



## Sentenza del 15 settembre 2022

---

Composizione

Giudice Daniele Cattaneo (presidente del collegio),  
Muriel Beck Kadima, Walter Lang,  
cancelliere Jesse Joseph Erard.

---

Parti

**A.** \_\_\_\_\_, nata l'(...), con la figlia  
**B.** \_\_\_\_\_, nata il (...),  
Siria,  
patrocinata dall'avv. Paolo Bernasconi, Bernasconi Martinelli  
Alippi & Partners,  
(...),  
ricorrente,

contro

**Segreteria di Stato della migrazione (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Berna,  
autorità inferiore.

---

Oggetto

Asilo (non entrata nel merito / procedura Dublino) ed allontana-  
mento (ricorso contro una decisione di riesame);  
decisione della SEM del 27 aprile 2021 / N (...).

**Fatti:****A.**

L'interessata, di nazionalità siriana ed etnia curda, ha presentato una domanda d'asilo in Svizzera il 2 febbraio 2021 (cfr. atto SEM [...] -5/3).

**B.**

Le successive indagini svolte dalla Segreteria di Stato della migrazione (di seguito: SEM), hanno permesso di accertare che secondo la banca dati "EURODAC" la richiedente l'asilo aveva già depositato una domanda pregressa in Austria il 24 settembre 2020 (cfr. atti SEM [...] -11/1 e [...] -15/2).

**C.**

Il 9 febbraio 2020, la richiedente è stata sentita nel corso dell'audizione sul rilevamento dei dati personali (cfr. atto SEM [...] -14/11), mentre il 15 febbraio 2021 l'autorità inferiore ha indetto con la medesima il colloquio personale ai sensi dell'art. 5 regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (Gazzetta ufficiale dell'Unione europea [GU] L 180/31 del 29.06.2013; di seguito: Regolamento Dublino III) (cfr. atto SEM [...] -17/3).

**D.**

Il 16 febbraio 2021, la SEM ha presentato alle competenti autorità austriache una richiesta di ripresa in carico della richiedente fondata sull'art. 18 par. 1 lett. b Regolamento Dublino III (cfr. atto SEM [...] -19/5). Queste hanno però provvisoriamente respinto la richiesta di ripresa in carico essendo la richiedente scomparsa ed avendo la stessa riferito di avere un marito residente in Svizzera (cfr. atto SEM [...] -23/2).

**E.**

Con domanda di riesame ex art. 5 par. 2 del regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione delle comunità europee del 2 settembre 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 ([GU] L 222/3 del 05.09.2003; modificato parzialmente dal regolamento di esecuzione [UE] n. 118/2014 della Commissione del 30 gennaio 2014 [GU L 39/1 del

08.02.2014]), inoltrata il 16 febbraio 2021, la SEM ha nuovamente sollecitato l'Austria affinché questa riprendesse in carico l'insorgente, avendo segnatamente cura di evidenziare che in specie non vi sarebbero stati elementi sufficienti per considerare il legame coniugale serio ed effettivo, così come neppure per ritenere che A.\_\_\_\_\_ abbia nel frattempo lasciato il territorio degli Stati membri.

Il 17 febbraio 2021, l'Austria ha accettato la richiesta di ripresa in carico in applicazione dell'art. 18 par. 1 lett. b Regolamento Dublino III (cfr. atto SEM [...] -27/2).

#### **F.**

Con la visita medica del 18 febbraio 2021, è stata diagnosticata alla richiedente una gravidanza (cfr. atto SEM [...] -28/4).

#### **G.**

Con decisione del 16 marzo 2021, notificata il medesimo giorno (cfr. atto SEM [...] -36/1), la SEM non è entrata nel merito della succitata domanda d'asilo ai sensi dell'art. 31a cpv. 1 lett. b LAsi (RS 142.31), pronunciando nel contempo il trasferimento dell'interessata dalla Svizzera verso l'Austria, come pure incaricando il Cantone (...) dell'esecuzione del trasferimento medesimo. Tale provvedimento è stato integralmente confermato da questo Tribunale con sentenza D-1323/2021 del 1° aprile 2021.

#### **H.**

Il 21 aprile 2021 l'interessata ha presentato all'autorità inferiore un memoriale intitolato "*istanza supercautelare di riesame*" (cfr. atto SEM [...] -1/50), chiedendo la sospensione dell'esecuzione di ogni misura di rimpatrio, rispettivamente di allontanamento dal territorio svizzero. A sostegno della sua istanza, la richiedente ha prodotto un certificato medico del 21 aprile 2021, confezionato dalla Dr.ssa med. C.\_\_\_\_\_ – medico aggiunto presso l'ambulatorio di ginecologia e ostetricia dell' (...) – oltre ad un certificato medico redatto dal Dr. D.\_\_\_\_\_, psicologo specialista in psicologia clinica e psicoterapia.

#### **I.**

Reputando che le circostanze non fossero tali da giustificare una riconsiderazione del provvedimento, la SEM con ulteriore decisione del 27 aprile 2021, notificata il giorno seguente (cfr. atto SEM [...] -3/2), ha respinto la domanda di riesame ponendo un emolumento di CHF 600.– a carico della ricorrente e precisando che un eventuale ricorso non avrebbe avuto effetto sospensivo.

