21.

In quest'ottica, la condizione talvolta applicata dal TAF – cioè che le procedure Dublino siano "nello stesso stato di avanzamento" – appare discutibile¹²⁹. Non è nemmeno convincente sostenere, come il TAF ha fatto, che quando la competenza della Svizzera per alcuni familiari è stata stabilita "senza la necessità di una procedura per determinare lo Stato competente", l'articolo 11 RD III diventa inapplicabile per determinare la competenza per un familiare¹³⁰. Come chiarito dalla CGUE, il Regolamento Dublino è applicabile ad *ogni* richiesta inoltrata da un cittadino di un paese terzo a uno Stato membro. Quindi, quando uno Stato membro riconosce la sua competenza nei confronti di un richiedente o di un gruppo di richiedenti, deve comunque ritenersi che una procedura Dublino è stata messa in atto¹³¹. In questi casi, nella misura in cui sia ancora effettuare una procedura Dublino per il richiedente (p.es. perché i termini per presentare una domanda sono ancora aperti) ed un familiare o un fratello faccia domanda in Svizzera, l'articolo 11 RD III dovrebbe trovare applicazione.

3.4.3 Le persone a carico ai sensi dell'articolo 16

Ai sensi dell'articolo 16 RD III, gli Stati membri "lasciano insieme o ricongiungono" il richiedente e i parenti "legalmente residenti"¹³² laddove uno sia dipendente dall'altro in ragione di una delle cause enumerate¹³³. Per quanto la formulazione e il posizionamento della disposizione fuori dal Capo III possano fare sorgere dei dubbi, il Preambolo chiarisce che essa stabilisce un "criterio di competenza vincolante" (si veda il considerando 16)¹³⁴, a differenza della disposizione che l'ha preceduta – l'articolo 15(2) RD II, che stabiliva una clausola discrezionale.

Poiché si trova fuori dal Capo III, l'articolo 16 RD III non è soggetto né alla clausola di pietrificazione, né alla regola secondo cui il rango gerarchico dei criteri dipende dalla loro posizione. Quindi, il criterio si applica anche se le sue condizioni sono soddisfatte – p.es. a causa di una gravidanza o di una malattia – dopo che il o la richiedente ha depositato la sua prima richiesta ad uno Stato membro. Secondo l'articolo 7(3) RD III che, diversamente dall'articolo 7(2) RD III, è esplicitamente applicabile all'articolo 16, la prova rilevante deve

¹²⁹ TAF, E-2794/2018, § 5.2.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Bahtiyar Fathi c. Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, Causa C-56/17, CGUE, 4 ottobre 2018, § 44ss.

¹³² Il figlio, il fratello o il genitore, posto che il legame familiare esistesse già nel paese di origine. Si veda l'argomentazione sviluppata sopra nella sezione 3.2.2 per quanto attiene all'inclusione del/della coniuge.

¹³³ Gravidanza, maternità recente, malattia grave, grave disabilità o età avanzata.

¹³⁴ DTAF 2017 VI/5, § 8.3.2.

essere prodotta in ogni caso prima che uno Stato membro accetti la presa in carico o la ripresa in carico del richiedente o che una prima decisione sul merito della richiesta venga adottata. Inoltre, alla luce delle sue finalità e del suo *effet utile*, l'articolo 16 dev'essere interpretato come prioritario su ogni altro criterio applicabile che potrebbe comportare una separazione, fermo restando ovviamente che le persone interessate prestino il loro consenso (si veda l'articolo 16(1) RD III *in fine*).

La frase "lasciano insieme o ricongiungono" significa che quando le condizioni stabilite nell'articolo 16 sono soddisfatte, l'unità familiare deve di regola essere assicurata e le eccezioni sono ammesse solo in casi particolari. Nell'interpretare la stessa formulazione del vecchio Regolamento, la Corte aveva statuito che gli Stati membri potevano soltanto in "situazioni eccezionali"¹³⁵ separare o tenere lontani il richiedente asilo e l'altro parente. Basandosi sulla similarità testuale, il TAF segue la stessa interpretazione per quando riguarda l'articolo 16(1) RD III¹³⁶. Questa è senz'altro un'interpretazione difendibile. Tuttavia, essa ha il difetto di ignorare l'intenzione esplicita del legislatore di trasformare il vecchio articolo 15(2) RD II in un criterio vincolante, cioè in una disposizione in grado di stabilire dei doveri più rigidi. In questa prospettiva, risulta preferibile interpretare la nuova disposizione nel senso che solo le eccezioni *esplicitamente previste* sono ammesse, cioè che i parenti possono essere tenuti separati soltanto nei casi di prolungata incapacità di viaggiare previsti dal paragrafo 2¹³⁷.

Il campo di applicazione dell'articolo 16 è delimitato da una serie di condizioni cumulative, alcune delle quali sono già state richiamate: (a) il legame familiare dev'essere uno di quelli enumerati; (b) esso doveva sussistere già nel paese di origine; (c) il parente del richiedente deve essere "legalmente residente" in uno Stato membro; (d) l'uno deve essere "dipendente dall'assistenza" dell'altro a causa di una delle circostanze enumerate (ad esempio, la gravidanza); (e) l'altra persona deve essere "in grado di fornire assistenza alla persona a carico" e (f) le persone interessate devono avere espresso per iscritto il loro desiderio di essere lasciate insieme o ricongiunte¹³⁸. Purtroppo, un'interpretazione troppo rigida di queste condizioni ha reso lettera morta l'articolo 16 RD III, privandolo del ruolo che esso dovrebbe svolgere nell'economia del Regolamento¹³⁹.

Il preambolo del Regolamento e la natura umanitaria della disposizione sollecitano piuttosto un'interpretazione *ampia*. Come è stato affermato sopra nella sezione 3.2.2, per evitare ingiustificate distinzioni la definizione di "famiglia" fornita dall'articolo 16 RD III dovrebbe essere interpretata estensivamente, in un modo che possa anche comprendere il coniuge. In parallelo, la condizione della "costituzione del legame familiare nel paese di origine" non dovrebbe essere applicata meccanicamente, ma piuttosto come una clausola "anti - abuso" in conformità ai suoi scopi. La nozione di "residenza legale" dovrebbe essere semplicemente interpretata in modo da escludere solo le situazioni di soggiorno irregolare¹⁴⁰. L'enumerazione dell'articolo 16 RD III - gravidanza, maternità recente, malattia grave, grave disabilità o età avanzata - non va letta in senso restrittivo. Al contrario, essa mira a

¹³⁵ *K. c. Bundesasylamt*, C-245/11, CGUE, 6 novembre 2012, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129325&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2117197>, § 46.

¹³⁶ DTAF 2017 VI/5, § 8.3.3.

¹³⁷ Nello stesso senso, C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 16, § K4.

¹³⁸ Si veda anche TAF, E-7488/2014, § 6.2.2.

¹³⁹ Si veda UNHCR, *Left in Limbo*, supra n. 13, p. 109 ss.

¹⁴⁰ TAF, E-4303/2014.

comprendere tutti “gli eventi importanti della vita che rendono una persona vulnerabile in un modo tale che il ricongiungimento con alcune persone di riferimento diventi un dovere umanitario”¹⁴¹. E mentre la malattia¹⁴² e la disabilità devono essere “gravi” per essere prese in considerazione, la gravidanza, la maternità recente e l’età avanzata sono sufficienti in sé per rendere applicabile il criterio.

L’applicazione dell’articolo 16 RD III è spesso respinta dalla SEM attraverso l’argomentazione secondo cui il richiedente non può dimostrare l’esistenza di una “dipendenza particolare” (*besonderes Abhängigkeitsverhältnis*) o di una “dipendenza intensa” (*intensives Abhängigkeitsverhältnis*)¹⁴³. Questo è accaduto, per esempio, alla madre *single* di due bambini che aveva subito l’asportazione oncologica dell’utero e continuava a soffrire di seri problemi fisici e psicologici. La donna si era affidata alle cure ed al supporto della sorella maggiore, che abitava in Svizzera. Il rapporto di parentela era indiscusso, così come la grave malattia della donna, nonché la disponibilità e capacità della sorella a prendersi cura di lei e della sua famiglia. Nonostante tutto questo, la SEM ha dichiarato che l’articolo 16 non era applicabile perché faceva a suo avviso difetto una relazione di “dipendenza particolare”¹⁴⁴.

Sarebbe a questo punto naturale chiedersi che cosa sia questa “*besonderes Abhängigkeitsverhältnis*”, ma in realtà la questione non è pertinente per l’applicazione dell’articolo 16. Come il testo del Regolamento e delle RE suggeriscono, e come la giurisprudenza della CGUE e del TAF confermano, l’intera argomentazione è concettualmente viziata poiché la “dipendenza” non è una condizione autonoma ai sensi dell’articolo 16 RD III. Questa disposizione richiede semplicemente che la persona A sia (ad esempio) seriamente malata, e che “a motivo” di questo, essa sia “dipendente dall’assistenza” della persona B, che risponde ai criteri di parentela e residenza dell’articolo 16 RD III e che vuole ed è in grado di assisterla. La “dipendenza” è semplicemente un corollario, un “prodotto secondario” della condizione della persona A e della sua relazione con la persona B, non una condizione indipendente. Coerentemente con questa premessa, l’articolo 11 RE non richiede che il richiedente dimostri una “particolare dipendenza” come la lunga convivenza, legami sentimentali che vanno oltre quanto sia normale nei legami parentali ecc. Al contrario, esso richiede che “la situazione di dipendenza” sia verificata, per quanto possibile, “in base ad elementi obiettivi quali *certificati medici*” (enfasi aggiunta). Quindi, tutto ciò che deve essere provato è che la persona A si trovi in una delle situazioni di vulnerabilità previste dall’articolo 16 RD III, e che la persona B possieda le qualità richieste.

La decisione guida della CGUE sulla questione, *K*, conferma appieno questa interpretazione. Nello stabilire il test da applicare, la Corte ha semplicemente dichiarato: “Se esistevano già legami familiari nel paese d’origine, occorre verificare che il richiedente asilo o la persona che ha con lui legami familiari abbia effettivamente bisogno di assistenza e che, eventualmente, la persona che deve garantire l’assistenza dell’altra persona sia in grado di farlo”¹⁴⁵. In questo caso, la nuora della richiedente si trovava indiscutibilmente in una situazione di difficoltà¹⁴⁶ e la richiedente le forniva il sostegno necessario – e questo è bastato alla Corte. I fatti del caso non rivelavano nessuna “particolare dipendenza” oltre alle circostanze richiamate. Anzi, la

¹⁴¹ TAF, E-7488/2014, § 6.2.1 (traduzione libera).

¹⁴² Si veda TAF, F-6844/2017, § 3.3.2.2.

¹⁴³ Si veda, ad esempio, la posizione della SEM in TAF, D-3794/2014, § 3.3 e in TAF, D-2069/2016, § 5.2.

¹⁴⁴ TAF, D-2069/2016, *passim*.

¹⁴⁵ *K*, C-245/11, supra n. 135, § 42. Si veda anche DTAF 2017 VI/5, § 8.3.3.

¹⁴⁶ *K. c. Bundesasylamt*, C-245/11, CGUE, Opinione dell’Avvocato Generale Trstenjak, 27 giugno 2012, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases/E CJ.500d54432.html>, § 9 ss.

richiedente era semplicemente diventata la “confidente e più cara amica” della nuora nelle poche settimane trascorse fra il suo arrivo in Austria e la presentazione della domanda, dopo “diversi anni” che non vivevano insieme¹⁴⁷. Si noti, per inciso, che quest’ultimo punto rende insostenibile la ricorrente argomentazione della SEM secondo cui non ci può essere una situazione di “dipendenza” se le due persone hanno vissuto separate per lungo tempo¹⁴⁸.

Nonostante abbia talvolta impiegato un linguaggio che potrebbe essere inteso nel senso di restringere indebitamente il campo di applicazione dell’articolo 16 RD III richiedendo una “particolare dipendenza”¹⁴⁹, il TAF ha globalmente aderito alla posizione appena discussa.

Per concludere su questo punto: mentre i legami di sangue e i legami d’affetto non sono in se stessi sufficienti per fare scattare l’applicazione dell’articolo 16 RD III¹⁵⁰, la disposizione dovrebbe essere applicata, e l’unità familiare preservata fatto salvo soltanto il paragrafo 2, ogni qualvolta una situazione di vulnerabilità per come descritta nell’articolo 16 RD III è accertata, un parente che “risiede legalmente” in uno degli Stati membri possiede i requisiti richiesti, e entrambe le persone consentono.

3.5 Sintesi degli elementi principali

Come ha raccomandato la Commissione Europea: “Gli Stati membri [...] dovrebbero [...] applicare in modo proattivo e coerente le clausole sul ricongiungimento familiare”¹⁵¹. Le definizioni di famiglia fornite dal Regolamento dovrebbero essere interpretate e applicate in maniera ampia e flessibile. Per le relazioni coniugali e parentali, in particolare, l’articolo 2(g) RD III non fissa alcun requisito come l’intensità fattuale o la stabilità, richiedendo soltanto che queste esistessero in tempo per poter essere prese in considerazione. La “validità” delle unioni coniugali dovrebbe essere esaminata in maniera non formalistica. Le definizioni di famiglia fissate nel Regolamento devono anche essere applicate in modo da non comportare ingiustificate disparità di trattamento. Per evitare discriminazioni, ed in conformità al suo scopo, il requisito della “costituzione del legame familiare nel paese di origine” dovrebbe essere applicato come una clausola anti-abuso. Per la stessa ragione, le definizioni di famiglia fornite da alcune disposizioni necessitano un’interpretazione estensiva: quindi, l’articolo 16 RD III dovrebbe essere applicato in modo da includere il coniuge, e il figlio nato in un paese di transito dovrebbe essere compreso nel campo di applicazione dell’articolo 20 RD III.