**J.**

Con inoltro del 3 maggio 2021 (cfr. timbro postale) l'interessata ha postulato la restituzione dell'effetto sospensivo e la sospensione dell'eventuale esecuzione del suo allontanamento.

**K.**

Il 4 maggio 2021 il Tribunale ha sospeso provvisoriamente l'esecuzione dell'allontanamento dell'insorgente, quale misura supercautelare (cfr. risultanze processuali).

**L.**

Il 25 maggio 2021 l'interessata è insorta contro il summenzionato provvedimento del 27 aprile 2021, chiedendo innanzitutto, in via cautelare, la sospensione dell'esecuzione dell'allontanamento e la concessione dell'effetto sospensivo al ricorso. A titolo principale, ella domanda l'accoglimento dell'impugnativa, l'annullamento della decisione avversata e la concessione dell'ammissione provvisoria in Svizzera. Contestualmente, e con protesta di tasse e spese, l'insorgente postula l'attribuzione di congrue indennità ripetibili di patrocinio.

A sostegno del gravame, la ricorrente produce i seguenti mezzi di prova:

- la succitata certificazione medica redatta dal Dr. D. \_\_\_\_\_ su carta intestata e datata al 3 maggio 2021;
- la copia di un'asserita decisione siriana, attestante l'unione extragiudiziale fra A. \_\_\_\_\_ ed E. \_\_\_\_\_, accompagnata dalla traduzione in lingua tedesca del 21 aprile 2021;
- copia del contratto di locazione sottoscritto in Svizzera da F. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ e G. \_\_\_\_\_;
- copia del permesso F rilasciato ad E. \_\_\_\_\_.

**M.**

Con decisione incidentale del 27 maggio 2021 il Tribunale ha invitato l'insorgente – in assenza di motivi particolari – a versare un anticipo a copertura delle presunte spese processuali, somma poi tempestivamente confluita nelle casse del Tribunale (cfr. risultanze processuali).

**N.**

Con decisione incidentale del 16 giugno 2021 il Tribunale ha quindi accolto

la richiesta di concessione dell'effetto sospensivo e ha autorizzato la ricorrente a soggiornare in Svizzera sino alla conclusione della procedura. Nel contempo, lo scrivente Tribunale ha invitato l'autorità intimata a presentare una risposta al gravame.

**O.**

Con osservazioni del 2 luglio 2021, la SEM si è riconfermata nelle proprie conclusioni.

**P.**

Sollecitata a prendere posizione al riguardo, l'insorgente si è nuovamente espressa con replica del 27 luglio 2021.

**Q.**

Con decisione incidentale del 18 agosto 2021, il Tribunale ha una volta di più concesso alla SEM la possibilità di esprimersi in merito alle argomentazioni della ricorrente, facoltà della quale l'autorità inferiore si è prevalsa inoltrando le osservazioni del 26 agosto 2021.

**R.**

Con ordinanza del 22 settembre 2021, lo scrivente Tribunale ha trasmesso per conoscenza tali osservazioni alla ricorrente, con facoltà di prendere posizione in merito. Nel contempo, il Tribunale ha invitato l'insorgente ad esprimersi compiutamente circa i quesiti posti nei considerandi del medesimo atto. In questo senso, essa è stata fra l'altro chiamata ad informare circa lo stato della gravidanza, nonché, per il caso in cui avesse partorito, in merito ad aspetti inerenti lo stato civile e relazionale fra il neonato e E.\_\_\_\_\_.

**S.**

Lo scambio scritti si è concluso con l'allegato di triplica confezionato dall'insorgente ed inoltrato al Tribunale il 13 ottobre 2021, al quale ella ha accluso una missiva indirizzata dal (...) in data 14 settembre 2021, una lettera del 24 settembre 2021 – con la quale, la “(...)” ha rimesso all'autorità cantonale in parola alcuni documenti – nonché uno scambio di scritti e-mail intercorso fra la medesima fondazione e il Servizio circondariale dello stato civile di Lugano.

Ulteriori fatti ed argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno ripresi nei considerandi qualora risultino decisivi per l'esito della vertenza.

**Diritto:****1.**

Le procedure in materia d'asilo sono rette dalla PA, dalla LTAF e dalla LTF, in quanto la legge sull'asilo non preveda altrimenti (art. 6 LAsi). Fatta eccezione per le decisioni previste all'art. 32 LTAF, il Tribunale, in virtù dell'art. 31 LTAF, giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 PA prese dalle autorità menzionate all'art. 33 LTAF. La SEM rientra tra dette autorità (art. 105 LAsi). L'atto impugnato costituisce una decisione ai sensi dell'art. 5 PA.

La ricorrente ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore, è particolarmente toccata dalla decisione impugnata e vanta un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa (art. 48 cpv. 1 lett. a-c PA). Pertanto è legittimata ad aggravarsi contro di essa.

Vista la nascita della figlia dell'insorgente dopo la decisione impugnata (cfr. doc. G allegato al memoriale di triplica), B. \_\_\_\_\_ viene inclusa nella presente procedura.

I requisiti relativi ai termini di ricorso (art. 108 cpv. 6 LAsi), alla forma e al contenuto dell'atto di ricorso (art. 52 cpv. 1 PA) sono soddisfatti.

Entro i limiti circoscritti nel prosieguo della presente disamina (cfr. *sub* consid. 5.2), occorre pertanto entrare nel merito del ricorso.

**2.**

Con ricorso al Tribunale, possono essere invocati la violazione del diritto federale e l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti (art. 106 cpv. 1 LAsi). Il Tribunale non è vincolato né dai motivi addotti (art. 62 cpv. 4 PA), né dalle considerazioni giuridiche della decisione impugnata, né dalle argomentazioni delle parti (cfr. DTAF 2014/1 consid. 2). Ne consegue che il Tribunale può accogliere o respingere un ricorso anche per motivi che non sono stati invocati dalle parti (cfr. DTAF 2007/41 consid. 2).

**3.**

**3.1** La domanda di riesame, è una richiesta indirizzata ad un'autorità amministrativa in vista della riconsiderazione di una decisione entrata in forza di cosa giudicata. Tale istituto, pur non essendo previsto espressamente dalla PA, è noto da tempo a giurisprudenza e dottrina, che l'hanno dedotto dall'art. 66 PA – il quale prevede il diritto di domandare la revisione delle decisioni – e dagli art. 8 e 29 cpv. 2 della Cost. (cfr. DTAF 2010/27 consid.

2.1, URSINA BEERLI-BONORAND, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, 1985, pag. 173). Il riesame è altresì regolamentato dalla legislazione in materia d'asilo a partire dalla modifica della LAsi del 14 dicembre 2012, in vigore dal 1° febbraio 2014 (cfr. art. 111*b* LAsi). Tale disposto prevede che la domanda di riesame debitamente motivata debba essere indirizzata per scritto alla SEM entro 30 giorni dalla scoperta del motivo di riesame (art. 111*b* cpv. 1 LAsi).

**3.2** In buona sostanza, l'autorità è tenuta a trattare una tale richiesta nelle situazioni seguenti: quando la stessa costituisce una "domanda di riconsiderazione qualificata", ossia una richiesta per il cui tramite l'interessato si avvale di motivi di revisione previsti all'art. 66 PA senza che sia precedentemente stata emanata una decisione di merito di seconda istanza oppure quando costituisce una "domanda di adattamento", vale a dire nel caso in cui l'interessato si prevale di un cambiamento notevole delle circostanze (di fatto o di diritto) dal momento della pronuncia della decisione materiale finale (inizialmente corretta) di prima o seconda istanza (cfr. DTAF 2014/39 consid. 4.5 con ulteriori riferimenti; DTAF 2010/27 consid. 2.1 e 2.1.1). Occorre a tal proposito rammentare che differentemente dalla "domanda di riconsiderazione qualificata" in materia d'asilo la "domanda di adattamento" può vertere unicamente su aspetti relativi all'esecuzione dell'allontanamento dal momento che eventuali fatti nuovi e determinanti per il riconoscimento dello statuto di rifugiato giustificerebbero il deposito di una domanda multipla (cfr. DTAF 2013/22 consid. 11.3.2; Giurisprudenza ed informazioni della Commissione svizzera di ricorso in materia d'asilo [GI-CRA] 1998 n. 1). Da ultimo, una domanda di riesame può essere fondata anche su un nuovo mezzo di prova posteriore ad una sentenza materiale di seconda istanza ma che riguarda fatti anteriori, posto che una tale costellazione risulterebbe irricevibile per via di revisione dinanzi al Tribunale (cfr. DTAF 2013/22 consid. 5.5, 11.4.7 e 12.3, AUGUST MÄCHLER, in: Auer/Müller/Schindler [ed.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2<sup>a</sup> ed. 2019, n. 18 ad art. 66 PA).

**3.3** Secondo la giurisprudenza in ambito di revisione ed applicabile per analogia in materia di riesame, per fatti nuovi vanno intese le circostanze che l'interessato non conosceva al momento della prima decisione o delle quali non poteva o non avrebbe avuto ragione di avvalersi in tale frangente (cfr. DTF 136 II 177 consid. 2.1, sentenza del Tribunale A-837/2019 del 10 luglio 2019 consid. 4.2.3). I fatti, oltre ad essere nuovi, devono essere importanti e decisivi, vale a dire di natura tale da modificare la fattispecie alla base della decisione contestata e da condurre ad un giudizio diverso in funzione di un apprezzamento giuridico corretto. Per quanto concerne i

mezzi di prova, gli stessi devono servire a comprovare fatti nuovi e rilevanti che giustificano la revisione (in questo caso: il riesame), oppure fatti già noti nel procedimento precedente, che non avevano potuto essere provati, a discapito del richiedente (cfr. DTF 127 V 353 consid. 5b). Se i nuovi mezzi di prova sono destinati a provare dei fatti allegati anteriormente, colui che se ne avvale dovrà pure dimostrare che non poteva invocare gli stessi nella procedura precedente. Una prova è considerata concludente quando bisogna ammettere che la stessa avrebbe condotto il giudice a statuire in modo diverso se ne avesse avuto conoscenza nell'ambito della procedura principale. Risultano inoltre esclusi i mezzi di prova che avrebbero potuto essere presentati contestualmente ad una procedura ordinaria di ricorso avverso la decisione da riesaminare (cfr. DTF 136 II 177 consid. 2.1; GICRA 2003 n. 17 consid. 2b). L'istituto del riesame non può infatti servire a rimettere continuamente in discussione le decisioni amministrative cresciute in giudicato e ad eludere le disposizioni legali sui termini di ricorso (cfr. DTF 136 II 177 consid. 2.1 con riferimenti ivi citati). Occorrerà quindi escludere il riesame di una decisione di prima istanza entrata in forza di cosa giudicata, allorché tende ad ottenere un nuovo apprezzamento di fatti già conosciuti in procedura ordinaria o quando il richiedente lo sollecita fondandosi su dei fatti o dei mezzi di prova che avrebbero potuto e dovuto essere invocati nella procedura ordinaria (art. 66 cpv. 3 PA).