Per quanto attiene alla prova dei legami familiari, diversi principi devono essere osservati. In primo luogo, la determinazione della competenza deve implicare quanti meno requisiti di prova possibili. In secondo luogo, la prova formale dei legami familiari (come, ad esempio, un estratto dai registri) è sufficiente a stabilire la responsabilità e perde tale efficacia probatoria soltanto se una prova contraria è prodotta. In terzo luogo, la competenza deve essere stabilita *inter alia* attraverso “informazioni verificabili fornite dal richiedente”, così come attraverso le “dichiarazioni dei familiari interessati”. Queste prove circostanziali devono essere valutate

¹⁴⁷ *Ibidem*, § 7 ss.

¹⁴⁸ Si veda TAF, E-7488/2014, § 6.2.3; TAF, D-3794/2014, § 3.3.

¹⁴⁹ Si veda, ad esempio, DTAF 2017 VI/5 § 8.3.5 (“*une assistance immédiate et importante [...] que seul le requérant serait à même d’offrir*”); TAF, F-6844/2017, §3.3.2.3 (“*une relation de dépendance telle que seule la présence du recourant serait à même de répondre aux besoins spécifiques [...]*”). L’idea che l’assistenza offerta dal richiedente debba in qualche modo essere singolare e non sostituibile da quella di un altro familiare nella stessa posizione è estranea alla formulazione, al fine e all’obiettivo dell’articolo 16 RD III.

¹⁵⁰ DTAF 2017 VI/5, § 8.3.5.

¹⁵¹ Commissione Europea, *Agenda europea sulla migrazione*, supra n. 1, p. 13.

seriamente e considerate come sufficienti ogni qualvolta siano coerenti, verificabili e sufficientemente particolareggiate. Nel valutarle, gli Stati membri devono prendere in considerazione le particolari difficoltà cui sono confrontati i richiedenti protezione per ottenere prove formali. In quinto luogo, l'esame del DNA può essere utilizzato soltanto come *ultima ratio*. In sesto luogo, nel caso in cui sussistano incertezze, dovrebbe essere riconosciuto il beneficio del dubbio al richiedente. Nell'applicazione di queste regole e principi, si deve tenere presente la massima inquisitoria. Una volta che il dovere di cooperare del richiedente è stato adempiuto, spetta alla SEM effettuare i chiarimenti necessari. Questi doveri sono rafforzati quando si tratta di applicare i criteri riguardanti i minori non accompagnati, in particolare alla luce dei doveri di ricerca dei familiari stabiliti all'articolo 6(4) RD III. A titolo di migliore pratica, la SEM dovrebbe applicare quest'ultima disposizione anche alle altre categorie di richiedenti. Ai sensi dell'articolo 7(3) RD III, che dovrebbe essere applicato a tutti i criteri familiari inclusi gli articoli 9 e 11 RD III, le autorità nazionali devono tenere conto della prova dei legami familiari prodotta prima dell'accettazione della richiesta.

L'accertamento dell'età dovrebbe essere effettuato conformemente alle raccomandazioni del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo. In particolare, dovrebbe essere nominato un rappresentante qualificato già durante l'accertamento dell'età; i documenti d'identità dovrebbero essere considerati determinanti sino alla prova del falso; in assenza di questi documenti, l'accertamento dell'età dovrebbe essere effettuato da esperti qualificati nel quadro di una valutazione olistica; lo Stato dovrebbe astenersi dall'utilizzare tecniche mediche basate sull'esame delle ossa e dell'apparato dentale; il beneficio del dubbio dovrebbe essere riconosciuto alla persona interessata.

Per quanto attiene all'interpretazione dei criteri individuali, devono essere fatte le seguenti osservazioni:

- La nozione di "protezione internazionale" ai sensi dell'articolo 9 RD III include l'ammissione provvisoria concessa su basi comparabili a quelle stabilite dall'articolo 15 della Direttiva "qualifiche". Quando un beneficiario di protezione vede la sua ammissione provvisoria convertita in uno status di residenza ordinario, l'articolo 9 RD III resta in linea di principio applicabile. Lo stesso principio dovrebbe essere applicato in caso di naturalizzazione.
- L'articolo 11 RD III dovrebbe essere applicato ogni qualvolta sia tecnicamente possibile condurre una procedura Dublino congiunta per i familiari. Il fatto che le procedure Dublino non siano "allo stesso stadio", o che la Svizzera abbia già implicitamente stabilito la propria competenza per alcuni familiari senza attivare formalmente una procedura Dublino, non dovrebbe essere decisiva.
- L'articolo 16 RD III sulle persone a carico non è soggetto all'articolo 7(2) RD III. Come gli altri criteri, questo dovrebbe essere applicato ampiamente in tutti i suoi elementi. La dimostrazione di una "particolare dipendenza" o di una "intensa dipendenza" tra le persone interessate non è richiesta ai fini della sua applicazione. Al contrario, l'articolo 16 RD III si dovrebbe applicare ogni qualvolta sia accertata una delle situazioni di vulnerabilità ivi elencate, il requisito del legame familiare e della "residenza legale" siano provati, la persona che si suppone debba fornire assistenza sia nella posizione di poterlo fare e le persone coinvolte forniscano il loro consenso. Una volta che queste condizioni sono soddisfatte, le persone interessate debbono essere riunite o tenute insieme, fatto salvo il solo articolo 16(2) RD III.

4. La protezione della vita familiare attraverso le clausole discrezionali

4.1 Introduzione

Se applicati in modo ampio e conforme al loro scopo, cioè nel modo appena illustrato, i criteri stabiliti nel Regolamento possono fornire una protezione assai estesa alle famiglie dei richiedenti asilo.

Tuttavia, anche attraverso la migliore interpretazione possibile, essi sono insufficienti a garantire una protezione completa.

In aggiunta alle limitazioni intrinseche di ciascun criterio preso separatamente – si consideri il caso in cui il richiedente è gravemente malato e dipende dall'assistenza di un cugino o di una zia – la scelta di prevedere diversi criteri frammentari e con definizioni non del tutto coerenti di famiglia, invece di un singolo criterio olistico come fa l'Accordo USA-Canada (si veda sopra, sezione 2.1), crea lacune. Prendiamo ad esempio la situazione fittizia di Senait, una ragazza di 17 anni, e di Miriam, sua madre. Raggiungendo l'UE insieme, dovrebbero poter restare insieme in virtù dell'articolo 20 RD III. Non così, però, se la povera Senait è stata costretta a sposarsi ed è fuggita proprio per questo. In questo caso, paradossalmente, sarebbe stato meglio per madre e figlia essere separate durante la fuga. In tal caso, infatti, basterebbe che Miriam si assicurasse una presenza legale in uno Stato membro prima che Senait presenti la sua domanda di asilo e l'articolo 8(1) RD III garantirà il ricongiungimento. Ma anche in caso di separazione *en route*, il ricongiungimento non è assicurato: infatti, nel caso inverso in cui Senait arrivi prima della madre, gli articoli 9–11 RD III saranno inapplicabili a causa della condizione coniugale di Senait. Come si vede, la protezione garantita dai criteri è lacunosa ed è necessario uno sforzo da parte delle autorità competenti per darle maggiore coerenza.

Anche l'interazione tra la clausola di pietrificazione ed i criteri di responsabilità può generare lacune nella protezione offerta dal Regolamento. In un caso deciso dal TAF, una madre afghana e i suoi due bambini sono fuggiti insieme dal loro paese di origine. Il figlio maggiore (ma pur sempre minorenne) è poi stato separato dalla madre e dal fratello durante il viaggio ed è arrivato in Svizzera, mentre la madre e il fratello minore sono rimasti in Bulgaria. Quando la madre ha localizzato il suo figlio maggiore, questi aveva ottenuto uno status di protezione. L'articolo 9 RD III sarebbe stato applicabile, ma la madre e il fratello minore non hanno pensato a fare domanda in Bulgaria “pietrificando” la situazione in quel momento. Si sono invece recati in Svizzera ed hanno introdotto la loro domanda lì, ma a quel punto il figlio maggiore aveva appena compiuto 18 anni e nessuno dei criteri familiari era ormai applicabile. Malgrado i disperati tentativi della madre, questa e il figlio minore sono stati trasferiti in Bulgaria mentre il figlio maggiore è rimasto in Svizzera, rendendo così durevole una separazione che era stata accidentale¹⁵².

In questa come in tante altre situazioni, i criteri consentono che le famiglie siano tenute lontane o separate a causa di circostanze fortuite o a causa di azioni le cui conseguenze non sono state da loro previste – spesso comprensibilmente. In un sistema incentrato sulla vita familiare come “criterio fondamentale” e sulla proibizione di ingiustificate disparità di trattamento, questo non è soddisfacente.

¹⁵² Si veda TAF, D-3794/2014.

È qui che la discrezionalità lasciata agli Stati membri entra in scena. L'articolo 17 RD III prevede due clausole che autorizzano gli Stati membri a derogare ai criteri ordinari, così come al "principio della *chance unica*" stabilito all'articolo 3(1) RD III. Tali "clausole discrezionali" hanno sempre costituito un elemento fondamentale del sistema di Dublino, anche e soprattutto per la protezione della vita familiare. Infatti, come afferma il considerando 17 del Regolamento, le clausole devono essere applicate "in particolare per motivi umanitari e caritatevoli, al fine di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela [...]". Come si evince da questo considerando, e come ha rilevato il Consiglio UE, le clausole discrezionali mirano "ad evitare situazioni in cui i familiari potrebbero essere separati a causa di una rigida applicazione dei criteri di Dublino"¹⁵³. Ed in effetti, attraverso le due clausole, le autorità nazionali hanno l'opportunità di prendere pienamente in considerazione gli interessi in gioco, di evitare una cieca applicazione dei criteri e di colmare i divari e le lacune presenti nei criteri Dublino.

L'articolo 17(1) RD III, la "clausola di sovranità", autorizza qualsiasi Stato membro cui è stata presentata una domanda ad esaminarla, diventando così lo Stato competente. L'articolo 17(2) RD III, la "clausola umanitaria", autorizza lo Stato procedente o lo Stato competente a chiedere ad un altro Stato membro di assumersi la competenza. Una richiesta come questa deve intervenire prima che una decisione sul merito della domanda sia stata presa, e deve ambire a ricongiungere persone legate da "qualsiasi vincolo di parentela" – espressione indefinita dal significato interamente aperto¹⁵⁴ – per ragioni umanitarie basate in particolare su motivi familiari e culturali. Il riferimento ai "motivi culturali" implica che gli Stati membri debbano valutare l'esistenza di legami familiari in modo culturalmente sensibile. Lo Stato interpellato deve rispondere entro due mesi dalla richiesta, e le persone coinvolte devono acconsentire a che assuma la competenza.

Di regola, l'applicazione delle clausole è facoltativa. In particolare, la clausola di sovranità autorizza "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"¹⁵⁵. Tuttavia, secondo la consolidata giurisprudenza del TAF, l'applicazione delle clausole diventa obbligatoria ogni qualvolta sia necessario garantire il rispetto degli impegni internazionali assunti dalla Svizzera, inclusi quelli che proteggono la vita familiare¹⁵⁶. La Corte di Giustizia Europea non ha aderito a questa interpretazione del Regolamento¹⁵⁷. Tuttavia, gli Stati membri sono autorizzati ad identificare autonomamente i casi in cui intendono applicare la clausola discrezionale, ed è proprio questo ciò che fa la giurisprudenza

¹⁵³ Consiglio dell'UE, doc. no. 12364/09, supra n. 101, p. 35 (traduzione libera).

¹⁵⁴ Si veda *mutatis mutandis* K, C-245/11, supra n. 135 § 40. Si noti che, a differenza degli articoli 2(g) e 16 RD III, il termine "legami parentali" non è soggetto a una condizione di "costituzione del legame familiare nel paese di origine".

¹⁵⁵ Si veda, fra gli altri, *M.A. e altri c. The International Protection Appeals Tribunal e altri*, C-661/17, CGUE, 23 gennaio 2019, § 58.

¹⁵⁶ Relativamente alla clausola di sovranità, si vedano, ad esempio, DTAF 2013/24, § 5.1, DTAF 2017 VI/5, § 8.5.2. In questa prospettiva, il TAF ha anche precisato che, mentre la clausola di sovranità attribuisce allo Stato membro un potere discrezionale e non può essere invocata in quanto tale dai richiedenti, questa può essere richiamata insieme a delle disposizioni internazionali o nazionali che proteggono il richiedente (si veda DTAF 2010/45, § 5). Per quanto la giurisprudenza relativa alla clausola umanitaria sia meno sviluppata, lo stesso ragionamento è applicabile. Infatti, gli Stati membri devono sempre rispettare i diritti umani quando applicano il Regolamento Dublino e devono, di conseguenza, applicare qualsiasi disposizione che lo renda possibile nelle circostanze date – incluso, ove necessario, l'articolo 17(2).

¹⁵⁷ Si veda in particolare *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, C-4/11, CGUE, 14 novembre 2013, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144489&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2136015>, § 24 ss; *M.A. e altri*, C-661/17, supra n. 155, § 71 f.

del TAF. Peraltro, anche se segue un percorso argomentativo differente, la giurisprudenza della CGUE converge sul punto essenziale, cioè che i trasferimenti che violano le norme internazionali ed europee pertinenti non possono essere eseguiti¹⁵⁸ e, più in generale, che il Regolamento deve essere applicato in modo che i diritti umani siano sempre rispettati¹⁵⁹.