**3.4** In concreto, è a giusto titolo che l'autorità di prima istanza, all'attenzione della quale sono stati presentati dei mezzi di prova posteriori alla sentenza del Tribunale del 1° aprile 2021 ed alla quale è stato chiesto di riesaminare la decisione sulla scorta di un cagionevole stato di salute dell'insorgente, ha rubricato la richiesta quale domanda di riesame. Inoltre, visto che la SEM ha trattato nel merito l'istanza, respingendola, si tratta ora di valutare se i motivi in forza ai quali l'autorità è giunta alla reiezione risultino o meno fondati.

#### **4.**

**4.1** Nella sua decisione, la SEM ha ritenuto che i nuovi documenti versati agli atti non fossero suscettibili di mutare la valutazione di cui alla decisione del 16 marzo 2021. In tal senso, l'autorità inferiore ha in primo luogo sottolineato come il medico curante abbia concluso all'imprudenza di un trasferimento verso l'Austria malgrado lo stesso avesse nel contempo qualificato la gravidanza come normo-decorsa ed evidenziato l'assenza di problematiche mediche e di una gravidanza normo-decorsa. Pronunciandosi poi in merito alla certificazione confezionata dal Dr. D. \_\_\_\_\_, l'autorità in parola ha osservato che *“lo psicoterapeuta espone tutta una serie di possibili conseguenze negative che, in linea del tutto teorica, potrebbero avverarsi*

*nel caso di un rinvio senza tuttavia chiarire quali approfondimenti e sulla base di quante visite sia potuto giungere a tali considerazioni. Il medico stesso non constata nessun disturbo in corso, ciò malgrado ritiene debba essere eseguita una complessa valutazione psicologica".* A mente della SEM, quest'ultimo certificato sarebbe inoltre sprovvisto delle più elementari caratteristiche di ricevibilità, essendo stato redatto su carta libera, ed essendo sprovvisto di data e firma.

Su tali presupposti, l'autorità intimata si è integralmente riconfermata nelle valutazioni esposte nella succitata decisione del 16 marzo 2021.

**4.2** Con la sua impugnativa, l'insorgente censura l'inammissibilità dell'esecuzione dell'allontanamento verso l'Austria ex art. 83 cpv. 3 LStrl.

**4.2.1** Innanzitutto, la ricorrente confuta le valutazioni dell'autorità inferiore, secondo cui lo stato di salute non osterebbe al suo trasferimento in Austria. Del resto, gli atti medici prodotti testimonierebbero della pericolosità di tale rinvio, tanto più se considerato – a titolo esemplificativo – il suo profilo di profuga, senza conoscenze della lingua del posto, né di capacità finanziarie. Di conseguenza, a fronte del rischio per la salute della ricorrente e del futuro nascituro, l'esecuzione dell'allontanamento costituirebbe una chiara violazione dell'art. 3 CEDU.

**4.2.2** Perdipiù, alla luce del vincolo matrimoniale e relazionale che la legherebbe ad E. \_\_\_\_\_, un suo allontanamento in Austria contravverrebbe all'art. 8 CEDU e all'art. 13 Cost.. In questo senso, l'interesse della ricorrente a vivere la sua relazione con il marito insieme al futuro nascituro sarebbe nettamente preponderante rispetto all'interesse pubblico, finanche inesistente, al suo allontanamento.

D'altronde, rileva ancora l'interessata, il succitato legame giustificerebbe l'applicazione dell'art. 83 cpv. 7 LStrl, *recte* 85 cpv. 7 LStrl.

**4.3** Con osservazioni del 2 luglio 2021, la SEM si riconferma nelle proprie posizioni, ribadendo in buona sostanza le argomentazioni già enunciate in precedenza.

**4.4** Nella replica, l'insorgente sostiene come il rilascio di un permesso sulla base di un matrimonio contratto all'estero, non potrebbe essere subordinato all'iscrizione del matrimonio nel registro dello stato civile svizzero, ritenuto che un matrimonio contratto validamente dovrebbe essere ricono-

sciuto ed esplicherebbe i suoi effetti giuridici immediatamente. In altre parole, l'iscrizione del matrimonio nel registro civile non avrebbe alcun effetto costitutivo. Di conseguenza, posto che il matrimonio religioso tradizionale esplicherebbe gli effetti giuridici indipendentemente dall'iscrizione del matrimonio al registro civile svizzero, l'assenza agli atti di documentazione a comprova dell'avvio della procedura di validazione in Svizzera sarebbe ininfluyente.

Oltretutto, E. \_\_\_\_\_ sarebbe padre biologico e padre presunto ai sensi dell'art. 255 cpv. 1 del Codice civile svizzero (CC; RS 210), ragion per cui l'eventuale allontanamento del nascituro rappresenterebbe una violazione dell'art. 8 CEDU e art. 13 Cost..