L'applicazione delle clausole discrezionali alla luce del diritto al rispetto della vita familiare e di altri diritti fondamentali è trattata nella sezione 4.3. Le clausole discrezionali possono (e dovrebbero) essere applicate anche per motivi umanitari e caritatevoli. In effetti, ai sensi del diritto svizzero, questo è l'unico altro motivo che consente di derogare alle regole ordinarie del sistema di Dublino¹⁶⁰. La sezione 4.4 si occupa di questa problematica.

Prima di passare ad esaminare gli aspetti appena evocati, è però necessario esaminare in modo critico la tesi – ricorrente nella prassi Svizzera – secondo cui le clausole discrezionali vanno applicate in modo restrittivo (sezione 4.2).

4.2 Le clausole discrezionali debbono essere applicate restrittivamente?

Un'idea ricorrente nella giurisprudenza del TAF e nella letteratura è che l'uso delle clausole discrezionali non debba essere troppo esteso, così da non pregiudicare l'*effet utile* del sistema di Dublino¹⁶¹. Questa argomentazione, tuttavia, è difficile da conciliare con le disposizioni e con il preambolo del Regolamento.

In primo luogo, il testo dell'articolo 17 RD III non suggerisce in alcun modo che le clausole debbano essere utilizzate eccezionalmente. Invero, la CGUE ha più volte confermato che l'applicazione della clausola di sovranità "non è soggetta a condizioni particolari"¹⁶². Per quanto riguarda la clausola umanitaria, è vero, l'articolo 17(2) RD III fissa alcune condizioni (ad esempio temporali), ma nulla che possa suggerirne un'interpretazione restrittiva. Difatti, nell'unica occasione in cui si è pronunciata sulla clausola umanitaria (*recte* articolo 15(2) del Regolamento Dublino II), la CGUE ha optato per un'interpretazione estensiva e ha respinto le diverse interpretazioni restrittive che le venivano sottoposte¹⁶³.

Venendo all'*effet utile* del Regolamento, deve essere ribadito che il suo "obiettivo principale" è quello di "accelerare il trattamento delle domande nell'interesse tanto del richiedente asilo, quanto degli Stati partecipanti"¹⁶⁴, determinando prontamente quale sia lo Stato membro competente. Applicare la clausola di sovranità è probabilmente il modo più veloce e diretto per raggiungere questo obiettivo. Più o meno lo stesso può dirsi a proposito della clausola

¹⁵⁸ Si veda, ad esempio, *C. K., H. F., A. S. c Republika Slovenija*, C-578/16, CGUE, 16 febbraio 2017, disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187916&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2137316>, in particolare al paragrafo 65.

¹⁵⁹ Si veda in particolare *N. S.*, Causa C-411/10, supra n. 21, § 77.

¹⁶⁰ Si veda Ordinanza 1 sull'asilo relativa a questioni procedurali (in seguito: "Ordinanza 1 sull'asilo" o "OAsi"), RS 142.311, articolo 29a(3); J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 407.

¹⁶¹ DTAF 2015/9, § 7.2. Si vedano anch *C. Filzwieser, A. Sprung*, supra n. 24, articolo 17, K2, e *mutatis mutandis* DTAF 2011/9, § 8.1.

¹⁶² *Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, C-528/11, CGUE, 30 maggio 2013 disponibile al: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137826&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2168824>, § 36. *MA e altri*, C-661/17, supra n. 155, § 58 f.

¹⁶³ *K*, C- 245/11, supra n. 135, § 29ss.

¹⁶⁴ *N. S.*, Causa C-411/10, supra n. 21, § 79.

umanitaria, la cui applicazione comporta o un trasferimento consensuale – per definizione più veloce e più semplice di uno forzato – o la valutazione della domanda dove il richiedente è presente. Come già rilevato nell'introduzione, un uso esteso delle clausole discrezionali nell'interesse dell'unità familiare ha anche il potenziale di ridurre gli incentivi ad effettuare spostamenti secondari irregolari¹⁶⁵ – altro obiettivo associato al Regolamento Dublino.

Infine, va sottolineato che l'obiettivo esplicitamente dichiarato dal legislatore è che il Regolamento, incluse le clausole discrezionali, sia applicato: (a) considerando la vita familiare e l'interesse superiore del minore come "criteri fondamentali" (si veda sopra, sezione 2.3); (b) derogando alle regole ordinarie, in particolare, "per motivi umanitari e caritatevoli, al fine di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela"; e (c) nel pieno rispetto dei diritti umani. Lungi dall'incoraggiare un'applicazione restrittiva delle clausole, il preambolo suggerisce chiaramente il contrario: che il legislatore ha inserito le clausole discrezionali perché fossero applicate al fine di garantire la vita familiare e l'interesse superiore del minore ogni qualvolta i criteri ordinari siano insufficienti. Conformemente a questa visione, la Commissione ha nel corso degli anni invitato gli Stati membri a fare "un uso maggiore e regolare delle clausole discrezionali", e a non avere un approccio restrittivo nella loro applicazione¹⁶⁶.

Per concludere su questo punto, il Regolamento Dublino non prescrive né incoraggia un approccio restrittivo nell'applicazione delle clausole discrezionali. È vero il contrario: alla luce degli scopi e dei principi del Regolamento, per come espressi in particolare dal preambolo, le clausole dovrebbero ricevere un'ampia e sistematica applicazione ogni qualvolta la vita familiare sia a rischio.

¹⁶⁵ Commissione Europea, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 (rifusione). Sintesi della valutazione d'impatto*, 3 dicembre 2008, SEC(2008) 2962, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC2963&qid=1577721007507&from=EN>, p. 20; Consiglio dell'UE, doc. no. 12364/09, supra n. 101, p. 35.

¹⁶⁶ Commissione Europea, *Agenda europea sulla migrazione*, supra n. 59, p. 13. Si veda anche Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. Relazione sulla valutazione del sistema di Dublino*, 6 giugno 2007, COM(2007) 299 definitivo, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0299&qid=1577721264694&from=EN>, p. 7. *De lege ferenda*, la Commissione ha sostenuto la posizione opposta e ha proposto un uso restrittivo della clausola di sovranità (si veda Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e Del Consiglio 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 paese terzo o da un apolide (rifusione)*, 4 maggio 2016, COM(2016) 270, considerando 21 e articolo 19). Questo è tuttavia irrilevante ai fini dell'interpretazione del Regolamento Dublino III. Inoltre, l'unico ramo del legislativo che si è espresso sul progetto Dublino IV ha sinora fermamente respinto la posizione della Commissione (Parlamento Europeo, *Relazione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 (rifusione)*, 6 novembre 2017, doc. A8-0345/2017, Emendamenti 11 e 125-129; la Relazione è stata adottata in seduta plenaria: Parlamento Europeo, *Decisione di avviare negoziati interistituzionali: Fissazione dei criteri e dei 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 (rifusione)*, 16 novembre 2017, PV 16/11/2017 – 7.4, disponibile al: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-8-2017-11-16-ITM-007-04_IT.html). Pertanto, qualora si volesse (in modo scorretto dal punto di vista metodologico) interpretare il Regolamento Dublino III alla luce dei lavori preparatori riguardanti il suo successore, l'argomento più forte resterebbe quello in favore di un'applicazione estensiva delle clausole discrezionali.

Un ragionamento simile a quello sin qui criticato, ma concettualmente distinto, è quello secondo cui l'applicazione delle clausole discrezionali per proteggere la vita familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU dovrebbe essere "eccezionale" perché il legislatore ha inteso che i criteri dovessero essere sufficienti a tal fine¹⁶⁷. Un'argomentazione simile potrebbe essere utilizzata a supporto di un'interpretazione estensiva dei criteri (si veda sopra, sezione 3). È dubbio, invece, che possa invocarsi a favore di un'applicazione restrittiva delle clausole discrezionali. In primo luogo, la valutazione volta a determinare se la CEDU esiga il mantenimento dell'unità familiare va fatta in base alla CEDU stessa, non in base all'aprioristica idea che ciò debba essere un caso "eccezionale". In altre parole, ammesso e non concesso che il legislatore abbia inteso che i criteri fossero sufficienti per assicurare degli esiti conformi alla CEDU nella "maggior parte" dei casi, sarebbe metodologicamente scorretto permettere che questo influenzi un giudizio che deve essere effettuato esclusivamente sulla base dei criteri individuati dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza (si veda sotto, 4.3. e 4.4). In secondo luogo, come la sezione 4.1 ha già chiarito abbondantemente, i criteri non sono sufficienti a garantire una protezione esaustiva della vita familiare ai sensi della CEDU¹⁶⁸ ed il legislatore UE ne era pienamente consapevole. Per ribadire, le clausole sono state deliberatamente mantenute nell'attuale Regolamento per provvedere alle situazioni in cui "un'applicazione rigida dei criteri vincolanti condurrebbe alla separazione di familiari o altri parenti"¹⁶⁹. In definitiva, il ragionamento secondo cui i criteri dovrebbero in linea di principio essere sufficienti a garantire degli esiti conformi alla CEDU e, di conseguenza, l'uso delle clausole al fine del ricongiungimento familiare dovrebbe essere eccezionale, è privo di fondamento.

4.3 L'applicazione delle clausole discrezionali alla luce degli obblighi concernenti i diritti umani

4.3.1 L'applicabilità dell'articolo 8 CEDU nel contesto Dublino

Come abbiamo visto, esistono delle situazioni in cui l'applicazione del sistema di Dublino può portare alla separazione dei familiari o impedire il loro ricongiungimento. Può darsi che il richiedente si trovi in uno Stato in cui vivono i suoi familiari, ma ricada nella competenza di un altro Stato. Può darsi che l'applicazione dei criteri determini la separazione di famiglie di richiedenti perché soltanto una parte di essi deve essere trasferita, o perché devono essere trasferiti in Stati differenti¹⁷⁰. O ancora, può darsi che uno Stato in cui si trovano i parenti del richiedente rifiuti di accettare la competenza per la sua domanda, o che il trasferimento non vada a buon fine per altre ragioni.

L'articolo 8 CEDU entra in gioco ogni qualvolta un'azione o un'omissione dello Stato possa pregiudicare la "vita familiare". Secondo la giurisprudenza del Tribunale Federale svizzero, applicata in modo intermittente dal TAF nel contesto delle procedure Dublino¹⁷¹,

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Si veda anche J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 430.

¹⁶⁹ Si veda Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente*, supra n. 8, p. 9. Si veda anche Consiglio dell'UE, doc. no. 12364/09, supra n. 101, p. 35.

¹⁷⁰ Si veda TAF, cause congiunte D-3153/2014 e D-3154/2014.

¹⁷¹ Si vedano, ad esempio, DTAF 2012/4, § 4.3 e 4.4 (condizione richiamata ma non ammessa); DTAF 2013/24, § 5.2 e TAF, , cause congiunte D-3153/2014 e D-3154/2014, § 9.7, così come TAF, E-7670/2016 (condizione applicata). Per un'analisi della questione in cui si conclude che comunque la condizione era soddisfatta nel caso

l'applicabilità dell'articolo 8 CEDU in ambito migratorio presuppone anche che i membri della famiglia presenti sul territorio nazionale dispongano di un diritto di presenza duraturo (*"droit de présence assuré"*)¹⁷². Questo però non è conforme alla giurisprudenza della Corte EDU. Come dimostrano numerose pronunce, lo *status* migratorio delle persone coinvolte è rilevantissimo nel quadro del bilanciamento tra gli interessi in presenza (si veda sotto, sezione 4.3.1) ma non incide minimamente sull'applicabilità dell'articolo 8 CEDU¹⁷³. Come detto, questa presuppone esclusivamente un pregiudizio alla "vita familiare".

Non esiste, nella giurisprudenza della Corte EDU, una definizione astratta di "vita familiare". L'esistenza di una vita familiare è "essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla reale esistenza nella pratica di stretti legami personali"¹⁷⁴. Tuttavia, questo passaggio non va frainteso. Le relazioni coniugali, la cui sussistenza come detto va valutata in maniera non formalistica (si veda sopra, *mutatis mutandis* sezione 3.2.1), costituiscono *ipso iure* "vita familiare" anche se non ancora pienamente stabilite sul piano dei fatti¹⁷⁵. Allo stesso modo, le relazioni tra genitori e figli minori costituiscono *ipso iure* "vita familiare", e l'assenza di stretti legami personali può essere invocata soltanto in via eccezionale per negare la protezione dell'articolo 8 CEDU¹⁷⁶. È opportuno ricordare qui questi aspetti perché la SEM tende sfortunatamente ad invocare periodi di separazione più o meno lunghi per negare l'esistenza di una "vita familiare" anche tra i richiedenti ed i loro parenti più stretti¹⁷⁷. Un tale approccio viola l'articolo 8 CEDU, e tale violazione è specialmente grave se riferita alle famiglie dei rifugiati e richiedenti protezione, che possono subire separazioni anche assai lunghe per cause completamente indipendenti dalla loro volontà.

Per altri tipi di legami familiari, gli elementi fattuali ricoprono un ruolo più importante ai sensi dell'articolo 8 CEDU. Nel caso delle coppie di fatto, sia la Corte EDU che il TAF danno rilievo a circostanze quali la convivenza, la nascita di un figlio in comune e, più in generale, a tutte le circostanze che attestano il fatto che una relazione sia stabile anche in assenza di un matrimonio¹⁷⁸. Le relazioni tra fratelli, tra genitori e figli maggiorenni, e tra i membri della famiglia allargata costituiscono "vita familiare" quando sono reali ed effettive, e quando sono caratterizzate da ulteriori elementi di dipendenza (si veda anche sotto, sezione 4.4)¹⁷⁹.

di una persona che aveva goduto di uno status di ammissione provvisoria per un lungo periodo, si veda TAF, F-762/2019, § 6.2 e 7.1.

¹⁷² Per una discussione si veda J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 432 s.