Infine, l'interessata rileva come le allegazioni della SEM in merito alla richiesta del certificato medico e alla collaborazione con le autorità austriache per l'esecuzione dell'allontanamento non sarebbero sufficienti a garantire la tutela della sua salute e del futuro nascituro. In ossequio al principio di proporzionalità si giustificerebbe quindi l'annullamento della decisione sull'allontanamento che potrebbe poi, se del caso, essere emanata nuovamente, ma soltanto una volta che la SEM abbia dimostrato tramite certificato medico l'idoneità dell'allontanamento della ricorrente e del nascituro.

**4.5** Con la sua duplica, l'autorità inferiore reitera ulteriormente come la decisione di riconoscimento del matrimonio extragiudiziale da parte delle autorità siriane non sia atta, a suo dire, a mutare la valutazione di cui al provvedimento impugnato; la conformità con l'art. 8 CEDU sarebbe in effetti già stata esaminata e sarebbe da ascriversi all'assenza di una relazione stretta ed effettiva. Inoltre, il quadro anamnestico della richiedente non osterebbe al trasferimento in Austria, conto tenuto del fatto che in tale Paese le cure mediche sarebbero disponibili.

**4.6** Da ultimo, dietro richiesta del Tribunale (cfr. *supra* consid. R) la richiedente si è pronunciata con un memoriale di triplica, confutando integralmente la presa di posizione dell'autorità inferiore ed informando della nascita della figlia B. \_\_\_\_\_ in data 31 agosto 2021. Al riguardo, il riconoscimento dell'infante da parte del padre non sarebbe ancora avvenuto poiché "(...) è ancora in corso presso la Sezione cantonale della popolazione la procedura preliminare per il riconoscimento del loro matrimonio". Del resto, aggiunge la ricorrente, l'autorità cantonale avrebbe comunicato che la procedura volta al riconoscimento della figlia – la quale risiederebbe peraltro con la madre, il padre, e il fratello di quest'ultimo presso un domicilio comune – sarebbe attualmente bloccata perché in attesa di informazioni

da parte della SEM; di conseguenza, l'interessata non sarebbe in misura di produrre documentazione concernente la paternità della neonata e l'autorità parentale sull'infante.

## 5.

**5.1** Ora, visto quanto precede, è preliminarmente doveroso rammentare che possono essere tema del litigio ("*Streitgegenstand*") dinanzi ad un'istanza superiore solo i rapporti giuridici regolati dalla decisione impugnata (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3<sup>a</sup> ed. 2013, pag. 298). In altre parole, oggetto della procedura di ricorso è soltanto ciò che è stato trattato dinanzi all'autorità di prima istanza (cfr. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2<sup>a</sup> ed. 2013, pag. 27 n. marg. 2.1). Quesiti giuridici che non sono stati esaminati da quest'ultima non possono invece, per motivi di competenza funzionale, essere evocati dinanzi alle autorità superiori (cfr. sentenza del Tribunale federale 2A.706/2006 del 1° marzo 2007, consid. 1.3 e riferimenti). Su questi presupposti, le conclusioni della ricorrente sono pertanto limitate dalle questioni decise nel dispositivo della decisione contestata, che definisce l'oggetto della controversia ("*Anfechtungsgegenstand*"; cfr. DTF 134 V 418 consid. 5.2.1). Ciò che non vi è incluso, segnatamente le questioni attinenti al merito in presenza di una non entrata nel merito, non dà invece luogo a conclusioni ricevibili (cfr. DTF 135 II 38 consid. 1.2 e DTF 125 V 413 consid. 1).

**5.2** Nel caso concreto, con la decisione del 27 aprile 2021 la SEM ha respinto l'istanza di riesame della richiedente, confermando la non entrata nel merito della sua domanda d'asilo. Nel contesto dell'impugnativa oggetto del presente esame, il controllo giurisdizionale si limita quindi alla sola questione di sapere se l'autorità di prima istanza ha negato, a ragione, l'esistenza delle condizioni richieste per statuire nel merito. In caso di accoglimento del gravame, questo Tribunale è così unicamente legittimato ad invitare l'autorità inferiore ad entrare nel merito della medesima. Non vi è invece spazio per una valutazione del merito della questione in questa sede (cfr. DTF 135 II 38 consid. 1.2, DTF 113 Ia 146 consid. 3c; DTF 109 Ib 246 consid. 4a; DTAF 2010/27 consid. 2.1.3).

In tal senso, la conclusione finalizzata all'applicazione dell'art. 85 cpv. 7 LStrl – questione peraltro da sottoporre alle competenti autorità cantonali (cfr. art. 74 cpv. 1 dell'Ordinanza sull'ammissione, il soggiorno e l'attività lucrativa [OASA; RS 142.201]) come rettamente osservato dall'autorità inferiore (cfr. decisione del 16 marzo 2021 pag. 7) – ed alla conseguente concessione dell'ammissione provvisoria, risulta irricevibile.

Allo stesso modo, le censure ricorsuali con le quali l'insorgente conclude all'ammissione provvisoria in Svizzera per inammissibilità ed inesigibilità dell'esecuzione dell'allontanamento ex art. 83 cpv. 3 e 4 LStrl sono parimenti irricevibili (cfr. fra le tante, sentenza del Tribunale F-1850/2020 del 6 maggio 2020 consid. 2.2.1).