¹⁷³ Si veda, ad esempio, *Mengesh Kimfe c. Suisse*, Ricorso no. 24404/05, Corte EDU, 29 luglio 2010, disponibile (in francese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4c56cc952.html>, § 55 e 61; *Agraw c. Suisse*, Ricorso no. 3295/06, Corte EDU, 29 luglio 2010, disponibile (in francese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4c56caa92.html>, § 44; *M.P.E.V. and Others v. Switzerland*, Ricorso no. 3910/13, Corte EDU, 8 luglio 2014, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,53bd356f4.html>, § 24, 33, 45 e 51 ss. Si veda anche *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 44 ss; S. Besson, E. Kleber, "Commentaire des Articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole No 7, CEDH", in M.S. Nguyen, C. Amarelle (Eds.), *Code annoté de droit des migrations : Droits humains*, Vol. 1, Stämpfli, 2014, pp. 1-72, p. 40 s.

¹⁷⁴ *K. and T. v. Finland*, Ricorso no. 25702/94, Corte EDU, 12 luglio 2001, disponibile (in inglese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58576>, § 150 (traduzione libera).

¹⁷⁵ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, supra n. 37, § 62 s.

¹⁷⁶ Si veda S. Besson, E. Kleber, supra n. 173, p. 31. Si veda anche DTAF 2017 VI/5, § 8.5.4.1. Per la disorientante argomentazione secondo cui le relazioni tra un padre e un bambino molto piccolo erano "troppo recenti" per potere essere definite "relazioni strette", si veda TAF, F-762/2019, § 5.

¹⁷⁷ Si veda, ad esempio, la posizione dell'Ufficio federale della migrazione nel DTAF 2013/24, § 5.1.

¹⁷⁸ Si veda DTAF 2012/4, § 3.3.3.

¹⁷⁹ Si veda S. Besson, E. Kleber, supra n. 173, p. 31; *M.P.E.V. and Others*, supra n. 173, § 31.

I principi applicabili da un punto di vista probatorio sono stati delineati sopra nella sezione 3.3: assenza di formalismo nell'apprezzamento dell'esistenza di legami familiari, flessibilità nel valutare le prove presentate e, nel caso dei richiedenti asilo, beneficio del dubbio. Si applica anche la massima inquisitoria, che implica il dovere dell'amministrazione di stabilire i fatti rilevanti in cooperazione con il richiedente. Per contro, le regole probatorie e i principi stabiliti agli art. 7(3) RD III e 22 RD III, nonché nelle Regole di esecuzione, non sono formalmente applicabili. Tuttavia, nella pratica, esiste una significativa sovrapposizione tra le questioni probatorie derivanti dall'articolo 8 CEDU e quelle derivanti dal Regolamento Dublino, così come una marcata convergenza delle regole applicabili. A titolo di buona pratica, l'autorità di prima istanza dovrebbe accertare in maniera olistica, fin dall'inizio della procedura Dublino, la situazione familiare dal punto di vista sia del Regolamento Dublino che della CEDU, sfruttando appieno le infrastrutture procedurali fornite dal Regolamento Dublino (come, ad esempio, il diritto ad un colloquio personale o alla ricerca dei familiari).

Ogni qualvolta venga determinato che l'articolo 8 CEDU è applicabile, l'autorità procedente deve rispettare una serie di doveri generali già segnalati sopra nella sezione 2.2: assicurare che il processo decisionale sia equo e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi tutelati dall'articolo 8; trovare un giusto equilibrio tra gli interessi dell'individuo e della società; garantire un ricorso effettivo contro le presunte violazioni della CEDU, ed evitare ogni discriminazione nel godimento della vita familiare.

A seconda delle circostanze di ciascun caso, il dovere generale di "trovare un giusto equilibrio" può tradursi per le autorità che applicano il Regolamento Dublino nell'obbligo più specifico di non separare i familiari o di assicurare il loro ricongiungimento.

4.3.2 Trovare il "giusto equilibrio" in virtù dell'articolo 8 CEDU: aspetti generali

L'articolo 8 CEDU non garantisce agli stranieri il diritto di entrare o soggiornare in un Paese specifico¹⁸⁰. Esso non comporta nemmeno "un dovere generale in capo agli Stati contraenti di rispettare la scelta, fatta da coppie sposate, del loro domicilio comune e di accettare l'installazione di coniugi non nazionali in quel Paese"¹⁸¹. Tuttavia, ogni qualvolta i controlli sulla migrazione producano un impatto sulla vita familiare, un'analisi accurata in conformità agli impegni appena richiamati è necessaria.

Nel caso di "immigrati residenti" – cioè gli stranieri che sono già stati autorizzati a risiedere – un allontanamento implicante una separazione dai familiari costituisce un'interferenza che è proibita, a meno che non possa essere giustificato ai sensi dell'articolo 8(2) CEDU. Nel caso di stranieri in attesa di rilascio di un permesso di soggiorno – una nozione che include i richiedenti protezione in attesa di una decisione circa la loro domanda – la questione è "se, tenuto conto delle circostanze nel loro insieme, le [autorità dello Stato ospitante hanno] l'obbligo, in ottemperanza dell'articolo 8, di rilasciare [...] un permesso di residenza, consentendo così [alla persona interessata] di esercitare la vita familiare sul [suo] territorio"¹⁸². Dal momento che le persone soggette alla procedura Dublino non dispongono di

¹⁸⁰ *Jeunesse v. the Netherlands*, Ricorso no. 12738/10, Corte EDU, 3 ottobre 2014, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases/ECHR.584a96604.html>, § 100.

¹⁸¹ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, supra n. 37, § 68 (traduzione libera).

¹⁸² *Jeunesse*, supra n. 180, § 104 ss (traduzione libera). Si veda anche *Jihana Ali e altri c. Svizzera e Italia*, Ricorso no. 30474/14, Corte EDU, 4 ottobre 2016, disponibile al: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2\(2016\)&facetNode_2=1_2\(201610\)&contentId=SDU1288630&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2(2016)&facetNode_2=1_2(201610)&contentId=SDU1288630&previousPage=mg_1_20), § 42 ss.

regola di un documento di residenza, i casi Dublino spesso ricadono nell'ultima categoria¹⁸³. Per quanto la giurisprudenza relativa agli "immigrati residenti" si distingue da quella riguardante i "casi di ammissione" nella struttura dell'argomentazione e probabilmente nel livello di protezione garantita¹⁸⁴, i principi applicabili sono simili: "in entrambi i contesti si deve avere riguardo del giusto equilibrio che deve essere raggiunto tra gli interessi concorrenti del singolo e della comunità nel suo insieme e, in entrambi i contesti, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento"¹⁸⁵. Nell'effettuare questo esercizio di bilanciamento, i fattori che devono essere presi in considerazione – come stabilito dalla Corte stessa – sono "in che misura la vita familiare potrebbe essere effettivamente turbata, l'entità dei legami nello Stato contraente, se ci sono degli ostacoli insormontabili che impediscano la vita familiare nel Paese di origine degli stranieri implicati e se ci sono dei fattori relativi al controllo dell'immigrazione"¹⁸⁶. Un altro fattore che non è espressamente menzionato in questo passaggio, ma che è estremamente importante, è la natura e l'intensità della relazione familiare – in altre parole, la situazione familiare delle persone implicate¹⁸⁷. In quest'ottica, è importante rilevare che le autorità non devono soltanto prendere in considerazione la posizione e gli interessi del richiedente, ma anche quelli dei suoi familiari¹⁸⁸. Più particolarmente, ogni qualvolta dei minori siano coinvolti i loro interessi devono essere "prioritari" ed essere posti al "cuore" delle valutazioni delle autorità¹⁸⁹.

Complessivamente, la Corte di Strasburgo tende a manifestare una certa deferenza nei confronti del diritto degli Stati di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri, e ricava dall'articolo 8 CEDU degli obblighi positivi di ammissione soltanto in casi particolari¹⁹⁰. Questo appare vero anche per la mancata di sentenze e provvedimenti sull'articolo 8 CEDU resi fino ad ora nel contesto del sistema di Dublino¹⁹¹. Questi sono esaminati di seguito. In via preliminare, è opportuno sottolineare che bisogna essere cauti nel trattare queste decisioni come precedenti giurisprudenziali. In primo luogo, deve valutarsi se esse siano ancora pienamente valide alla luce di più recenti sviluppi nella prassi di altre organizzazioni internazionali (si veda sotto sezione 4.3.4). In secondo luogo, la giurisprudenza è ancora assai limitata e fortemente condizionata dai fatti particolari di ciascun caso¹⁹². In terzo luogo, come

¹⁸³ Si veda, ad esempio, *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 39 ss. Infatti, i richiedenti protezione che dispongono di un documento di residenza rilasciato dallo Stato che ha condotto la determinazione della competenza ricadono sotto la competenza di quest'ultimo e non sono, di conseguenza, assoggettabili al trasferimento, a meno che non concordino con l'applicazione dei criteri familiari di rango superiore. Si vedano gli articoli 12 e 19 RD III.

¹⁸⁴ Per un'analisi approfondita si veda, F. Maiani, *L'unità familiare et le système de Dublin - Entre gestion des flux migratoires et respect des droits fondamentaux*, Helbing & Lichtenhahn, 2006, Chap. VI, in particolare ai § 106 ss.

¹⁸⁵ Si veda, ad esempio, *El Ghatet v. Switzerland*, Ricorso no. 56971/10, Corte EDU, 8 novembre 2016, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5836a1854.html>, § 43 (traduzione libera). Si veda anche *Tanda-Muzinga*, supra n. 35, § 64.

¹⁸⁶ *Tanda-Muzinga*, supra n. 35, § 66 (traduzione libera); *Jeunesse*, supra n. 180, § 107. Si veda anche also *A.S. v. Switzerland*, Ricorso no. 39350/13, Corte EDU, 30 giugno 2015, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5592b8064.html>, § 47 e *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 41.

¹⁸⁷ Si veda, ad esempio, *Haliti v. Suisse*, Ricorso no. 14015/02, Corte EDU, 1 marzo 2005, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,42d3ea164.html>; *Boultif v. Switzerland*, Ricorso no. 54273/00, Corte EDU, 2 agosto 2001, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,468cbc9e12.html>.

¹⁸⁸ Si veda in tal senso *Jeunesse*, supra n. 180, § 117.

¹⁸⁹ Si veda, ad esempio, *Tanda-Muzinga*, supra n. 35, § 67 e *El Ghatet*, supra n. 185, § 46.

¹⁹⁰ Per un'analisi completa convincente e una valutazione particolarmente critica, si veda M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants*, OUP, 2015, Capitolo 4.

¹⁹¹ *A.S.*, supra n. 186; *A.M. v. Switzerland*, Ricorso no. 37466/13, Corte EDU, 3 novembre 2015, disponibile (in inglese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-158985>; *Z.H. and R.H.*, supra n. 69; *Jihana Ali*, supra n. 182

¹⁹² *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, in particolare i paragrafi 43-45 e l'opinione concorrente del giudice Nicolaou, che sottolinea le incertezze relative all'esistenza di "vita familiare" e alla durata estremamente breve della separazione. Come esempio ulteriore, in *Jihana Ali*, il ricorso per l'unità familiare era particolarmente debole, e

approfondito qui sotto, l'argomentazione della Corte è ancora lungi dall'essere pienamente sviluppata.

Da parte sua, il TAF ha consacrato al tema due sentenze di riferimento e un numero consistente di decisioni non pubblicate – molte delle quali hanno un carattere piuttosto casistico. Andrebbe oltre la portata di questo articolo tentare anche soltanto una descrizione sommaria di questa abbondante giurisprudenza. Piuttosto, la sezione seguente si focalizza sugli argomenti che spesso si dimostrano decisivi – o dovrebbero essere decisivi – in un contesto Dublino. Saranno ulteriormente discussi nella sezione 4.3.4 gli aspetti particolari derivanti dalle situazioni di vulnerabilità.

4.3.3 Un “giusto equilibrio” in virtù dell'articolo 8 CEDU: aspetti specifici al sistema di Dublino

La possibilità di ricostituire la vita familiare altrove, senza ostacoli eccessivi, costituisce un elemento cardine nel bilanciamento degli interessi privati e pubblici alla luce dell'articolo 8 CEDU in casi di diritto migratorio.

Sfortunatamente, nel contesto del sistema di Dublino, l'esistenza di tale possibilità viene ammessa con troppa facilità. Così, nel DTAF 2012/4, il TAF si è accontentato di affermare che non potesse essere “escluso” che il richiedente – la cui domanda di asilo era già stata respinta in Francia – potesse ancora accedere alla procedura di ricongiungimento familiare lì¹⁹³. In maniera analoga, in *Z.H. e R.H.*, la Corte EDU ha respinto l'argomentazione secondo cui l'articolo 8 CEDU era stato violato rilevando, fra l'altro, che “non era stato sostenuto” che alla moglie del richiedente – lei stessa richiedente protezione, priva di diritto alla libera circolazione – “fosse stato impedito di unirsi al secondo richiedente dopo che quest'ultimo era stato trasferito in Italia”¹⁹⁴.

Ragionamenti ipotetici di questo genere sono problematici perché potrebbero portare le autorità a negare il ricongiungimento in virtù dell'art. 8 CEDU in casi in cui, di fatto, non esiste alcuna possibilità realistica di ricongiungersi altrove. In effetti, nel contesto Dublino, il punto di partenza del ragionamento dovrebbe essere l'inverso, e cioè che le possibilità di godere della vita familiare altrove in Europa siano severamente limitate. Primo: fintanto che la domanda di asilo è pendente, il ritorno della famiglia nello Stato di origine del richiedente deve ritenersi escluso. Secondo: a meno che i familiari non siano cittadini UE o EFTA, il diritto dell'Unione non riconosce loro il diritto di seguire il richiedente in un altro Stato membro – specialmente se sono essi stessi richiedenti protezione¹⁹⁵. Terzo: un tale diritto al ricongiungimento maturarerebbe in un secondo tempo qualora il richiedente ottenesse lo status di rifugiato¹⁹⁶. Non però qualora ottenesse la protezione sussidiaria o umanitaria. In tal caso, le possibilità di ricongiungimento dipenderebbero dalla legge e dalle politiche nazionali

ulteriormente compromesso dalla violenta resistenza opposta dalla prima ricorrente al suo trasferimento e a quello di suo figlio.

¹⁹³ Si veda, ad esempio, DTAF 2012/4, § 4.4.4.

¹⁹⁴ *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 45 (traduzione libera).

¹⁹⁵ I cittadini di paesi terzi che detengono un permesso di soggiorno svizzero non godono di nessuna forma di diritto alla libera circolazione all'infuori dei periodi di breve soggiorno ai sensi del codice frontiere Schengen (Consiglio dell'UE, Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), OJ L 2006 105/1, disponibile al : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R0562&from=IT>).

¹⁹⁶ Si veda Consiglio dell'UE, Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, OJ L 2003 251/12, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086&from=EN>.

dello Stato coinvolto¹⁹⁷. Quarto: i permessi di soggiorno rilasciati da uno Stato membro dell'UE non comportano automaticamente il diritto a stabilirsi con la famiglia in Svizzera. Infatti, la Svizzera non è vincolata a riconoscere nemmeno il limitato diritto di libera circolazione che i beneficiari di protezione possono teoricamente trarre dalla Direttiva sullo status dei soggiornanti di lungo periodo¹⁹⁸. Quinto: le forme di contratto interpersonale offerte dai mezzi di comunicazione moderni¹⁹⁹ non sono comparabili al “godere della reciproca compagnia”, che è il fulcro del diritto al rispetto della vita familiare²⁰⁰.

In breve: una possibilità di ricostituire la vita familiare dopo un trasferimento Dublino potrebbe sussistere in virtù di specifiche circostanze ma non può essere presunta e, se presa in considerazione, deve essere l'oggetto di una prognosi attenta e realistica²⁰¹. Pertanto, le autorità non dovrebbero mai respingere argomenti fondati sull'articolo 8 CEDU in base a generiche presunzioni.

Peraltro, anche quando è possibile in senso stretto ricostituire una vita familiare altrove, deve comunque accertarsi se il sacrificio imposto ai membri della famiglia che vivono già in Svizzera sia proporzionato²⁰². La pratica delle autorità svizzere è di esaminare se la famiglia nel suo insieme ha dei legami più stretti con la Svizzera o con un altro Stato membro in cui il ricongiungimento potrebbe avvenire²⁰³. In sé e per sé, il ragionamento è lecito. Tuttavia, esso deve essere applicato con una valutazione concreta e globale della situazione di tutte le persone interessate (incluso il loro *status*) – non concentrandosi su circostanze isolate come, ad esempio, la presumibile durata della presenza nel territorio di uno Stato²⁰⁴.

Un altro argomento ricorrente che viene opposto alle persone che invocano l'articolo 8 CEDU contro i trasferimenti Dublino è che la separazione deve accettarsi poiché sarà soltanto “temporanea”. L'argomento appare, in particolare, in una sentenza pubblicata del TAF del 2012²⁰⁵. In linea di principio, l'argomentazione è legittima: la durata della separazione è indubbiamente un elemento pertinente per valutare la compatibilità di una misura statale con l'articolo 8 CEDU²⁰⁶ – incluso in nel contesto del Regolamento Dublino²⁰⁷. Tuttavia, visto il quadro giuridico che regola la circolazione cittadini di Paesi terzi all'interno dell'UE, e che è

¹⁹⁷ EMN, *Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2016 Family Reunification of Third-Country Nationals in the EU plus Norway: National Practices*, aprile 2017, disponibile (in inglese) al: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/00_family_reunification_synthesis_report_final_en_print_ready_0.pdf, in particolare a p. 12, 15 e 20. Anche il diritto dello Stato che ha riconosciuto lo status può costituire un ostacolo al movimento: TAF, F-762/2019, § 7.4.

¹⁹⁸ Consiglio dell'UE, *Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, 23 gennaio 2004, OJ L. 16-44, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0109&from=IT>.

¹⁹⁹ Si veda, ad esempio, TAF, D-4424/2016, p. 11; TAF, F-6/2019, p. 9.

²⁰⁰ *Olsson v. Sweden No. 1*, Ricorso no. 10465/83, Corte EDU, 24 marzo 1988, disponibile (in inglese) al: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57548>, § 59. Si veda anche TAF, F-762/2019, § 7.4.

²⁰¹ Si veda a titolo di esempio DTAF 2013/24, § 5.1 *in fine*.

²⁰² Si veda *Sen c. Pays-Bas*, Ricorso no. 31465/96, Corte EDU, 21 dicembre 2001, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.402a26b74.html>, § 38-41; *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, Ricorso no. 60665/00, Corte EDU, 1 dicembre 2005, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.43a29e674.html>, § 47 ss; *Jeunesse*, supra n. 180, § 120 ss.

²⁰³ J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 435 e le referenze ivi previste.

²⁰⁴ Si confrontino DTAF 2012/4, § 4.4.4 e DTAF 2013/24, § 5.1.

²⁰⁵ Si veda ancora DTAF 2012/4, § 4.4.4.

²⁰⁶ Si veda, ad esempio, *Gül v. Switzerland*, Ricorso no. 23218/94, Corte EDU, 19 febbraio 1996, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.3ae6b6b20.html>, § 36; *Yilmaz c. Allemagne*, Ricorso no. 52853/99, Corte EDU, 17 aprile 2003, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.3f264a480.html>, § 48.

²⁰⁷ *Z.H. and .R.H.*, supra n. 69, § 45 e l'opinione concorrente del giudice Nicolaou *in fine*.

stato descritto sopra, e vista anche la durata variabile delle procedure di asilo negli Stati membri, è difficilissimo fare prognosi attendibili sul punto: una separazione “temporanea” potrebbe durare anche per un lasso di tempo considerevole. Peraltro, come lo stesso TAF ha opportunamente ricordato nel DTAF 2013/24, anche separazioni relativamente brevi possono – secondo le circostanze – violare l’articolo 8 CEDU²⁰⁸. Ciò può capitare, in particolare, quando un minore è separato da uno dei suoi genitori²⁰⁹ o, per analogia, quando la separazione riguarda una persona dipendente dal supporto emotivo e pratico dei propri cari.

Mentre gli elementi di cui sopra sono stati esaminati piuttosto approfonditamente nel contenzioso Dublino, altri elementi che avrebbero meritato almeno la stessa attenzione sono stati finora trascurati tanto dalla Corte EDU quanto dal TAF:

- Innanzitutto, come ha ribadito in più occasioni la Corte EDU, i richiedenti asilo e i rifugiati sono persone vulnerabili che hanno diritto ad una protezione particolare²¹⁰. Questo aspetto, che domina le discussioni circa la compatibilità dei trasferimenti con l’articolo 3 CEDU²¹¹, viene spesso trascurato nei casi “familiari”. *A.S.*, discusso qui sotto, fornisce un ottimo esempio. Anche in *Z.H. e R.H.* la Corte di Strasburgo non ha tenuto conto della costernazione causata nella giovane sposa dal trasferimento del marito²¹². L’eccezionale vulnerabilità (e la peculiare posizione) dei richiedenti protezione e dei rifugiati dovrebbe essere particolarmente presa in considerazione quando si tratta di pronunciarsi sulle circostanze della formazione della famiglia e della separazione della famiglia. Certo, secondo una giurisprudenza consolidata, applicabile anche ai richiedenti protezione, i legami familiari formati durante periodi di soggiorno meramente “tollerati” di regola non fanno sorgere un dovere di ammissione in capo allo Stato ospitante²¹³. Inversamente, però, quando si è in presenza di legami familiari formati anteriormente le circostanze della separazione sono spesso involontarie e dovrebbero pesare decisamente a favore degli interessi del richiedente²¹⁴. Allo stesso modo, come ribadito sopra nella sezione 4.3.1, è improprio mettere in dubbio l’effettività dei legami familiari a causa di periodi di involontaria separazione causati dalle circostanze della fuga.
- Nel valutare la compatibilità con l’articolo 8 CEDU di un trasferimento, o di ogni altra misura adottata in virtù del Regolamento Dublino, è importante identificare e valutare accuratamente l’interesse pubblico in gioco.
 - Di norma, l’interesse sotteso ad un trasferimento Dublino è – nella tassonomia dell’articolo 8 CEDU – l’ordine pubblico in quanto collegato al controllo dell’immigrazione²¹⁵. Sebbene questo sia indiscutibilmente un legittimo interesse, amministratori e giudici spesso dimenticano di valutare che la sua intensità è molto meno pronunciata qui che in procedimenti aventi risvolti

²⁰⁸ Si veda DTAF 2013/24, § 5.1.

²⁰⁹ Sul fattore tempo in generale nelle procedure di ricongiungimento familiare si veda, *Tanda-Muzinga*, supra n. 35, § 80.

²¹⁰ Si veda, ad esempio, *M.S.S.* supra n. 32, § 251; *Tarakhel v. Switzerland*, Ricorso no. 29217/12, Corte EDU, 4 novembre 2014, disponibile (in inglese) al : <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5458abfd4.html>, § 118 ss.

²¹¹ Si veda, ad esempio, *M.S.S.* supra n. 32.

²¹² *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, Opinione Concorrente del giudice Nicolaou, p. 13.

²¹³ Si veda in particolare *Jeunesse*, supra n. 180, § 103 s, così come *A.S.*, supra n. 186, § 44 e *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 38. Nella prassi svizzera, si veda DTAF 2012/4, § 4.4.3 s.

²¹⁴ Si veda *Tanda-Muzinga*, supra n. 35, § 74 ss.

²¹⁵ Si veda ad esempio *Jeunesse*, supra n. 180, § 121; *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 46.

penali. Peraltro, l'interesse pubblico al controllo dell'immigrazione è meno pronunciato nei casi Dublino di quanto non lo sia nei casi ordinari di ricongiungimento familiare. In questi ultimi, la questione è se uno straniero debba essere autorizzato a stabilirsi nel paese. Nei casi Dublino, si ha invece a che fare con un'ammissione temporanea la cui stabilizzazione è una mera eventualità²¹⁶.

- Come ha affermato Jean-Pierre Monnet, l'interesse pubblico al trasferimento è ulteriormente ridotto laddove il richiedente soddisfi manifestamente le condizioni per beneficiare in seguito del ricongiungimento familiare in Svizzera – ad esempio, a norma dell'articolo 51 della legge Svizzero sull'asilo²¹⁷. In questi casi, il trasferimento in un altro Stato membro non soddisferebbe in ultima analisi alcun interesse pubblico e lo Stato dovrebbe pertanto, in linea di principio, rinunciare ed applicare della clausola di sovranità.
- Va infine considerata l'ipotesi che l'amministrazione decida, per ragioni puramente pratiche, di assumersi la competenza in virtù della clausola di sovranità ed impedisca in tal modo l'applicazione dei criteri familiari²¹⁸. In tali casi, l'applicazione della clausola di sovranità va considerata come un'interferenza con il diritto al rispetto della vita familiare, e a nostro avviso, nessuno degli interessi elencati all'articolo 8(2) CEDU ricorre. A nostro avviso, dunque, l'art. 8 CEDH vieta un tale utilizzo della clausola di sovranità.
- Quando si controbilanciano gli interessi a rischio si dovrebbe tenere conto del considerando 14 RD III, che menziona il "rispetto per la vita familiare" come un "criterio *fondamentale*" per le autorità che applicano il Regolamento Dublino (enfasi aggiunta). Come è stato discusso sopra nella sezione 2.3, e per analogia con il principio dell'interesse superiore del minore, questo implica che deve essere dato più peso all'interesse all'unità familiare nella applicazione del sistema di Dublino.

Questi argomenti pesano tutti a favore del mantenimento o della ricostituzione dell'unità familiare nel contesto Dublino, e sostengono ulteriormente la conclusione esposta sopra nella sezione 4.1, cioè che i casi in cui l'articolo 8 CEDU prescrive un tale risultato non dovrebbero essere considerati come "eccezionali". Infatti, in un sistema in cui la protezione della vita familiare è un "criterio fondamentale", preservare o promuovere l'unità familiare dovrebbe essere la regola piuttosto che l'eccezione. Questa conclusione è valida *a fortiori* nelle situazioni caratterizzate da particolari vulnerabilità, esaminate sotto.

²¹⁶ In maniera simile si veda J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 433. Da parte sua, la Corte EDU non ha ancora provveduto a delle distinzioni così raffinate: si vedano *A.S.*, supra n. 186, § 46; *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, § 40. Questo, certamente, non esclude che in casi particolari, caratterizzati dal chiaro tentativo di eludere le regole ordinarie sul ricongiungimento familiare, l'interesse pubblico al controllo dell'immigrazione potrebbe essere particolarmente pronunciato: si veda TAF, F-762/2019, § 7.2.1.

²¹⁷ Legge sull'asilo (LAsi) del 26 giugno 1998, RS 142.31; J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 433. Sul campo di applicazione dell'articolo 51 si veda DTAF 2017 VI/4 così come TAF, E-5669/2016 e TAF E-1721/2019. Sull'articolo 51(4) e sulle condizioni della "costituzione del legame familiare nel paese di origine", si veda TAF, D-3664/2016.