## **6.**

Proseguendo nella disamina, occorre determinare se quanto allegato con l'istanza di riesame permetta di giustificare in specie l'applicazione dell'art. 17 par. 1 Regolamento Dublino III («clausola di sovranità»), disposizione concretizzata in diritto interno svizzero dall'art. 29a cpv. 3 OAsi 1.

**6.1** Giusta l'art. 17 par. 1 Regolamento Dublino III in deroga ai criteri di competenza sopra definiti, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete.

**6.2** Ai sensi dell'art. 29a cpv. 3 OAsi 1 se "motivi umanitari" lo giustificano la SEM può entrare nel merito della domanda anche qualora giusta il Regolamento Dublino III un altro Stato sarebbe competente per il trattamento della domanda. Nell'applicazione di tale articolo, l'autorità inferiore dispone di un reale potere di apprezzamento ed il Tribunale, a seguito dell'abrogazione dell'art. 106 cpv. 1 lett. c LAsi (entrata in vigore il 1° febbraio 2014), dispone di un potere di esame ridotto (cfr. DTAF 2015/9 consid. 7 seg.). Esso può infatti unicamente esaminare se la SEM ha esercitato il suo potere di apprezzamento in modo conforme alla legge, ossia se l'autorità inferiore ha fatto uso di tale potere e se l'ha fatto secondo criteri oggettivi e trasparenti (cfr. DTAF 2015/9 consid. 8). Qualora la decisione sia sostenibile, tenuto conto dell'interpretazione della nozione di motivi umanitari e sia conforme ai principi costituzionali – quali il diritto di essere sentito, il principio della parità di trattamento ed il principio della proporzionalità – il Tribunale non può sostituire il suo libero apprezzamento a quello della SEM (cfr. *ibidem*; sentenza del Tribunale D-5666/2017 del 19 marzo 2018 consid. 4.4).

**6.3** Al contrario, se il trasferimento del richiedente nel paese di destinazione contravviene ad una norma imperativa del diritto internazionale, tra cui quelle della CEDU, l'autorità inferiore è obbligata ad applicare la clausola di sovranità e ad entrare nel merito della domanda d'asilo ed il Tribunale dispone di potere di controllo al riguardo (cfr. DTAF 2015/9 consid. 8.2.1).

## **7.**

**7.1** Poste tali premesse, è quindi ora necessario determinare se la nuova documentazione medica versata agli atti dalla richiedente sia atta a rendere il suo trasferimento verso l'Austria contrario all'art. 3 CEDU.

**7.2** La CorteEDU ha stabilito che il respingimento forzato di persone che soffrono di problemi medici non è suscettibile di costituire una violazione dell'art. 3 CEDU, a meno che la malattia dell'interessato non si trovi ad uno stadio avanzato e terminale, al punto che la sua morte appaia come una prospettiva prossima (cfr. sentenza della CorteEDU N. contro Regno Unito del 27 maggio 2008, 26565/05; DTAF 2011/9 consid. 7.1). A tal proposito, la CorteEDU ha successivamente precisato in una sua sentenza, che una violazione dell'art. 3 CEDU può però anche sussistere qualora vi siano dei seri motivi di ritenere che la persona, in assenza di trattamenti medici adeguati nello Stato di destinazione, sarà confrontata ad un reale rischio di un grave, rapido ed irreversibile peggioramento delle condizioni di salute comportante delle intense sofferenze o una significativa riduzione della speranza di vita (cfr. sentenza della CorteEDU Paposhvili contro Belgio del 13 dicembre 2016, 41738/10, §181 segg.).

**7.3** Orbene, il quadro clinico dell'interessata non è palesemente contraddistinto da affezioni tali da porla gravemente ed irrimediabilmente a rischio con un trasferimento verso l'Austria, luogo dove è peraltro notoriamente disponibile un'infrastruttura sanitaria del tutto equiparabile a quella elvetica. Del resto, alla luce dei più recenti certificati medici versati agli atti, non è a torto che la SEM abbia evidenziato come né la gravidanza così come neppure il suo stato psicologico siano stati contraddistinti da problemi di sorta. Invero, le considerazioni enucleate dall'autorità inferiori nel provvedimento impugnato – alle quali si rinvia onde evitare inutili ripetizioni – appaiono fondate ed esenti da critiche.

Per sovrabbondanza, appare giudizioso evidenziare come le ipotetiche criticità legali allo stato della gravidanza non siano più attuali, considerato che nel frattempo l'interessata ha partorito senza che dagli atti all'inserto siano ravvisabili indizi quanto ad eventuali complicazioni.

**7.4** In definitiva, l'interessata non ha quindi fornito seri indizi suscettibili di comprovare una violazione dell'art. 3 CEDU per il caso in cui fosse trasferita in Austria.

## 8.

**8.1** Rimane ancora da determinare se nel caso in rassegna un trasferimento della richiedente sia contrario all'art. 8 CEDU, disposizione che rientra fra le suddette norme imperative (cfr. *supra* consid. 6.3; DTAF 2013/24 consid. 5) e secondo la quale ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza e il cui scopo è segnatamente quello di proteggere le relazioni con la famiglia nucleare, in particolare con il coniuge ed i figli minori (cfr. DTF 137 I 113 consid. 6.1; DTAF 2008/47 consid. 4.1, sentenza del Tribunale D-2393/2019 del 22 maggio 2019).