²¹⁸ *M.A. e altri*, C-661/17, supra n. 155, § 58. Per degli esempi, si veda UNHCR, *Left in Limbo*, supra n. 13, p. 126. In teoria, una situazione come questa non si dovrebbe potere verificare in Svizzera in quanto gli unici motivi giuridici per derogare ai criteri ordinari sono, insieme a quelli per rispettare gli impegni internazionali, quelli umanitari. Tuttavia, non può essere interamente escluso nella pratica: si veda J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 409.

4.3.4 I principi applicabili alle situazioni di dipendenza e vulnerabilità

I richiedenti protezione sono in generale un “gruppo vulnerabile”, ma l’applicazione del Regolamento Dublino può riguardare persone che si trovano in situazioni di ancor maggiore vulnerabilità e dipendenza (ad esempio, le persone malate, gli anziani, i minori, le donne incinta, le madri con bambini piccoli). A cause delle limitazioni cui è soggetto il suo campo di applicazione, l’articolo 16 RD III non fornisce a queste persone una protezione completa dai rigori della procedura Dublino. L’applicazione delle clausole discrezionali può dunque rivelarsi necessaria.

Dal punto di vista dei diritti umani, la vulnerabilità di un richiedente può sollevare numerose questioni.

Innanzitutto, lo stato di salute di una persona può essere incompatibile con un trasferimento²¹⁹, oppure possono esservi dubbi in merito alla disponibilità di strutture di accoglienza o di un’assistenza appropriate nello Stato competente. Queste problematiche – che sono spesso esaminate sotto la prospettiva della proibizione di trattamenti inumani e degradanti – non sono necessariamente correlate all’unità familiare²²⁰ e non sono in sé oggetto di questo studio. Tuttavia, deve ribadirsi che nei casi sopra descritti devono essere predisposte appropriate garanzie affinché l’unità familiare sia mantenuta:

- Come esplicitamente affermato nella sentenza *Tarakhel* della Corte EDU, lo Stato che provvede al trasferimento ha l’obbligo di ottenere delle garanzie dallo Stato competente relativamente al fatto che le famiglie con bambini non saranno separate una volta prese o riprese in carico²²¹. Il TAF ha negato che questo obbligo si applichi ad altre categorie di persone vulnerabili²²². Tuttavia, la sentenza A.S. della Corte EDU suggerisce chiaramente che i principi affermati in *Tarakhel*, incluso il principio all’unità familiare, si applicano quantomeno ai trasferiti “gravemente malati”²²³. In aggiunta, il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura ha più di recente affermato l’applicabilità di doveri comparabili a quelli derivanti da *Tarakhel* nei confronti delle vittime di tortura²²⁴.
- Come corollario di quanto affermato in *Tarakhel*, quando il trasferimento è annullato per alcuni membri della famiglia in considerazione della loro vulnerabilità vanno prese le misure necessarie per non separarli dai membri della loro famiglia trasferendo questi ultimi²²⁵.

²¹⁹ Si veda ad esempio *C.K.*, C-578/16, supra n. 158.

²²⁰ Si veda, ad esempio, Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (CAT), *Adam Harun v. Switzerland*, comunicazione no. 758/2016, 8 febbraio 2019, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/pd/5c5ab4bc4.pdf>.

²²¹ *Tarakhel*, supra n. 210, § 120. Nella pratica, si riscontrano ancora dei problemi: si vedano OSAR/DRC, *Is mutual trust enough?*, 9 febbraio 2017, disponibile (in inglese) al: <https://www.osar.ch/assets/news/2017/drc-osar-drmp-report-090217.pdf>, p. 13, 17; OSAR/DRC, *Mutual trust enough is still not enough*, 12 dicembre 2018, disponibile (in inglese) al: <https://drc.ngo/media/5015811/mutual-trust.pdf>, p. 22.

²²² Si veda DTAF 2017 VI/10, § 5.3 ss.

²²³ A.S., supra n. 186, Traduzione libera dall’inglese, § 36.

²²⁴ Si veda in particolare CAT, *A.N. v. Switzerland*, comunicazione no. 742/2016, 3 agosto 2018, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/cases,CAT,5b964c664.html>, § 8.6 and 8.8. Si veda anche CAT, *Adam Harun v Switzerland*, supra n. 220.

²²⁵ Come esempio di quanto separazioni di questo tipo possano risultare da meri errori amministrativi si veda, *Z.H. and R.H.*, supra n. 69.

I trasferimenti riguardanti persone particolarmente vulnerabili possono sollevare anche più direttamente delle problematiche relative all'unità familiare. Tale è il caso quando il trasferito è una persona particolarmente vulnerabile e il trasferimento lo priverebbe del supporto familiare disponibile nello Stato trasferente o viceversa, quando il trasferimento potrebbe rendere impossibile per il trasferito potere fornire assistenza e sostegno a un suo familiare vulnerabile.

Un caso come questo è stato analizzato dal punto di vista di entrambi gli Articoli 3 e 8 CEDU dalla Corte EDU in *A.S. vs Svizzera*. In questo caso un uomo vittima di tortura ed affetto da diversi disturbi post-traumatici da stress, che beneficiava del supporto delle sue sorelle a Ginevra, era stato trasferito in Italia. Si noti che, ai sensi dell'interpretazione proposta sopra nella sezione 3.4.3, l'articolo 16 RD III avrebbe dovuto essere applicato e la questione di un'eventuale applicazione delle clausole discrezionali non si sarebbe dovuta porre.

Innanzitutto alla Corte EDU, il richiedente si è riferito tanto alle condizioni di accoglienza inadeguate che lo attendevano in Italia quanto alle ripercussioni negative che avrebbe patito se privato del supporto familiare. La Corte ha rigettato entrambe le argomentazioni. Sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, la Corte ha applicato la propria – restrittiva – giurisprudenza *N c. Regno Unito*²²⁶. Questa parte della sentenza non riflette più lo stato del diritto. Da una parte, la Corte stessa ha rivisto il test applicabile²²⁷. Dall'altra, e soprattutto, la Corte di Giustizia Europea ha stabilito un test più clemente applicabile nel contesto Dublino²²⁸. Relativamente all'articolo 8 CEDU, la Corte si è limitata a brevi argomenti redatti in un linguaggio standard di dubbia rilevanza rispetto ai fatti del caso²²⁹. Essa ha sottolineato come il richiedente non avesse potuto durante il suo breve soggiorno in Svizzera “stabilire e sviluppare legami familiari forti” con le sue sorelle²³⁰. Quest'aspetto, tuttavia, esulava dalla questione sollevata dal richiedente. Infatti, dal punto di vista dell'unità familiare, il richiedente sosteneva (a) di essere palesemente dipendente, in quanto vittima di tortura, dal supporto delle sue sorelle e (b) che il prospettato trasferimento lo avrebbe privato di questo supporto. La Corte ha mancato totalmente di trattare questi aspetti, tanto dal punto di vista dell'articolo 3 CEDU, quanto dell'articolo 8 CEDU²³¹.

Questa infelice sentenza ha apparentemente incoraggiato la SEM a seguire una prassi restrittiva²³². Tale prassi necessita tuttavia di essere ripensata alla luce delle recenti pronunce del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura. In *A.N.*, un caso nei fatti indistinguibile da *A.S.* e che sollevava la questione se il trasferimento in Italia di una vittima di tortura fosse compatibile con la CAT, il Comitato ha dato un peso considerevole al fatto che il trasferimento avrebbe privato il richiedente del supporto della sua famiglia estesa (*in casu*, il fratello) e

²²⁶ *A.S.*, supra n. 186, § 31-38.

²²⁷ *Paposhvili v. Belgium*, supra n. 34, § 181 ss. Si veda anche DTAF 2017 VI/7, § 6.2.

²²⁸ *C. K.*, C-578/16, supra n. 158, § 74. Ai sensi di questa giurisprudenza, i trasferimenti che comportano “il rischio concreto e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile” della salute del richiedente, costituiscono un trattamento inumano e degradante. Si veda anche DTAF 2017 VI/10, § 6.4 s.

²²⁹ Si veda *A.S.*, supra n. 186, § 44 circa il modo delle autorità statali di affrontare la vita familiare come *fait accompli*, laddove in fatto non era seriamente contestato che la relazione tra il richiedente e le sorelle esistesse già nel loro paese di origine.

²³⁰ *Ibidem*, § 49.

²³¹ *Ibidem*, § 20 e 41. Si vedano anche Nicolosi, R. Delbaere, *A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases*, 16 giugno 2015, disponibile (in inglese) al: <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16>.

²³² Si vedano, ad esempio, TAF D-7674/2015; TAF, D-6273/2017; TAF, D-2069/2016.

quindi compromesso la sua riabilitazione²³³. Il Comitato ha concluso che il trasferimento sarebbe stato incompatibile con la CAT.

Sarebbe sbagliato considerare *A.N.* come una decisione isolata. Al contrario, *A.N.* affronta una questione generale e fissa un importante precedente. Le vittime di tortura cercano spesso rifugio in un Paese in cui sono presenti i loro familiari, in quanto il supporto familiare è essenziale per la ricostruzione delle loro vite in un ambiente per loro nuovo e sconosciuto. In considerazione di ciò, ed alla luce del diritto alla riabilitazione medica e sociale che le vittime di tortura traggono dall'art. 14 CAT, il Comitato ha stabilito che privarli del supporto familiare trasferendoli in un altro Stato è di norma contrario a questa disposizione.

A.N. dovrebbe portare anche a riconsiderare *A.S.* sotto il profilo dell'art. 8 CEDU. Sulla base di quanto appena detto circa l'importanza del supporto familiare per la riabilitazione delle vittime di tortura, e dell'eccezionale vulnerabilità di questa categoria di persone, dovrebbe considerarsi che peculiari elementi di dipendenza siano per definizione presenti ai fini ed ai sensi dell'articolo 8 CEDU.

Per concludere, ogniquale volta siano confrontate a situazioni simili a quelle di *A.S.* e *A.N.*, le autorità dovrebbe partire dal presupposto che il trasferimento in un altro Stato membro è inammissibile, e che invece dovrebbe essere applicata la clausola di sovranità. Dal momento che questa conclusione è in larga parte basata sulla vulnerabilità delle persone interessate, ci sono ottime ragioni per applicare il precedente *A.N.* non soltanto alle vittime di tortura, ma anche alle altre categorie di persone particolarmente vulnerabili che beneficiano di un supporto familiare in Svizzera e che, per una ragione o per un'altra, non sono ammesse ai benefici dell'articolo 16 RD III o degli altri criteri familiari.

Questo è vero, in particolare, per i minori che sono vittime di "qualsiasi forma di negligenza, sfruttamento o maltrattamenti; tortura o ogni altra forma di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; o conflitti armati". Ai sensi dell'art. 39 CRC, gli Stati devono adottare tutti i provvedimenti adeguati per agevolare il recupero fisico e psicologico e il reinserimento sociale di questi minori, in un ambiente che incentiva la loro "salute, il rispetto della propria persona e la dignità".

4.3.5 Il pari godimento della vita familiare sotto il Regolamento Dublino

Nell'applicare il Regolamento Dublino, come in qualsiasi altro campo legale, gli Stati membri devono assicurare l'assenza di discriminazioni nel godimento della vita familiare ai sensi dell'articolo 14 CEDU (si veda, in particolare, il considerando 32 RD III). Questo implica che devono essere evitate disparità di trattamento ingiustificate. Nella stessa ottica, il TAF ha menzionato il principio di uguaglianza come uno dei principi che può essere invocato dai richiedenti in combinazione con la clausola di sovranità.

Diverse lacune e contraddizioni tra le disposizioni relative alla famiglia del Regolamento Dublino sono state segnalate sopra nelle sezioni 3.2.2 e 4.1. Nella sezione 3.2.2, è stato in particolare sostenuto l'uso di un'interpretazione teleologica ed analogica per eliminare sistematicamente qualsiasi disparità ingiustificata che potrebbe derivare dalle suddette

²³³ CAT, *A.N. v Switzerland*, supra n. 224, in particolare § 8.7 and 8.10.

lacune e contraddizioni. L'alternativa a questo modo di procedere è di fare un uso sistematico delle clausole discrezionali²³⁴. La CEDU è indifferente a quale metodo giuridico venga impiegato fintantoché nessuna discriminazione viene perpetrata.

Applicate nella prospettiva della non discriminazione, le clausole discrezionali dovranno in particolare essere utilizzate al fine di “smussare gli spigoli” dei criteri di competenza²³⁵, e di evitare che – come detto dal TAF – alcuni richiedenti si ritrovino in un vuoto di protezione giuridica (*zwischen Stuhl und Bank*)²³⁶. Quindi, nei casi limite – cioè in casi che rientrerebbero nell'ambito di applicazione dei criteri familiari se non fosse per qualche circostanza di importanza marginale – è richiesto uno scrutinio dettagliato dal punto di vista della non discriminazione, inclusa un'analisi delle situazioni considerate, delle ragioni oggettive capaci di giustificare la disparità di trattamento fra casi “inclusi” ed “esclusi”, e del rispetto del principio di proporzionalità.

4.4 I motivi umanitari e caritatevoli per l'applicazione delle clausole discrezionali

Al di là agli impegni internazionali in materia di diritti umani, considerazioni di tipo umanitario possono essere sufficientemente forti da giustificare l'uso della discrezione in favore dell'unità familiare. Da un lato, vi sono buone ragioni per considerare che la decisione della CGUE in *K* resta applicabile nel contesto dell'articolo 17 RD III per le situazioni non coperte dall'articolo 16 RD III. Dall'altro, l'autorità decisoria di prima istanza deve prendere in considerazione i principi stabiliti dal TAF nel rispetto dell'articolo 29a(3) dell'Ordinanza 1 sull'Asilo²³⁷.

4.4.1 I motivi umanitari secondo il Regolamento Dublino: sulla continua rilevanza della sentenza *K*

In virtù del vecchio articolo 15(2) RD II, i parenti dipendenti dovevano essere “abituamente” lasciati insieme o ricongiunti, ammesso che i legami familiari fossero già esistiti nel Paese di origine. Nella sentenza *K*, la CGUE ha chiarito che la nozione di “parente” dovesse essere interpretata estensivamente e in maniera inclusiva, ricomprendendo ad esempio la nuora e i nipoti del richiedente asilo²³⁸. Inoltre, la Corte interpretava l'articolo 15(2) RD II nel senso che gli Stati dovessero mantenere o ricostituire l'unità familiare salve “circostanze eccezionali”²³⁹.

La vecchia disposizione è stata sostituita dall'articolo 16 RD III, che è un criterio vincolante e impone un dovere più preciso, ma ha un campo di applicazione significativamente più ristretto (si veda sopra, sezione 3.4.3). In considerazione della sua formulazione, e anche accettando l'interpretazione estensiva proposta in precedenza, l'articolo 16 può difficilmente leggersi nel senso che impone di “lasciare insieme o ricongiungere” i richiedenti e i “parenti” in senso lato, come i cugini o i parenti acquisiti²⁴⁰. Pertanto, tutte le situazioni di dipendenza

²³⁴ Si vedano, ad esempio, C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 16, K1, nel rimediare in questo modo alla formulazione carente dell'articolo 16 circa la dipendenza.

²³⁵ Per un esempio di questa argomentazione si veda J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 431.

²³⁶ TAF, D-3794/2014, § 7.6. Sfortunatamente, in questo caso il TAF non ha esaminato se il principio della parità di trattamento ordinasse un'applicazione estensiva dell'articolo 9 RD III attraverso le clausole discrezionali.

²³⁷ Ordinanza 1 sull'Asilo, supra n. 160.

²³⁸ *K*, C-245/11, supra n. 135, § 38.

²³⁹ *K*, C-245/11, supra n. 135.

²⁴⁰ Si vedano, C. Filzwieser, A. Sprung, supra n. 24, articolo 16 MN K1. Sull'opinione contraria per cui l'articolo 16 RD III deve ancora essere interpretato alla luce della decisione *K*, si veda ECRE, *Commenti dell'ECRE sul Regolamento (UE) no 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*

che erano formalmente coperte dalla giurisprudenza *K* e non ricadono sotto l'articolo 16 RD III, devono essere esaminate alla luce della clausola discrezionale "generale" dell'articolo 17 RD III. La questione è se nel sottoinsieme delle situazioni considerate qui i doveri affermati in *K* continuino ad applicarsi nonostante le disposizioni del Regolamento siano cambiate.

Il TAF, che pare riferirsi alla sentenza *K* soltanto nel contesto dell'articolo 16 RD III²⁴¹, non sembra aver affrontato esplicitamente la questione. Tuttavia, ci sono importanti argomenti a favore dell'applicazione di *K* oltre i confini dell'articolo 16. In primo luogo, come si evince dai lavori preparatori, la formulazione restrittiva scelta per l'articolo 16 RD III costituiva una risposta alla proposta di trasformare il vecchio articolo 15(2) RD II da criterio "semi-vincolante" a criterio pienamente vincolante²⁴², ma non può essere interpretata come un rifiuto della sentenza *K* da parte del legislatore²⁴³. In secondo luogo, l'interpretazione secondo cui sotto il nuovo Regolamento, al di fuori del campo di applicazione dell'articolo 16 RD III, i doveri affermati in *K* svaniscono contraddice lo scopo dichiarato di "apportare i miglioramenti [...] a[lla] [...] protezione offerta ai richiedenti" (considerando 9 RD III). In terzo e ultimo luogo, l'interpretazione qui proposta rende l'articolo 16 ridondante. Come è stato sopra discusso, questa disposizione identifica un ristretto sottoinsieme di situazioni di dipendenza e le colloca sotto dovere di "lasciare insieme o ricongiungere" che non soffre eccezioni a parte quelle espressamente previste (si veda sopra, sezione 3.4.3). Per tutti gli altri casi che un tempo erano coperti dall'articolo 15(2) del Regolamento Dublino II e che ora ricadono nell'ambito applicativo dell'articolo 17 RD III – ad esempio, la dipendenza tra la nuora e la suocera – "lasciare insieme o ricongiungere" resta un dovere soggetto a più ampie eccezioni nel rispetto della sentenza *K*²⁴⁴.

internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (ECRE Comments on Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)), marzo 2015, disponibile (in inglese) al: <https://www.refworld.org/docid/552254094.html>, p. 21. Occorre sottolineare che in *K* la Corte si rifaceva all'appena richiamata formulazione dell'articolo 15(2) RD II: si veda *K*, C-245/11, supra n. 135, § 38-41.

²⁴¹ Si veda in particolare DTAF 2017 VI/5, § 8.3.3. Si vedano anche TAF, D-3566/2018; TAF, D-5090/2017.

²⁴² Si noti che la descrizione dell'articolo 15(2) RD II come disposizione semi-vincolante è precedente alla decisione *K*: si veda Consiglio dell'UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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 (rifusione) – Questioni scelte* (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) – Certain issues), doc. no. 14950/10, 15 ottobre 2010, disponibile (in inglese) al: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14950-2010-INIT/en/pdf>, p. 2.

²⁴³ Le negoziazioni sulla disposizione erano state sostanzialmente concluse mesi prima che la CGUE emettesse la sua sentenza: Consiglio dell'UE, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 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 (rifusione)* (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)), doc. no. 12746/2/12, 27 luglio 2012, disponibile (in inglese) al: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12746-2012-REV-2/en/pdf>.

²⁴⁴ Nello stesso senso, si veda anche U. Brandl, "Family Unity and Family Reunification in the Dublin System: Still Utopia or Already Reality?" in: V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 143-158, at p. 153.

4.4.2 I motivi umanitari secondo l'articolo 29a dell'Ordinanza 1 sull'asilo

L'articolo 29a(3) dell'Ordinanza 1 sull'asilo (OAsi1) autorizza la SEM ad esaminare una richiesta di asilo che ricadrebbe sotto la competenza di un altro Stato membro per "motivi umanitari". Come già rilevato, ad eccezione dei casi in cui le clausole sono applicate per adempiere agli impegni internazionali della Svizzera, questo è l'unico motivo giuridicamente consentito alla SEM per applicare la clausola di sovranità²⁴⁵.

L'articolo 29a(3) OAsi1 è una disposizione potestativa che attribuisce un ampio potere discrezionale alla SEM. Pertanto, le decisioni di quest'ultima possono essere riesaminate soltanto per verificare se questa discrezione sia stata utilizzata in modo conforme alla legge. Questo non significa che la discrezione della SEM sia incondizionata. Prima di tutto, la SEM ha il dovere di esaminare in ciascun caso se l'articolo 29a OAsi1 vada applicato. A tal fine, deve stabilire i fatti rilevanti in modo corretto e completo, nonché prenderli in considerazione nella sua decisione²⁴⁶. La decisione in sé deve essere presa sulla base di criteri trasparenti e ragionevoli, inclusi i seguenti²⁴⁷:

- Le peculiari vulnerabilità delle persone implicate;
- L'interesse superiore del minore;
- Le esperienze traumatiche, specialmente nello Stato in cui il trasferimento è proposto;
- Le considerazioni attinenti all'unità familiare;
- La durata della procedura Dublino o della presenza in Svizzera della persona interessata.

Presi singolarmente, fattori di questo tipo sono di regola insufficienti per l'applicazione dell'articolo 29a OAsi1. Tuttavia, quando sulla base di motivi cumulativi appare che un trasferimento sarebbe problematico da un punto di vista umanitario, l'applicazione di questa disposizione deve essere presa in considerazione²⁴⁸. Sfortunatamente, la SEM non ha reso nota la sua prassi²⁴⁹, e questo inficia la trasparenza richiestale dal TAF nelle sue sentenze pubblicate.

Da ultimo va sottolineato che la decisione presa dalla SEM deve essere esente da arbitrarietà e rispettare il diritto di essere sentito, così come i principi generali di uguaglianza e proporzionalità. Per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, e alla luce dell'ampia discrezione di cui gode la SEM, il Segretariato è soggetto a un obbligo di motivazione rafforzato²⁵⁰.

²⁴⁵ L'articolo 29a(3) OA1 costituisce la "concretizzazione" in diritto svizzero della clausola di sovranità: si vedano DTAF 2010/45, § 8.2.1; DTAF 2015/9, § 7.5.

²⁴⁶ DTAF 2015/9, § 8.1.

²⁴⁷ Si vedano DTAF 2015/9, § 8.1; DTAF 2017 VI/10, § 6; TAF, E-504/2016, § 5.4. Si veda anche J.-P. Monnet, supra n. 51, p. 426 ss.

²⁴⁸ Si veda DTAF 2011/9, § 8.2. Si veda anche TAF, E-504/2016, § 5.2.

²⁴⁹ Si veda SEM, supra n. 10, punto 2.3.3.

²⁵⁰ Si vedano DTAF 2015/9, § 8.1 e 8.2.2; TAF, E-504/2016, § 5.4 ss; TAF, E-2780/2016, § 7.4.

4.5 Possibilità di prevenire o di mettere fine alla separazione dei familiari in virtù delle clausole discrezionali

Nei paragrafi precedenti, sono state delineate le situazioni in cui c'è un dovere derivante dai diritti umani o giustificato da motivi umanitari di lasciare insieme o ricongiungere i familiari. Tendenzialmente, queste situazioni sorgono in un contesto in cui il richiedente si oppone all'allontanamento dalla Svizzera e in cui si sollecitano le autorità ad applicare la clausola di sovranità. Questo, tuttavia, non è l'unico caso in cui potrebbe essere richiesto di mantenere o ristabilire l'unità familiare. Se il richiedente e la sua famiglia sono presenti nel territorio di uno Stato, l'unità familiare può infatti essere assicurata sia applicando la clausola di sovranità, sia trasferendo tutta la famiglia insieme, a meno che non ci siano controindicazioni²⁵¹. Se il richiedente si trova in un altro Stato membro, delle obbligazioni positive di ammetterlo derivanti dalla CEDU o da motivi umanitari si potrebbero tradurre in un dovere di accettare una domanda trasmessa alla Svizzera ai sensi della clausola umanitaria dell'articolo 17(2) RD III. Questa è semplicemente l'applicare a circostanze diverse dello stesso principio per cui l'articolo 8 CEDU può rendere obbligatoria l'applicazione della clausola di sovranità. Allo stesso modo, se il richiedente si trova in Svizzera e i membri della sua famiglia sono in un altro Stato membro, il dovere di promuovere il ricongiungimento può comportare un dovere d'inoltrare una richiesta di presa in carico e di darvi diligentemente seguito in virtù dell'articolo 17(2) RD III²⁵².

Ci possono anche essere casi in cui le considerazioni circa l'unità familiare rendono *inammissibile* l'uso della clausola di sovranità. È vero che l'articolo 17 RD III riconosce agli Stati membri il diritto di derogare ai criteri e il suo esercizio non è soggetto a nessuna condizione particolare (si veda sopra, sezione 4.1). Tuttavia, come rilevato sopra, esercitare questo diritto in una situazione in cui i criteri familiari sarebbero invece applicabili costituirebbe un'interferenza con la vita familiare che – data un'applicazione della clausola di sovranità per puri fini di convenienza amministrativa – non potrebbe essere giustificata alla luce dell'articolo 8(2) CEDU²⁵³.

In breve: ogni qualvolta i diritti umani o urgenti motivi umanitari richiedano che l'unità familiare sia preservata o ricostituita, questi doveri possono variamente tradursi nei doveri di applicare (o di astenersi dall'applicare) l'articolo 17 RD III in tutti i suoi aspetti. L'unico imperativo, in questi casi, è assicurare l'unità familiare.

4.6 Sintesi degli elementi principali

Le clausole discrezionali mirano a “evitare situazioni in cui i familiari potrebbero essere separati a causa di una rigida applicazione dei criteri Dublino”²⁵⁴. La loro applicazione è obbligatoria ogni qualvolta questo sia necessario per garantire il rispetto degli impegni internazionali della Svizzera. Anche urgenti motivi umanitari possono rendere obbligatoria l'applicazione delle clausole.

Non vi è alcun motivo per ritenere che il Regolamento Dublino esiga o incoraggi un approccio restrittivo nell'applicazione delle clausole discrezionali. Al contrario: alla luce degli obiettivi e

²⁵¹ Si veda, ad esempio, *Z.H. and R.H.*, supra n. 69, opinione concorrente del giudice Nicolaou *in fine*.

²⁵² Si veda TAF, D-3153/2014, § 9.9-9.19.

²⁵³ Si veda supra, sezione 4.3.4.

²⁵⁴ Consiglio dell'UE, doc. No. 12364/09, supra n. 101, p. 35 (traduzione libera).

dei principi del Regolamento, per come espressi in particolare nel Preambolo, le clausole dovrebbero ricevere un'ampia e sistematica applicazione ogni qualvolta la vita familiare sia in gioco.

L'articolo 8 CEDU è applicabile ogni qualvolta le azioni o le omissioni compiute secondo il Regolamento Dublino possano pregiudicare la "vita familiare". Il fatto che i familiari del richiedente godano di un "diritto di presenza duraturo" non è una condizione per l'applicabilità dell'articolo 8 CEDU.

Le relazioni coniugali costituiscono "vita familiare" anche se non ancora pienamente stabilite nei fatti. Allo stesso modo, le relazioni tra i genitori e i figli minorenni costituiscono *ipso iure* "vita familiare". Negare l'esistenza o la stabilità della "vita familiare" tra il richiedente e i membri della sua famiglia nucleare riferendosi ai periodi di separazione è contrario all'articolo 8 CEDU. Per quanto riguarda rapporti familiari meno ravvicinati, l'esistenza nella pratica di stretti legami personali è la condizione determinante.