**8.2** Seppure detto disposto, rispettivamente l'art. 13 Cost., non garantiscano il diritto a soggiornare in un determinato Stato, il diritto al rispetto della vita familiare e privata può essere violato qualora ad uno straniero, la cui famiglia risiede in Svizzera, viene vietata la presenza in tale Paese e con ciò viene impedita la vita familiare (cfr. DTF 135 I 143 consid. 1.3.1). La protezione conferita dalla norma convenzionale in oggetto non è assoluta. Un'ingerenza nella vita familiare è invero ammissibile se questa è prevista dalla legge e se costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui (cfr. art. 8 par. 2 CEDU). A questo titolo, incombe alle autorità procedere alla ponderazione dei differenti interessi in presenza, vale a dire, da una parte l'interesse dello Stato all'allontanamento dello straniero e, dall'altra, l'interesse di quest'ultimo a mantenere le sue relazioni familiari.

**8.3** Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, per poter invocare il diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 CEDU lo straniero non soltanto deve provare la presenza di una relazione stretta ed effettiva con una persona della sua famiglia, ma pure che quest'ultima sia beneficiaria di un diritto di presenza garantito o duraturo in Svizzera, nonché che per l'interessato non sia possibile, rispettivamente non sarebbe ragionevole, proseguire la sua vita familiare altrove (cfr. DTF 143 I 21 consid. 5.1 seg.; 139 I 330 consid. 2.1 con riferimenti, DTF 137 I 351, consid. 3.1, 135 I 143 consid. 1.3.1; DTAF 2013/49 consid. 8.4.1 con rinvii, 2012/4 consid. 4.3 con giurisprudenza ivi citata). Occorre tuttavia sottolineare come la prassi giurisprudenziale relativa al diritto di presenza garantito o duraturo in Svizzera, è stata elaborata nell'ambito dei casi di rifiuto del rinnovo di permessi soggiacenti alla legislazione ordinaria sugli stranieri, ed è trasponibile solo con le dovute riserve nell'ambito delle fattispecie riguardanti i meccanismi del Regolamento Dublino III (cfr. in questo senso segnatamente le sentenze

del Tribunale D-6168/2020 consid. 12.3, E-8349/2015 del 23 agosto 2017 consid. 5.2, E-2457/2016 del 9 maggio 2016 consid. 3.2; D-7410/2014 e D-7547/2014 del 24 agosto 2015 consid. 7.7, E-6169/2014 e E-6167/2014 del 16 dicembre 2014 consid. 5.3; MONNET JEAN-PIERRE, La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin, in Schengen et Dublin en pratique, questions actuelles, 2015, pag. 433). Con particolare riferimento alla situazione dei fidanzati e dei concubini, giova rammentare come essi non possano di principio prevalersi dell'art. 8 CEDU, a meno che la coppia non intrattenga, da lungo tempo, una relazione stretta ed effettiva e che non esistano degli indizi concreti di un matrimonio seriamente desiderato ed imminente in Svizzera (cfr. DTF 138 III 157 consid. 2.3.3; sentenze del Tribunale federale 2C\_722/2019 del 2 settembre 2019 consid. 4.1 e 2C\_832/2016 del 12 giugno 2017 consid. 6.1; sentenza del Tribunale F-1565/2022 del 12 aprile 2022 consid. 6.5.1). Per determinare se una relazione al di fuori del matrimonio corrisponda ad una vita familiare e pertanto rilevi dell'ambito di protezione dell'art. 8 CEDU, occorre prendere in considerazione una serie di elementi, come il fatto di sapere se la coppia coabita, da quanto tempo e se vi sono dei figli in comune (cfr. sentenza della Corte EDU Serife Yigit contro Turchia del 20 gennaio 2009, n. 3976/05, §25 seg. e le altre sentenze ivi citate; DTF 137 I 113 consid. 6.1 con ulteriori riferimenti citati; DTAF 2012/4 consid. 3.3.3 con riferimenti citati; cfr. anche sentenza del Tribunale F-762/2019 del 25 settembre 2019 consid. 6.3).

**8.4** Ferme tali doverose premesse, le argomentazioni enucleate nell'impugnativa e nelle successive comparse scritte vanne recisamente respinte. In effetti, con le dissertazioni concernenti gli effetti giuridici espletati dall'asserito vincolo matrimoniale che la vedrebbe unita ad E.\_\_\_\_\_, la ricorrente parrebbe voler ottenere un nuovo apprezzamento di fatti noti ed esaminati nel corso della procedura ordinaria, ciò che risulta essere escluso in materia di riesame (cfr. *supra* consid. 3.3).