Nel definire l'esistenza della "vita familiare", l'amministrazione dovrebbe adottare un approccio flessibile e scevro di formalismo, rispettare i propri obblighi inquisitori e riconoscere ai richiedenti protezione il beneficio del dubbio in considerazione della loro particolare situazione. A titolo di buona prassi, l'autorità di prima istanza dovrebbe sin dall'inizio della procedura accertare in maniera olistica la situazione familiare degli interessati tanto dal punto di vista del Regolamento Dublino quanto della CEDU, sfruttando appieno l'infrastruttura procedurale fornita dal Regolamento Dublino (ad esempio, il diritto ad un colloquio e l'identificazione dei familiari).

La constatazione che l'articolo 8 CEDU trova applicazione innesca una serie di doveri: il dovere di assicurare che il processo decisionale è "equo e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi tutelati dall'articolo 8"; quello di trovare un "giusto bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società"; quello di garantire un ricorso effettivo contro le presunte violazioni, così come la non discriminazione nel godimento della vita familiare.

Ogni qualvolta si debba procedere a un bilanciamento tra gli interessi privati e pubblici a norma dell'articolo 8 in un contesto Dublino, i seguenti aspetti dovrebbero essere presi in considerazione:

- Non si può partire dal presupposto che il richiedente avrà la possibilità di stabilire una vita familiare altrove senza ostacoli eccessivi. Al contrario, il punto di partenza del ragionamento dovrebbe essere che le possibilità di godere della vita familiare "altrove" nell'area di Dublino siano severamente limitate. Anche quando una tale possibilità, deve essere appurato se il sacrificio imposto alle persone già presenti in Svizzera sarebbe proporzionato.
- Il carattere potenzialmente "temporaneo" della separazione determinata da un trasferimento Dublino può essere preso in considerazione, ma deve tenersi a mente che la separazione potrebbe di fatto perdurare per un periodo di tempo considerevole, e che anche i periodi di separazione brevi potrebbero violare l'articolo 8 CEDU in casi particolari come ad esempio quelli che coinvolgono minori.

- I richiedenti asilo costituiscono un gruppo vulnerabile che ha diritto ad una peculiare protezione.
- Nel valutare la compatibilità delle misure adottate secondo il Regolamento Dublino con l'articolo 8 CEDU, è importante identificare e definire accuratamente l'interesse pubblico in gioco. Nei casi Dublino, l'intensità dell'interesse statale a "[...] controllare l'immigrazione" è di norma meno pronunciata che nei casi di ricongiungimento familiare in senso proprio. L'interesse pubblico è ancora più attenuato laddove il richiedente soddisfi manifestamente le condizioni per beneficiare del ricongiungimento familiare in Svizzera in un secondo momento.
- Il considerando 14 del Preambolo del Regolamento prescrive che nel quadro della procedura Dublino venga dato un peso maggiore di quanto non si faccia ordinariamente nel quadro dell'articolo 8 CEDU all'interesse all'unità familiare.
- In un sistema in cui la protezione della vita familiare è un "criterio fondamentale", preservare o promuovere l'unità familiare dovrebbe essere la regola piuttosto che l'eccezione.

Nei casi in cui persone particolarmente vulnerabili, inclusi i minori, sono trasferite con la loro famiglia, devono essere predisposte particolari garanzie affinché l'unità familiare sia garantita all'arrivo. Quando il trasferimento è annullato a causa della vulnerabilità della persona interessata, il resto della famiglia non dovrebbe essere trasferita.

Ogni qualvolta il trasferimento in un altro Stato membro di una vittima di tortura determinerebbe la sua separazione dai familiari che lo stanno accudendo e sostenendo, le autorità dovrebbero partire dal presupposto che il trasferimento è inammissibile e che invece dovrebbe essere applicata la clausola di sovranità. Questa argomentazione dovrebbe essere estesa anche ad altre categorie di persone particolarmente vulnerabili, in particolare ai minori che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 39 CRC.

Nei casi limite – cioè in casi che rientrerebbero nell'ambito di applicazione dei criteri familiare se non fosse per qualche circostanza di importanza marginale – è richiesto uno scrutinio dettagliato dal punto di vista della non discriminazione, inclusa un'analisi della comparabilità delle situazioni coinvolte, delle ragioni obiettive in grado di giustificare la disparità di trattamento, e del rispetto del principio di proporzionalità.

Per i casi un tempo coperti dall'articolo 15(2) RD II e che adesso non ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 16 RD III – ad esempio, la dipendenza tra la suocera e la nuora – "lasciare insieme o ricongiungere" i parenti implicati resta un dovere soggetto ad eccezioni conformemente alla sentenza *K* della CGUE.

L'articolo 29a(3) OAsi1 è una disposizione potestativa che attribuisce un ampio potere discrezionale alla SEM. Quest'ultima ha tuttavia il dovere di esaminare in ciascun caso se questa disposizione dovrebbe essere applicata, di stabilire tutti i fatti rilevanti e di prenderli in considerazione nella sua decisione. La decisione in sé deve essere presa sulla base di criteri trasparenti e ragionevoli, inclusa in particolare la vulnerabilità delle persone coinvolte, l'interesse del minore e le considerazioni attinenti all'unità familiare. Quando sulla base di motivi cumulativi risulta che un trasferimento sarebbe problematico da un punto di vista umanitario, l'applicazione della disposizione deve essere presa in considerazione. Infine, data

l'ampiezza dei suoi poteri discrezionali, la SEM è soggetta a un obbligo di motivazione rafforzato.

Ogni qualvolta i diritti umani o urgenti motivi umanitari richiedano che l'unità familiare sia preservata o ricostituita, ciò può variamente tradursi in obblighi relativi all'applicazione dell'articolo 17 RD III: applicare (o astenersi dall'applicare) la clausola di sovranità; inoltrare una richiesta in virtù della clausola umanitaria; o accogliere tali richieste.

5. Commenti finali e osservazioni sugli strumenti nazionali ed internazionali di tutela

Se propriamente interpretato ed applicato, il Regolamento Dublino può garantire una protezione completa alle famiglie di coloro cui esso si applica.

Alla luce del preambolo, che sottolinea come il rispetto per la vita familiare debba essere un criterio fondamentale per le autorità nazionali, i criteri vanno interpretati ed applicati in maniera ampia, flessibile e senza indebito formalismo. Nel farlo, l'amministrazione deve valutare un'ampia gamma di prove circa l'esistenza della famiglia, tenendo conto dello standard probatorio ridotto previsto dal Regolamento e dalle Regole di esecuzione. Inoltre, l'amministrazione dovrebbe farsi parte diligente nell'accertamento dei fatti rilevanti, in cooperazione con il richiedente e con i suoi familiari. Il dovere d'identificazione dei familiari, che è formalmente applicabile solo in favore dei richiedenti minori non accompagnati, dovrebbe a titolo di buona prassi essere sistematicamente applicato a tutti i richiedenti, dal momento che incentiva un'interpretazione ampia dei criteri familiari. La valutazione dell'età, che determina l'applicabilità delle regole più generose stabilite nel Regolamento a tutela dei minori, dovrebbe essere eseguita in conformità alle raccomandazioni del Comitato sui diritti del Fanciullo e dunque in maniera olistica e attenta ai bisogni del minore, nel rispetto delle dovute garanzie procedurali, tra le quali la nomina di un rappresentante qualificato, senza un ricorso indebito a metodi clinici, e nel rispetto del principio del beneficio del dubbio.

Poiché l'applicazione dei criteri familiari stabiliti dal Regolamento è limitata in principio alla fase di "presa in carico", è essenziale che una protezione legale completa sia garantita a questo stadio. L'articolo 27 RD III prevede esplicitamente il diritto dei richiedenti di appellarsi contro le decisioni di trasferimento. In questo contesto, essi possono avanzare qualsiasi argomentazione relativa alla scorretta applicazione del Regolamento, incluse l'applicazione errata dei criteri e la violazione di regole procedurali e probatorie²⁵⁵. Tuttavia, esiste un'ampia gamma di decisioni esplicite o implicite²⁵⁶ prese in virtù del Regolamento che possono avere un forte impatto sull'applicazione dei criteri e sulla vita dei richiedenti e delle loro famiglie. Ad esempio, la decisione di non inoltrare o di non accettare una richiesta di "presa in carico", oppure la decisione di assumere la competenza, e quindi di non effettuare il trasferimento, quando i membri della famiglia del richiedente sono in un altro Stato e i criteri indicano quest'ultimo come competente. Il fatto che l'articolo 27 RD III non preveda esplicitamente un diritto di ricorso contro queste decisioni non è decisivo. Per quanto le considerazioni di efficienza sottese al Regolamento "invit[ino] a non moltiplicare i mezzi di impugnazione" – per esempio, a non prevedere un ricorso contro la decisione di non usare la

²⁵⁵ Si veda *H. e R.*, cause congiunte C-582/17 e C-583/17, supra n. 47, § 38 ss. Sulla violazione delle regole probatorie, si veda DTAF 2017 VI/1.

²⁵⁶ Si veda *Fathi*, C-56/17, supra n. 131, § 57 ss.

clausola di sovranità ed in seguito un secondo ricorso contro decisione di trasferimento²⁵⁷ – un ricorso effettivo deve essere disponibile contro *ogni* decisione che abbia un impatto sui diritti che i richiedenti mutuano dalla legge UE secondo l'articolo 47 CFR²⁵⁸.

Gli stessi principi si applicano *mutatis mutandis* allo stadio di ripresa in carico, anche se qui i criteri hanno una rilevanza più limitata²⁵⁹.

A tutti gli stadi della procedura Dublino, i diritti umani devono essere rispettati, e le considerazioni umanitarie devono essere debitamente tenute in considerazione. Ogni qualvolta sia necessario per rispettare la CEDU, la CAT, la ICCPR e la CRC o altri standard rilevanti, la SEM ha il dovere di applicare le clausole discrezionali – di assumere la competenza in virtù della clausola di sovranità, accettare le richieste di presa in carico ai sensi della clausola umanitaria, o di presentare tali richieste. In casi particolari, le obbligazioni relative alla protezione dei diritti umani possono prescrivere alle autorità di rifiutarsi di applicare la clausola di sovranità. La SEM ha anche il dovere positivo di esaminare i motivi umanitari, di decidere sulla base di criteri rilevanti e trasparenti, e di fornire motivazioni. Ragioni cumulative possono rendere un trasferimento problematico da un punto di vista umanitario, e ridurre la discrezionalità dell'amministrazione.

Le obbligazioni in materia di diritti umani hanno importanti implicazioni in termini di giusto processo – per esempio il diritto del minore di essere sentito in ogni procedura che lo riguarda, e di contestare l'esito della valutazione dell'età²⁶⁰. Più in generale, qualora sia credibilmente allegato che un diritto fondamentale è stato violato, poco importa a quale stadio della procedura Dublino da che tipo di decisione od omissione, un ricorso effettivo a livello nazionale deve essere possibile. Vanno anche considerate le opportunità offerte da una procedura di ricorso internazionale, come dimostrano le decisioni *A.N. v. Switzerland* e *A.H. v. Switzerland* prese dal CAT²⁶¹. Inoltre, come il confronto tra queste decisioni e il giudizio sul caso *A.S. v. Switzerland* della corte EDU dimostra, può essere estremamente proficuo sottoporre la stessa pratica nazionale allo scrutinio di diversi organi internazionali. La Svizzera è sottoposta alla giurisdizione della corte EDU, e ha ratificato gli strumenti internazionali che danno agli individui il diritto di fare ricorso al CAT ed al Comitato per i diritti del Fanciullo²⁶². Questi organi possono chiarire, ognuno dalla prospettiva della sua area di competenza, e in dialogo l'uno con l'altro, le implicazioni per i diritti umani del sistema di Dublino, e possono fornire un contributo essenziale a una pratica Dublino umana ed in linea coi diritti fondamentali, in modo particolare per le questioni che riguardano l'unità familiare.

²⁵⁷ *M.A. e altri*, C-661/17, supra n. 155, § 73 ss.

²⁵⁸ *Ibidem*, § 77. In merito all'articolo 8 CEDU, si veda Meijers Committee, *Note sulla proposta alla Commissione europea di revisionare il Regolamento (UE) 604/2013 (il Regolamento Dublino III)* (Note on the Proposal of the European Commission of 26 June 2014 to amend Regulation (EU) 604/2013 (the Dublin III Regulation)), 2 dicembre 2014, CM1415, disponibile (in inglese) al: https://www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1415_note_on_the_proposal_of_the_european_commission_of_26_june_2014_to_amend_the_dublin_iii_regulation_0.pdf, p. 5.

²⁵⁹ *H. e R.*, cause congiunte C-582/17 e C-583/17, supra n. 47, § 41 ss

²⁶⁰ *CRC, A.L. v. Spain*, supra n. 111, § 12.3; *CRC, J.A.B. v. Spain*, supra n. 111, § 13.3; TAF, E-7333/2018, § 2.4-2.5.

²⁶¹ CAT, *A.N. v Switzerland*, supra n. 224 ; CAT, *Adam Harun v Switzerland*, supra n. 220

²⁶² Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo che stabilisce una procedura di presentazione di comunicazioni, 14 luglio 2011, A/HRC/RES/17/18, disponibile al: <https://www.altalex.com/documents/news/2015/12/18/protocollo-opzionale-a-convenzione-diritti-fanciullo-procedura-di-presentazione-di-comunicazioni>, articolo 5; Assemblea federale svizzera, *Legge federale del 6 ottobre 1986* (Dichiarazione facoltativa ai sensi dell'articolo 21 CAT), RO 1987 1306, articolo 1 § 1.