**8.5** Nondimeno, il Tribunale rileva come dalla decisione del 16 marzo 2021, confermata con sentenza D-1323/2021 del 1° aprile 2021, il substrato fattuale sia nel frattempo sostanzialmente mutato. In tal senso – posto che lo stato delle cose determinante è quello vigente al momento in cui il Tribunale statuisce su ricorso (cfr. DTAF 2012/21 consid. 5; recentemente, sentenze del Tribunale E-4005/2020 del 13 gennaio 2022 consid. 5.2.2 e E-3689/2017 del 17 giugno 2020 consid. 2.5 con riferimenti ivi menzionati) – *in casu* non può essere fatta astrazione né del fatto che l'insorgente risieda ormai da diversi mesi con il supposto compagno (cfr. memoriale di triplica), così come neppure della nascita di B.\_\_\_\_\_. A proposito di

quest'ultima evenienza, sono per di più riscontrabili forti indizi circa l'effettiva paternità biologica di E. \_\_\_\_\_ nonché dell'avvio di una procedura – da parte di quest'ultimo – volta al riconoscimento giuridico dinanzi all'Ufficio dello stato civile. D'altro canto, la nascita dell'infante è stata notificata attribuendole il cognome di E. \_\_\_\_\_, mentre la corrispondenza della competente autorità cantonale è indirizzata congiuntamente a A. \_\_\_\_\_ e ad E. \_\_\_\_\_ (cfr. doc. G accluso al memoriale di triplica).

Su tali presupposti – ed indipendentemente da eventuali ulteriori doglianze eccepite dalle parti nel corso del procedimento – nel caso di specie v'è dunque da constatare come le relazioni in rassegna ossequino le condizioni necessarie all'applicazione dell'art. 8 CEDU.

**8.6** Oltretutto, un'ingerenza al diritto al rispetto della vita familiare non è in specie sorretta da un interesse pubblico preponderante (cfr. *supra* consid. 8.2). Difatti, la nascita di B. \_\_\_\_\_ assume un peso determinante nella ponderazione degli interessi in gioco, nonostante vada comunque sottolineato come A. \_\_\_\_\_ abbia sviluppato tale vita familiare sapendo della precarietà della propria situazione rispetto alle regole sull'immigrazione. D'altra parte, in ragione dell'età tanto precoce della neonata, non v'è modo di pretendere che il padre, con il quale madre e figlia condividono il domicilio, ne coltivi i rapporti ricorrendo ai mezzi di comunicazione convenzionali in attesa che A. \_\_\_\_\_ completi la procedura d'asilo in Austria.

## **9.**

Pertanto, l'impugnativa merita tutela e la decisione del 27 aprile 2021, con la quale la SEM respingeva la domanda di riesame del 21 aprile 2021, va annullata.

Per effetto di quanto precede, va inoltre annullata la decisione del 16 marzo 2021 con la quale l'autorità inferiore non è entrata nel merito della domanda d'asilo presentata dalla richiedente. Gli atti di causa sono quindi retrocessi alla SEM per la trattazione della domanda d'asilo in procedura nazionale.

## **10.**

**10.1** Visto l'esito della procedura, non si prelevano spese processuali (cfr. art. 63 cpv. 1 e 2 PA). Pertanto l'anticipo spese di CHF 750.–, versato dalla ricorrente a copertura delle presumibili spese processuali in data 8 giugno 2021 (cfr. risultanze processuali), le verrà restituito tramite la cassa del Tribunale.

**10.2** Giusta l'art. 64 PA, l'autorità di ricorso, se ammette il ricorso in tutto o in parte, può d'ufficio o a domanda assegnare al ricorrente un'indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato. La parte vincente ha diritto alle ripetibili per le spese necessarie derivanti dalla causa (art. 7 cpv. 1 del regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale del 21 febbraio 2008 [TS-TAF, RS 173.320.2]). Le parti che chiedono la rifusione di ripetibili devono presentare al Tribunale, prima della pronuncia della decisione, una nota particolareggiata delle spese ed il Tribunale fissa l'indennità dovuta alla parte sulla base di tale nota. In difetto di tale nota il Tribunale fissa l'indennità sulla base degli atti di causa (cfr. art. 14 TS-TAF).

**10.3** Nella fattispecie, in difetto di una nota particolareggiata, l'indennità per spese ripetibili è fissata d'ufficio dal Tribunale sulla base degli atti di causa in CHF 2'000.– (disborsi e indennità supplementare in rapporto all'IVA compresi [art. 14 cpv. 2 TS-TAF, art. 9 cpv. 1 lett. c TS-TAF, art. 7 TS-TAF]).

## **11.**

La presente decisione non concerne persone contro le quali è pendente una domanda d'estradizione presentata dallo Stato che hanno abbandonato in cerca di protezione, per il che non può essere impugnata con ricorso in materia di diritto pubblico dinanzi al Tribunale federale (art. 83 lett. d cifra 1 LTF).

La pronuncia è quindi definitiva.

(dispositivo alla pagina seguente)

**Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:**

**1.**

Per quanto ricevibile il ricorso è accolto. Le decisioni della SEM del 16 marzo 2021 e del 27 aprile 2021 sono annullate e gli atti di causa sono ritrasmessi all'autorità inferiore per la trattazione della domanda d'asilo in procedura nazionale.

**2.**

Non si prelevano spese processuali. L'anticipo di CHF 750.—, versato in data 8 giugno 2021, verrà restituito alla ricorrente dalla cassa del Tribunale.

**3.**

La SEM rifonderà alla ricorrente complessivamente CHF 2'000.— a titolo di indennità ripetibili.

**4.**

Questa sentenza è comunicata alla ricorrente, alla SEM e all'autorità cantonale competente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Daniele Cattaneo

Jesse Joseph Erard

Data di spedizione: