UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

XXIX CICLO

Laura Santa Rizza

IL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO: LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE DELLO STRANIERO IN EUROPA

TESI DI DOTTORATO

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Nicoletta Parisi

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

« *Una crisi ci costringe a tornare alle domande; esige da noi risposte nuove o vecchie, purché scaturite da un esame diretto; e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconcetti, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quella esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce* »

(Hanna Arendt, Tra passato e futuro)

INDICE

Introduzione……..pag. 7

Capitolo I

L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale

1. La concezione classica del diritto di asilo nel diritto internazionale generale…….....pag.14

2. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Patto sui diritti civili e politici del 1966…….....pag.27

3. La Convezione di Ginevra del 1951 e il Protocollo del 1967…..pag.36

4. Il principio di *non refoulement*……....pag.50

5. L'asilo nel diritto internazionale contemporaneo: una lettura evolutiva……...pag.58

Capitolo II

Dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia alla politica europea in materia di asilo: evoluzione e crisi

1. La creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia come fondamento della politica europea in materia di asilo……..pag.63

2. La competenza dell'Unione europea in materia di trattamento dello straniero: criteri di esercizio della competenza concorrente……pag.71

3. Il processo d'integrazione dell'*acquis Schengen* e la sua crisi……...pag.75

4. Il "sistema europeo comune di asilo" come previsto dal Trattato di Lisbona e la sua crisi……pag.84

Capitolo III

Il sistema europeo comune di asilo e la sua disciplina

1. La "protezione internazionale" come principio cardine della "politica comune europea" in materia asilo……..pag.101

2. La direttiva "qualifiche" n. 2011/95/UE…….pag.103

2.1. Gli atti di persecuzione e la loro difficile interpretazione…...pag.110

2.2. I diritti connessi al riconoscimento della protezione internazionale: una lettura in parallelo della direttiva "qualifiche" e della Convenzione di Ginevra del 1951…….pag.118

3. La normativa di armonizzazione, una breve premessa……...pag.123

3.1. La direttiva "accoglienza" n. 2013/33/UE……...pag.124

3.2. La direttiva "procedure" n. 2013/32/UE……..pag.139

3.3. (segue) La legge Minniti-Orlando: verso procedure accelerate……..…….pag.154

4. Il regime stabilito dalle norme riconducibili al regolamento di Dublino. Il principio dello Stato di primo approdo: da principio fondativo a potenziale mera eccezione residuale……...pag.156

5. I minori stranieri non accompagnati e la loro disciplina specifica……..…pag.172

Capitolo IV

I principi fondanti il "sistema comune europeo" di asilo fra esigenze d'integrazione e rispetto dell'identità nazionale. Le clausole discrezionali

1. Il rispetto dei diritti fondamentali della persona come criterio informatore della politica comune di asilo…….pag.183

2. Il rispetto dei diritti fondamentali e la gestione delle crisi sistemiche……...pag.200

2.1. Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo e le eventuali divergenze rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione: il dialogo costruttivo fra Corti internazionali……..pag.211

2.2. L'apporto delle Corti nazionali inglesi e tedesche……..pag.222

2.3. *(segue)* La posizione del Consiglio di Stato…….....pag.231

2.4. La teoria del "*gioco al ribasso*" sulla tutela dei diritti umani. Una tesi da confutare……..pag.237

3. La fiducia reciproca tra gli Stati e il mutuo riconoscimento: colonne portanti di una struttura instabile……pag.240

3.1. *(segue)* La fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento: le ragioni di un parere (2/13) discutibile……pag.247

4. La clausola di sovranità: esercizio di un potere discrezionale o un obbligo positivo?.....pag.265

4.1. *(segue)* Il più recente orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia Ue: caso *C. K. e altri contro Slovenia*…….pag.287

4.2. La clausola umanitaria……pag.300

5. Il principio del mutuo riconoscimento e la sua applicazione meramente in negativo ai fini della materia trattata …….pag.303

Capitolo V

Prospettive *de iure condendo*: alcune considerazioni conclusive

1. La crisi migratoria del 2015 e l'avvio del progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo…….....…….pag.317

2. La proposta di riforma del regolamento Dublino. Il diritto UE riconosce o meno un diritto fondamentale della persona all'asilo: verso un'evoluzione del regime di diritto internazionale? ……..pag.336

3. Ricollocazione e reinsediamento: i limiti del sistema comune europeo di asilo alla prova dei fatti. La mancata responsabilizzazione degli Stati e la proposta di un meccanismo correttivo di allocazione dei richiedenti asilo…….pag.362

4. L'approccio *hotspot* e l'accordo UE-Turchia: le violazioni dei diritti della persona discendenti dall'attuale assetto para-normativo europeo……...pag.372

5. Un'evoluzione del diritto di asilo europeo sarà mai possibile? Conclusioni a margine della sentenza *X. e X. c. Belgio*, causa C-638/2016……pag.399

Bibliografia

I. Fonti di documentazione…….pag.430

II. Letteratura……..pag.474

INTRODUZIONE

L'asilo e il diritto di asilo, nelle fonti e nella letteratura classica, sono utilizzati per indicare fenomeni tra loro distinti aventi l'idea comune d'inviolabilità o immunità.

L'istituto giuridico dell'asilo affonda le proprie origini in tempi lontanissimi; la stessa nozione è vecchia come quella di umanità.[1] Il concetto di asilo altresì vanta una secolare ispirazione di carattere religioso- sacrale[2], poiché l'asilo rappresentava per definizione un luogo sacro in cui l'individuo poteva trovare protezione.[3] Secondo autorevole dottrina, l'origine religiosa-sacramentale del diritto di asilo condurrebbe alle seguenti conseguenze: «*a) che un'immunità basata sul fattore religioso non può essere esclusa a priori per alcuna collettività umana, un elemento costante della cui organizzazione risulta essere un rapporto tra uomo e istanze soprannaturali; b) che tale fenomeno va considerato espressione di un bisogno sociale ed assume dal punto di vista giuridico, un aspetto pubblicistico*».[4]In origine, quindi, per le proprie peculiari caratteristiche di sacralità e inviolabilità, l'asilo si prestava a essere

[1] E. REALE, *Le Droit d'Asile*, in 63 Recueil, 1938, 469, p. 473 ove si legge: *«[l]a notion de l'asile est […] ancienne comme l'humanité. Elle est contemporaine du crime et du malheur, de l'expiation et de la pitié. Caïn, banni de la terre qu'il avait souillée du sang de son frére, s'éloignant de la face de l'Eternel, trouve un asile dans la terre de Nord, à l'orient d'Eden. La malédition et la vengeance de Dieu, pour le plus horrible des crimes, peuvent contraindre le fratricide à aller "errante t vagabond sur la terre", mais elles ne l'empêchment pas de trouver un asile, de fonder un foyer, da bâtir une ville qui sera son refuge*».

[2] P. CIPROTTI, *Asilo (diritto di) (diritto canonico ed ecclesiastico*), voce in Enc. dir., III, Milano,1958, p. 203; G. CORDINI , M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), a) Premessa storica – 1) Diritti antichi*, in Enciclopedia del Diritto, vol. III, 1958, p. 191 ove si legge: *«[…] l'individuo o la cosa che venga in contatto con un luogo sacro partecipa in qualche modo della protezione che la divinità ha assicurato a tal luogo col porvi la propria sede*».

[3] Per una ricostruzione approfondita dell'evoluzione storico giuridica del diritto di asilo si veda:F.LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, 2009, p. 5-82; G. CRIFÒ, *Asilo (diritto di) – a) Premessa storica – 1) Diritti antichi*, in Enciclopedia del Diritto, vol. III, 1958.

[4] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), cit*., p.191.

luogo di protezione per coloro che erano perseguitati, anche a motivo dei crimini che avevano commesso.[5] Proprio per tale ragione, l'istituto dell'asilo ha da sempre suscitato contrasti e polemiche. Con riferimento alla prassi dell'antica Grecia[6]di concedere l'asilo e l'estradizione (istituto riconosciuto nella città di Atene)[7] si rammentano al proposito le pagine di Euripide[8] e Tacito[9] ove gli autori s'interrogano sull'ingiustizia della *legge divina*[10] di concedere protezione sia ai giusti che ai malvagi, cioè a

[5] Per un'analisi circa il legame tra l'istituto dell'asilo e l'estradizione si veda M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), cit*., p. 191 ss. il quale sostiene che: «*Alla asilìa personale (e, naturalmente territoriale) è inoltre strettamente legato il concetto di estradizione. La dottrina del secolo scorso, in verità, affermava che i casi di estradizione che si riscontrano nella storia greca e romana sono eccezionali e che, comunque, l'istituto stesso doveva esser considerato come una costruzione giuridica moderna, causata da un insieme di circostanze non esistenti nel mondo antico. Eppure, né le fonti, né gli argomenti addotti sembrano dimostrare una tale opinione. […] L'argomento più grave contro tale affermazione, e cioè che l'essere esiliati non era considerato una pena gravissima e perciò sufficiente, confonde, almeno per quanto riguarda il mondo romano, l'esilio come pena con l'esilio quale diritto del cittadino e mezzo per evitare la perdita della vita*».

[6] Nelle città dell'antica Grecia vi era la consuetudine di accogliere come inviolabili gli stranieri che, avendo compiuto un crimine nella propria patria, si rifugiassero in esse: in tali casi consegnare un fuggitivo al sovrano di un'altra città era cosa empia. Questo sentimento era molto sentito in tutto il mondo antico tanto che fu stipulato un trattato tra Ramses e il principe della città di Cheta, in cui si sanciva l'obbligo reciproco dell'estradizione dei sudditi fuggiti dai rispettivi paesi; esso impegnava altresì le parti a trattare non duramente gli individui estradati.

[7] La città pretendeva la consegna da parte dello stato estero dei colpevoli dell'assassinio di un cittadino ateniese e, nel caso che essa sia rifiutata o il colpevole non sia punito nel suo paese, concede ai parenti della vittima di impadronirsi di tre cittadini dello stato estero.

[8] Euripide, *Ione*, 412-08 a.C., v. 1309 e ss., o ve si legge: «*è deplorevole per i mortali che le leggi stabilite per le divinità non siano […] conformi alla saggia ragione […] Solo gli uomini giusti dovrebbero trovare asilo nei luoghi sacri, se sono vittime di un'ingiustizia; non dovrebbe poter essere accordato, mediante gli dei, un identico soccorso all'innocente e al malvagio».*

[9] Tacito, *Annales*, libro III, LX, ove si legge che: «*nelle città greche si permette di abusare impunemente delle leggi di asilo; i templi sono pieni di schiavi; servono da rifugio anche ai debitori dai loro creditorie agli individui sospettati da crimini capitali; oltretutto, in certi luoghi le autorità non sono capaci di reprimere le rivolte delle folle che proteggono i crimini umani come culto degli dei*».

[10] Nell'antichità gli uomini avevano paura delle divinità e delle ritorsioni che queste potevano ritorcergli contro ove offese dalla violazione del luogo a loro dedicato, da ciò derivava la condizione di immunità e inviolabilità, che veniva indicata con il termine di *ichetéia*.

coloro che avevano tenuto condotte deplorevoli e vietate ai consociati, ritendo invece che il beneficio della protezione andrebbe riservato solo agli uomini giusti e perseguitati.

Partendo da questa brevissima premessa, scaturiscono le seguenti riflessioni: allora come ora l'asilo divide tra la necessità di riconoscere protezione all'individuo che fugge dalla persecuzione e il diritto degli Stati di limitare l'ingresso nel proprio territorio agli stranieri.

È sull'onda dell'attuale emergenza migratoria che corre l'obbligo per il giurista di interrogarsi sull'esistenza e la portata del diritto di asilo, ripercorrendo una questione annosa e fortemente dibattuta in dottrina: esiste un diritto individuale all'asilo tale da limitare la sovranità degli Stati e quindi il potere discrezionale che questi hanno di concedere o no la protezione?

L'avvio di questa ricerca sulle questioni giuridiche sottese al diritto di asilo in Europa prende le mosse da due interrogativi di base. Il primo si fonda sulla ricerca dell'esistenza o meno di un diritto individuale all'asilo, e, se individuato, della sua collocazione nell'ordinamento di riferimento; si darà conto dell'evoluzione dottrinaria sul tema per individuare il superamento della concezione classica e l'identificazione di nuove tesi a sostegno del riconoscimento di un diritto d'asilo più rispettoso dei diritti della persona.

Il secondo interrogativo è subordinato al primo, infatti, ove si riesca a dimostrare l'esistenza di un diritto individuale all'asilo, ci si concentrerà sul processo di costruzione di un sistema europeo comune di asilo, al fine d'individuare i progressi apportati dal diritto regionale in tema di tutela dei diritti fondamentali della persona, nonché i permanenti limiti di un processo d'integrazione, allo stato non ancora del tutto compiuto.

Il presente lavoro, dunque, inizia dall'analisi della natura giuridica del diritto d'asilo nei due diversi livelli ordinamentali d'interesse: internazionale e regionale.

In particolare, si esaminerà l'evoluzione del diritto di asilo nel sistema del diritto internazionale generale e convenzionale, facendo riferimento sia alle norme convenzionali la cui pietra miliare è costituita dalla Convenzione di Ginevra del 1951, sia alle norme di *jus cogens* e quindi al principio *non refoulement.* Inoltre, si cercherà di dimostrare che l'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale può essere metaforicamente rappresentata come una parabola nella quale il punto di partenza, e più basso, è costituito dalla concezione classica del diritto di asilo, mentre l'apice è rappresentato dal superamento di tale concezione e l'individuazione di un diritto individuale all'asilo. Tuttavia, nel momento in cui si scrive pare di poterci collocare in una fase discendente di tale parabola, caratterizzata da un ripensamento del diritto internazionale dell'asilo. Infatti, si registra allo stato attuale una profonda crisi della gestione delle migrazioni forzate e non solo a livello europeo, quest'"*emergenza strutturale*" è determinata dall'incapacità di far fronte al fenomeno migratorio. Innanzi a un'imponente ondata di migranti[11], nonché alla minaccia terroristica[12], molti Stati, cavalcando l'onda della

[11] Nel 2014 gli immigrati nell'UE-28 provenienti da Paesi non membri sono stati 1,9 milioni, fonte eurostat http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/it; secondo i dati Eurostat le domande di asilo presentate in Europa nel 2016 sono state 1.204.300 contro le 1.257.000 del 2015, i dati sono reperibili all'indirizzo http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921609/3-16032017-BP-EN.pdf/e5fa98bb-5d9d-4297-9168-d07c67d1c9e1.

[12] Nel corso di questi anni di ricerca si sono susseguiti in Europa i seguenti attentati terroristici: 22 maggio 2013: due estremisti di Al Qaeda uccidono a colpi di machete un soldato di 24 anni reduce dell'Afghanistan a Londra; 24 maggio 2014: quattro persone sono uccise al museo ebraico di Bruxelles per mano di un uomo armato di kalashnikov; 7 gennaio 2015: alcuni uomini armati hanno attaccato con armi da guerra la redazione del settimanale satirico francese Charlie Hebdo a Parigi, in Francia. Il bilancio delle vittime è di almeno 12 morti e dieci feriti, di cui alcuni gravi; 13 novembre 2015 – Parigi – 130 morti in 3 attentati quasi in contemporanea:

paura, hanno adottato una politica di chiusura delle frontiere, nonostante si contino oltre 23 mila persone morte tra il 2000 e il 2014 nel tentativo di raggiungere l'Europa[13]e si stima che solo nel 2016 siano morte in mare circa 4733 persone.[14] In particolare due naufragi avvenuti nel 2013[15] e nel 2015[16]hanno scosso l'opinione pubblica inducendo la Commissione europea ad adottare la c.d. agenda europea sulla migrazione[17] per far fronte all'emergenza[18]; purtroppo anche quest' azione proposta dalla Commissione si è rivelata inefficiente poiché fondata su un piano di riparto delle quote dei rifugiati nella pratica

presso la sala concerti Bataclan, in diversi bar e ristoranti nell'11° arrondissement e presso lo Stade de France; 22 marzo 2016 – Bruxelles: 31 morti e 300 feriti in attentati rivendicati dall'Isis: due all'aeroporto Zaventem e uno alla stazione della metro di Maalbeek; Giovedì 14 luglio – Nizza (Francia) – 84 morti – Durante i festeggiamenti per la Festa Nazionale francese del 14 luglio. Si veda F. SIRONI, *L'elenco completo degli attentati nel mondo dal primo gennaio 2015 all'inizio del 2016*, in L'Espresso, 13 gennaio 2016; ISPI online, Rassegna stampa reperibile all'indirizzo http://www.ispionline.it/it/istituto/rassegna-stampa-2012 (ultimo aggiornamento 21 aprile 2017).

[13] Si veda l'analisi di F. GATTI, *Migranti, la guerra del Mediterraneo*, in L'Espresso, 2014, reperibile all'indirizzo http://speciali.espresso.repubblica.it/interattivi-2014/migranti/.

[14] Si veda: UNHCR, *Nuova tragedia nel Mediterraneo: circa 100 persone disperse. Oltre cinquemila i morti nel 2016,* del 23 dicembre 2016, reperibile all'indirizzo https://www.unhcr.it/news/aggiornamenti/nuova-tragedia-nel-mediterraneo-circa-100-persone-disperse-oltre-cinquemila-morti-nel-2016.html; L. BAGNOLI, *Morti nel Mediterraneo: perché così tanti nel 2016?*, in Open Migration, reperibile all'indirizzo https://openmigration.org/analisi/i-morti-in-mare-nel-2016-mai-cosi-tanti-nel-mediterraneo/.

[15] Nel naufragio di Lampedusa del 3 ottobre 2013 persero la vita 368 persone.

[16] Nel naufragio del Canale di Sicilia del 18 aprile 2015 persero la vita 700 persone.

[17] Commissione, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda della Commissione, Bruxelles, 13 aprile 2015, COM(2015) 240 *final,* reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf.

[18] Per un approfondimento si veda in dottrina F. DE VITTOR, *Il diritto di attraversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in Diritti umani e diritto internazionale, 2014, pp. 63-82; F. DE VITTOR, *I risultati del consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, in SIDIblog, 27 aprile 2015, reperibile all'indirizzo http://www.sidiblog.org/2015/04/27/i-risultati-del-consiglio-europeo-straordinario-sullemergenza-umanitaria-nel-mediterraneo-repressione-del-traffico-di-migranti-o-contrasto-allimmigrazione-irregolare/.

rimasto inattuato e sulla costruzione di *hotspot* in Grecia e Italia che si è rilevata preoccupante sul piano del rispetto dei diritti fondamentali; inoltre, il 18 marzo 2016 è stato adottato il c.d. accordo Ue-Turchia[19]la cui natura giuridica pone non poche questioni problematiche. Il rischio è che da queste politiche, dettate da esigenze securitarie, derivino preoccupanti e illegali pratiche di respingimento dei migranti.[20]

Alla luce di queste circostanze ci si è chiesti se le politiche internazionali attuali in materia di rifugiati siano coerenti o meno con l'evoluzione del diritto internazionale, faticosamente raggiunta.

Esaminata la natura giuridica internazionale del diritto di asilo, si passerà all'esame del diritto di asilo nell'Unione europea, si darà quindi conto della difficile costruzione di un sistema comune di asilo, obiettivo oggi sancito nell'art. 78 ss. del TFUE. Dalla lettura delle norme dell'Unione in materia di asilo pare potersi dedurre che in esse si riconosce un vero e proprio diritto della persona all'asilo, basti pensare all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come a tutta la disciplina derivata. Tuttavia, il riconoscimento di tale diritto fondamentale all'asilo trova difficoltà ad attuarsi a causa delle disfunzioni del sistema europeo comune di asilo. In particolare, si ritiene che siano da ostacolo al funzionamento del sistema europeo comune di asilo le seguenti circostanze: in primo luogo i meccanismi imposti dal c.d. regolamento Dublino sono ancora troppo ancorati al criterio del Paese di primo ingresso; in secondo luogo l'applicazione meramente in

[19] Consiglio europeo, Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/.

[20] Da ultimo si veda Repubblica, Migranti: accordo Italia-Libia, il testo del Memorandum, 2 febbraio 2017, reperibile all'indirizzo http://www.repubblica.it/esteri/2017/02/02/news/migranti_accordo_italia-libia_ecco_cosa_contiene_in_memorandum-157464439/.

negativo del principio del mutuo riconoscimento in ordine alle decisioni positive di accoglimento della domande di protezione internazionale cui si connette la limitata libertà di circolazione entro l'Unione dei beneficiari dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria; tale circostanza da un canto non è rispettosa dei diritti del richiedente perché non si tiene in alcun modo conto della volontà della persona, dall'altro incrementa il fenomeno dei movimenti secondari.

Nel presente lavoro si analizzerà un aspetto peculiare del regolamento Dublino: la clausola di sovranità; interesse precipuo è di ragionare intorno al rapporto tra sovranità statale e tutela di un "nuovo" diritto fondamentale alla protezione internazionale dello straniero. Inoltre, si dimostrerà che il ricorso alla clausola di sovranità non dovrebbe compromettere la tenuta dell'ordinamento europeo fondato sul principio della fiducia reciproca tra Stati membri, a tal proposito si analizzerà criticamente il parere n. 2/13 della Corte di giustizia.

Infine, ci si concentrerà sulla proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo avanzata dalla Commissione europea nel maggio- luglio 2016, dunque si sottolineeranno gli aspetti di criticità e si avanzeranno alcune soluzioni giuridicamente possibili per la realizzazione di un diritto europeo comune di asilo pienamente rispettoso dei diritti della persona; obiettivo realizzabile solo attraverso l'adozione di strumenti giuridici idonei a permettere l'ingresso legale in Europa dei richiedenti protezione internazionale.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. La concezione classica del diritto di asilo nel diritto internazionale generale. – 2. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Patto sui diritti civili e politici del 1966. – 3. La Convezione di Ginevra del 1951 e il Protocollo del 1967. – 4. Il principio di *non refoulement*. – 5. L'asilo nel diritto internazionale contemporaneo: una lettura evolutiva.

1. La concezione classica del diritto di asilo nel diritto internazionale generale

Secondo la dottrina internazionale classica, l'asilo è inteso come prerogativa e diritto dello Stato. In tale senso ha costituito parametro di riferimento la definizione data nel 1950 dall'*Institut de Droit International*: *«Dans les présentes Résolutions, le terme "asile" désigne la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher»*.[21]Questa definizione si riferisce sia al diritto di asilo territoriale sia a quello extraterritoriale e fa perno su due elementi costitutivi: la ricerca di protezione da parte dell'individuo che richiede il beneficio e la concessione di tale protezione accordata dallo Stato di asilo.[22]

In altri termini, forse più espliciti, secondo la dottrina internazionalistica classica il diritto di asilo consiste nella protezione accordata da uno Stato

[21] Institut de Droit International, *L'asile en droit International public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, articolo I. consultabile all'indirizzo http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1950_bath_01_fr.pdf

[22] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, 2009, p. 83.

all'interno della propria sfera territoriale (asilo territoriale) o in un altro luogo (asilo extraterritoriale) a uno straniero che ne faccia richiesta perché perseguitato per motivi politici. In tal senso il diritto di asilo si caratterizza come corollario del diritto di sovranità territoriale, per cui la concessione o meno della protezione discenderebbe pur sempre da un esercizio discrezionale dello Stato.[23]

Per asilo territoriale s'intende il rifugio e la protezione accordati dallo Stato sul proprio territorio a una persona che fugge o cerchi di sottrarsi alla giustizia o a situazioni di persecuzione esistenti nel proprio Paese, autorevole dottrina ha definito questo tipo di asilo come *territoriale* o *esterno* o *asilo sul territorio dello Stato*.[24] Quando un cittadino, sfuggendo alle autorità di uno Stato (ad es. il paese di origine o di abituale residenza), riesca a varcare la frontiera di uno Stato diverso, egli si troverà – almeno in via provvisoria, e cioè sinché non sia ammesso a

[23] Sulla nozione di asilo territoriale e extraterritoriale si vedano: M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)* (diritto internazionale), voce in Enc. dir., II, Milano, 1958, p. 204 ss.; A. MIGLIAZZA , *Asilo (diritto internazionale),* voce enciclopedica in Noviss. Dig. It., Iª , Torino, 1958, p. 1039 ss.; G. CONETTI, Rifugiati, voce in Noviss. Dig. It., Appendice, VI, Torino, 1986, p. 819 ss.; E. BERNARDI, *Asilo politico*, voce in Digesto Disc. Pub., I, Torino, 4ª, 1987, p. 421 ss.; i vari contributi in F. RIGAUX (ed.), Droit d'asile, Bruxelles, 1988, in *Droit d'asile et des réfugiés, Colloque de Caen de la Société Française pour le Droit International*, Paris, 1997; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1999, p. 694 ss.; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under Internantiona*l *Law*, Cambridge, 2005, p. 1 ss.; i vari contributi in E. FELLER, V. TURK , F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection* in International Law, Cambridge, 2005. In epoca più recente si vedano i contributi di M. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.; A. GIOIA, *Asilo*, voce in Dizionario di diritto pubblico, I, Milano, 2006, p. 449 ss.; i vari contributi in B.M. BILLOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006; G.S. GOODWIN-GILL, J. MC, ADAM *The Refugee in International Law*, 3rd, Oxford, 2007, p. 1 ss.; J.-Y. CARLIER *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Hay*e, t. 332(2007), tiré à part, Leiden- Boston, 2008, p. 40 ss.; G. CORDINI, *Il diritto d'asilo nelle costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 51 ss.

[24] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), cit*., p. 205.

soggiornarvi – in un luogo di rifugio; ciò è la conseguenza di una norma di diritto internazionale generale: ogni Stato risulta internazionalmente obbligato a non penetrare e a non agire nel territorio di tutti gli altri Stati con cui esso intrattenga relazioni di pace.[25]

Bisogna però distinguere la condizione di *rifugio* da quella di *asilo*: quest'ultimo, infatti, impone allo Stato di non limitarsi ad ammettere il soggiorno degli individui che siano penetrati nella sua sfera territoriale per sottrarsi alla giustizia o alle autorità di un altro Stato, ma se ne assume altresì la protezione, nel senso di non dar seguito alle eventuali richieste di consegna o di espulsione che di tali individui gli fossero rivolte dalle autorità dello Stato di cui essi siano sudditi o alla cui giurisdizione comunque essi siano sfuggiti.[26]Ne deriva che la concessione dell'asilo territoriale costituisce una mera manifestazione della piena e assoluta libertà degli Stati i quali la esercitano entro il proprio territorio rispetto a tutte le persone che si trovano nel medesimo o richiedano di essere ammesse a entrare.

La concezione classica del diritto di asilo pone lo Stato in cui è chiesto asilo nella facoltà di concedere o rifiutare il beneficio in modo pressoché indiscriminato. Posta questa amplissima libertà degli Stati, una rilevanza dell'asilo territoriale, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico internazionale, può aversi soltanto nella misura in cui vi siano delle norme internazionali, generali o convenzionali, che stabiliscano limiti alla suddetta libertà: imponendo ad esempio l'obbligo di consegnare a un altro Stato certe persone rifugiatesi nel territorio del primo; oppure al contrario imponendo allo Stato l'obbligo di non consegnare a un altro Stato che ne abbia fatto richiesta ovvero l'obbligo di non espellere dal proprio territorio gli individui ivi rifugiatesi. Secondo la dottrina

[25] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di*), *cit.*, p. 191.
[26] *Ibidem.*

classica: solo eventuali norme convenzionali di tale tenore potrebbero prevedere che la possibilità per uno Stato di concedere asilo sul proprio territorio a determinate persone sarebbe esclusa dal fatto che al contrario lo Stato sarebbe obbligato a estradarle[27]; oppure specifiche norme convenzionali potrebbero esplicitamente prevedere un obbligo di non espulsione o non estradizione.[28]

La più importante norma di diritto internazionale convenzionale atta a limitare la libertà degli Stati è contenuta nell'art. 33 della Convenzione relativa alla condizione giuridica dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 aprile del 1951 (ed entrata in vigore il 22 aprile 1954)[29], la quale pone a ogni Stato contraente – tra gli atti obbligatori che si riferiscono al trattamento di tutti gli individui che possono qualificarsi rifugiati ai sensi dell'art.1 della stessa convenzione – anche quello di non espellere o di

[27] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)*, *cit*., p. 205 ove è specificato che il diritto internazionale del secolo scorso era caratterizzato da una fitta rete di trattati di estradizione, soprattutto bilaterali che lega tra loro i membri della comunità internazionale. Appare importante rilevare, ad avviso dell'autore, che da questi trattati «*deriva un limite indiretto, ma preciso, alla libertà, in tema di concessione dell'asilo sul proprio territorio, di tutti gli Stati che ne siano parti. Dal contenuto delle norme di questi trattati di estradizione deriva un diritto soggettivo di ogni Stato contraente di richiedere la consegna, ed il corrispondente obbligo giuridico dell'altro Stato contraente di procedere alla consegna, di quelle persone le quali, essendo imputate o condannate dalle autorità del primo Stato per la commissione di determinate categorie di reati, abbiano cercato scampo e si trovino nel territorio del secondo*».

[28] Un esempio di questo tipo di trattati è la Convenzione turco-cecoslovacca firmata a Praga il 22 agosto 1930 ove si prevede all'art. 5 che «*ogni Stato parte non debba estradare a un terzo Stato quei sudditi dell'altra parte contraente, la consegna dei quali venisse richiesta dal terzo Stato sulla base della loro imputazione o condanna per reati politici o militari o di stampa. In situazioni come questa, il divieto di estradare un suddito straniero- interpretato in buona fede- può riflettersi anche sulla libertà di principio di cui normalmente ogni Stato gode in tema di espulsione dei sudditi stranieri dal suo territorio. Può riflettersi anche su tale libertà, e finire, quindi, talvolta per tradursi in un vero e proprio asilo territoriale, in quanto possa assumersi che l'obbligo di non estradare comporti anche un divieto di espellere tutte le volte che l'espulsione sia suscettibile di essere configurata come una estradizione mascherata*», così M. GIULIANO, *cit*., p. 206. Per un approfondimento in tema di estradizione si veda in dottrina tra gli altri, N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo: fra diritto internazionale, convenzionale e generale*, Giuffrè, 1993.

[29] Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951.

non respingere (*refouler*) i richiedenti, in una qualsiasi maniera, verso le frontiere dei territori nei quali la loro vita o la loro libertà sarebbe minacciata e questi potrebbero subire trattamenti inumani e degradanti.

Prima di passare all'esame del quadro normativo di riferimento, occorre ripercorrere i nodi problematici che hanno occupato la migliore dottrina in materia, in particolare circa la questione relativa all'inesistenza di limitazioni generali alla libertà dello Stato in materia di asilo e quella concernente il diritto soggettivo dell'individuo a ottenere la concessione dell'asilo.

Quanto alla prima questione, autorevole dottrina ha sostenuto che sul piano del diritto internazionale *generale,* non può dirsi che uno Stato sia obbligato alla concessione del diritto di asilo, al contrario, a riprova della ritrosia degli Stati a derogare alla propria sovranità territoriale, occorre osservare che la fitta rete di trattati bilaterali di estradizione, che lega o obbliga tra loro gli Stati, è indice di quanto fossero sentiti, nella vita internazionale del secolo scorso, l'esigenza e l'interesse della cooperazione interstatale al fine della lotta alla criminalità e della repressione dei reati che riguardassero la società civile.[30]

L'inesistenza nel diritto internazionale generale di obblighi per gli Stati di concedere o di non negare l'asilo territoriale era dimostrata

[30] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)* , *cit*. p. 207 il quale a proposito richiama la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti di America nella *Factor c. Laubenheimer, U.S. Marshal ed altri* del 1933 ove si legge: «*I principi dell'ordinamento giuridico internazionale non riconoscono un diritto soggettivo all'estradizione all'infuori di un accordo internazionale. E mentre un governo, se questo sia conforme alla sua costituzione e alle sue leggi, può volontariamente esercitare il potere di consegnare un fuggitivo dalla giustizia del paese dal quale esso è fuggito, ed anzi è stato detto che un governo sarebbe moralmente obbligato a far ciò, […]il diritto soggettivo di domandare la sua estradizione ed il correlativo obbligo giuridico di consegnare (il fuggitivo dalla giustizia) al paese che lo richieda sussiste solamente in quanto creato da un accordo internazionale*».

dall'opinione unanime formatasi in dottrina[31], confermata dall'atteggiamento inequivocabile, assunto al riguardo, dagli Stati e dalla loro ferma riluttanza ad accettare anche degli obblighi meramente convenzionali in materia.[32]

Per quanto riguarda la seconda questione, concernente il diritto di asilo e il diritto dell'individuo alla sua concessione, si osserva che secondo la dottrina classica « *gli obblighi che discendono dalle limitazioni convenzionali alla libertà dello Stato in materia di asilo sul proprio territorio, sono obblighi di uno Stato verso un altro o altri Stati. Dalle norme internazionali convenzionali che pongono le suddette limitazioni, in altre parole, non derivano – né potrebbero derivare – dei diritti soggettivi all'asilo a favore di semplici individui*».[33] Nel corso del presente lavoro si cercherà di dimostrare come questa granitica concezione del diritto di asilo può essere messa in discussione. La stessa autorevole dottrina finora citata arriva a sostenere che di un diritto soggettivo di determinati individui all'asilo sul territorio di uno Stato si potrebbe parlare nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno di tale Stato.[34] Un tipico esempio di riconoscimento del diritto individuale all'asilo è quello previsto dalla costituzione italiana all'art. 10 il quale dispone che: «*lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione*

[31] Con l'eccezione dei seguenti autori: PERASSI, LAUTERPACH, FITTZMAURICE;, HUDSON, GUGGENHEIM, BRIERLY, BECKETT, in Ann. Ist. Dr. Int., 1950, II, 199 s., 202, 203, 204 s., 227 s., 228 s.

[32] Così M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)*, *cit*. p. 207; MORGENSTEERN, *The Right of Asylum,* 26 BYIL, 1949, p. 341 s., 345 ss.

[33] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di*), *cit*. p. 208.

[34] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di*), *cit*. p. 208; MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, *cit*. 335 s.; in dottrina contemporanea diffusamente sul tema del diritto individuale all'asilo si veda F. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, Giuffrè, 2009.

italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».[35]

Se si guarda al sistema delle fonti internazionali in materia di asilo, si può osservare che vi è una limitata normativa convenzionale nella quale il diritto di asilo, come si vedrà, non è mai definito come diritto dell'individuo, al fianco della quale si è sviluppata un'unica norma di *ius cogens*: il principio di *non refoulement,* dal quale invece è possibile, a parere di scrive, far discendere un diritto individuale all'asilo.

Quindi, sebbene le norme di diritto internazionale e la loro secolare interpretazione sembrino chiare nel riconoscere l'asilo quale mera prerogativa statale, occorre tuttavia evidenziare che il diritto internazionale contemporaneo è caratterizzato e fortemente condizionato da spinte antropocentriche che indurrebbero a conferire una connotazione umanitaria al diritto di asilo. La sfida che oggi deve affrontare il diritto internazionale si fonda proprio sull'apertura del diritto di asilo alla sfera dei diritti umani. Questa nuova apertura del diritto di asilo all'alveo dei diritti umani costituisce un aspetto importante per quanto concerne i motivi a fondamento delle richieste di asilo. Infatti, le spinte umanitarie dovrebbero condurre a un'apertura dei motivi a sostegno della richiesta di asilo e dei motivi di persecuzione[36], quindi a un ampliamento delle ipotesi di concessione del beneficio.

Una caratteristica classica dell'asilo è la concessione, da parte dello Stato che lo attribuisce, di una protezione effettiva e, almeno in via di principio a tempo indeterminato, a favore dell'individuo che ottiene il beneficio.[37] Quest'aspetto dell'asilo impone allo Stato che lo concede un comportamento attivo nel riconoscere e offrire tutela al richiedente, una

[35] Costituzione italiana, art. 10, comma 3.
[36] Sulla nozione di motivo di persecuzione si veda Cap. III.
[37] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, *cit*., p. 85.

tutela che deve andare oltre la mera disponibilità di accordare alla persona l'ingresso nel territorio sottoposto alla propria giurisdizione[38], e che quindi chiaramente si riferisce anche all'impegno dello Stato di asilo di non dare seguito alle richieste di riconsegna dell'individuo eventualmente formulate dal Paese da cui quest'ultimo è fuggito.[39] Dunque, secondo il diritto internazionale classico, «*la protezione accordata, affinché possa essere considerata tale da qualificare una fattispecie di asilo, dovrebbe concretizzarsi nella tutela concessa ad un individuo quando questi corra il rischio di essere soggetto ad ingerenze commesse da parte di uno Stato diverso rispetto a quello che concede il beneficio, il quale agisca attraverso i propri organi che rivestano tale funzione sulla base di norme di diritto interno effettivamente vigenti, che siano legalmente autorizzati ed accreditati, o, almeno, che siano configurabili quali entità operanti, apertamente o meno*, *per conto dello Stato o del regime che ne detiene la sovranità effettiva».*[40]

Dal punto di vista terminologico occorre specificare che la dottrina classica ha sempre distinto tra asilo e rifugio ritenendo la sussistenza di quest'ultimo nei casi in cui la «*protezione richiesta sia concessa a seguito di situazioni in cui la necessità di accordarla non sia immediatamente imputabile alla volontà dello Stato diretta in modo specifico a recare un pregiudizio all'individuo […] ciò si verificherebbe nelle fattispecie in cui la protezione in oggetto sia attribuita a seguito di conflitti armati, di disordini interni, o dell'attività di gruppi di ribelli o di militari che agiscono senza la dovuta autorizzazione o comunque al di fuori delle proprie competenze attribuite loro dal diritto interno*».[41]

[38] *Ibidem.*
[39] Cfr. GIULIANO, *Asilo (diritto di), cit*., p. 205.
[40] F. LENZERINI, *cit*., p. 85; nello stesso senso GRAHL – MADSEN*, Asilum, Territorial,* in Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 1992, p. 283.
[41] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani cit*., p. 85; A. GRAHL – MADSEN, *The Status of refugees in International law*, Leiden, 1972, vol. II, p. 6; M. GIULIANO, *Asilo (diritto*

Questa breve ricostruzione sulla definizione di asilo si riferisce al diritto internazionale classico secondo cui, dalla piena discrezionalità degli Stati di esercitare la propria sovranità, attraverso la concessione o meno del beneficio dell'asilo all'individuo che ne faccia richiesta, ne deriverebbe anche una seconda caratteristica dell'esercizio di tale potere: la decisione di concedere o no l'asilo costituirebbe una facoltà di assoluta e d'indisputabile competenza delle autorità del Paese a cui tale beneficio è richiesto. Da ciò ne conseguirebbe che: «*qualsiasi violazione della sovranità territoriale altrui al fine di impossessarsi di un individuo a cui sia stato concesso asilo da un altro Stato, o comunque al fine di causargli qualsiasi pregiudizio, si risolverebbe nella produzione di un illecito internazionale e nella conseguente responsabilità del governo autore della violazione*».[42] La base della concezione classica sulla libertà incondizionata degli Stati in materia di asilo deriva da un'antica norma consuetudinaria secondo la quale ogni Stato aveva il controllo esclusivo sugli individui che si trovavano sul loro territorio, e questa norma era conseguenza diretta del principio di sovranità territoriale.[43]

Da questa regola consuetudinaria, propria del diritto internazionale classico, secondo la dottrina deriverebbero due principi: «*the first recognizes the competence of the state to regulate the admission of aliens at will. That power is usually stressed in connexion whit the exclusion or expulsion of friendly aliens, or their admission on certain conditions only. But it also means the reverse, namely that a State is free to admit anyone it chooses to admit, even at the risk of inviting the displeasure of another state. Secondly, territorial supremacy means that no state is entitled to exercise corporeal control over individuals on the*

di), cit., p. 205.
[42] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, *cit*., p. 86.
[43] *Ibidem*.

territory of another state, even if these are its nationals, althought no rule of international law prevents a state from assuming jurisdiction, in its courts, for offences committed abroad […] A competence to grant asylum thus derives directly from the territorial sovereignity of states».[44]

Inoltre, questa fondamentale norma di diritto internazionale sulla libertà incondizionata degli Stati fu proclamata dal Privy Council nel 1891.[45] Il medesimo principio fu altresì ribadito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti[46], nonché confermato dalla prassi degli Stati in materia di estradizione[47], ove si afferma che il potere di concedere o meno asilo discende dalla sovranità territoriale.

Come si dimostrerà nel seguito della trattazione, questo principio secolare di diritto internazionale non può essere inteso in termini assoluti e ciò per l'evoluzione stessa che il diritto internazionale contemporaneo ha avuto, infatti: « i *poteri dello Stato nei confronti degli individui sottoposti alla sua giurisdizione non hanno più il carattere di assolutezza che avevano in passato, ma sono bensì notevolmente circoscritti dall'esigenza primaria e inderogabile di garantire loro l'effettivo godimento dei diritti umani fondamentali, anche con riguardo ai cittadini dello Stato agente. In altre parole, la qualità di "essere umano" che contraddistingue ogni individuo prevale oggi in modo indiscutibile su quella di "suddito", dalla quale discendeva un potere assoluto su di esso a favore dello Stato cui "apparteneva" (mentre gli*

[44] F. MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, 26 BYIL, 1948, p. 236 ss.
[45] Il riferimento è al caso *Musgrove v. Chun Teong Toy,* A.C., 1891, p.282, in occasione del quale venne rilevato che «*the plaintiff can maintain the action only […] if he can establish that an alien has a legal right, enforceable by action, to enter British territory. No authority exists for the proposition that an alien has any such right».*
[46] Corte Suprema degli Stati Uniti, caso *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S.651 (1892).
[47] Si vedano a titolo di esempio i casi: *Factor v. Laubenheimer* del 1933; *U.S. v. Rauscher*, 119 U.S. 407, 412.

stranieri erano, anche in passato, tutelati dalle ingerenze dei paesi diversi di quello di nazionalità sulla base delle norme secolari poste specificamente a loro protezione)».[48] Questa evoluzione del diritto internazionale ha condizionato in modo rilevante il potere degli Stati di concedere o negare liberamente il beneficio dell'asilo.

Tale nuova interpretazione evolutiva del diritto di asilo si scontra con la dottrina classica la quale era arrivata a sostenere che il principio di piena libertà dello Stato di concedere o no il beneficio della protezione farebbe da contraltare all'inesistenza di qualsiasi diritto facente capo all'individuo che lo richiede di vederselo accordato.[49]

Infatti, secondo la tesi maggioritaria formatasi in dottrina, l'istituto del diritto di asilo non godrebbe nemmeno di una piena autonomia nell'ordinamento giuridico internazionale poiché non sarebbe altro che una fattispecie di carattere strumentale la cui effettività si fonda esclusivamente, positivamente o negativamente, sull'applicabilità o meno di altre norme primarie, di carattere generale o pattizio, quali il principio di sovranità territoriale o quelle in materia di estradizione ed espulsione degli stranieri. Quindi l'asilo esplicherebbe la propria operatività nel diritto internazionale soltanto nei casi in cui la libertà degli Stati di concederlo o di rifiutarlo «*non sussistente in forza di una norma dotata di propria autonomia giuridica, bensì esistente*

[48] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani, cit*., p. 87.

[49] *Ibidem*, p. 89. Nello stesso senso in dottrina: F. MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, *cit*. p. 331; P. WEIS, "*legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 Relating to the Status of Refugees*", 30 BIYL, 1953, p. 481; M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), cit*. p. 208; F. KRENZ, "*The Refugee as a Subject of International Law*", 15 ICLQ, 1966, p. 115; R. PISILLO MAZZESCHI, "*il diritto di asilo 50 anni dopo*", *cit*. p. 700. Nello stesso senso in giurisprudenza: Corte Appello degli Stati Uniti nel 1948, caso *Chandler v. United States,* ove è stato sancito che «*it has a long been the pratice of States to give asylum. But the right is that of the State voluntary to offer asylum, not that of the fugitive to insist upon it. An asylum State might, surrender a fugitive political offender* […] *In such case we think demanding State, and we know of no authority indicanting the contrary».*

esclusivamente quale naturale appendice del principio di sovranità territoriale, sia limitata all'obbligo di estradare o da quello di non estradare o non espellere un determinato individuo».[50]

La scelta di uno Stato di concedere o no il beneficio dell'asilo, sulla base del diritto internazionale generale, risiederebbe solo su valutazioni di ordine politico, non producendo l'istituto in esame alcun rapporto giuridico che possa essere invocato dal rifugiato.[51]

La dottrina classica ha giustificato questa interpretazione sulla base della teoria dell'assenza di soggettività giuridica degli individui nel diritto internazionale generale, secondo questa tesi, nel diritto internazionale s'instaurano rapporti giuridici solo tra Stati e non tra Stato e individuo.[52] L'applicazione pratica di questa tesi si può cogliere con riferimento alla disciplina dell'estradizione, poiché gli obblighi che scaturiscono dalla

[50] M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), cit.* p. 205.

[51] In questo senso la giurisprudenza più risalente, così come ricostruita da F. LENZERINI, in *Asilo e Diritti Umani*, *cit*., p. 91. in particolare: Corte Suprema del *Reich* ove è stato sancito che "*Asyl zu gewähren oder zu versagen, ist ein Recht das Zuflucthsstaates; der Flüchtling hat darauf keinen Anspruch*" in *Asylum (Germany) Case, 30 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen,* 1900, 99, p. 101; Consiglio Federale svizzero del 1921 ove si legge: "*l'Étranger n'a pas droit à l'asile. L'État à simplement la faculté, en vertu de sa souveraineté, d'admettre sur son territoire un étranger, et il prononce en toute liberté*" citato da F. MORGENSTERN, *The Right of Asylum, cit*. p. 335; Corte Distrettuale della California, caso *Ex parte Kurth et al*., 29 giugno 1939 n.29 ove si legge " *the constitutional provisions that rights enumerated in the Costitution should not be construed so as to deny other countries such a right being contrary to principles of international law and not having been previously recognized"*, nello stesso senso anche la Corte Suprema degli Stati Uniti nei casi qui di seguito elencati: *inter alia, Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case),* 130 U.S. 581 del 1889; *Nishimura Ekiu v. United States*, Corte Suprema, 1892, 142 U.S. 651, 12 S.Ct.336; *Fong Yue Ting v. United States,* 149 U.S. 698, 1893; *Lem Moon Sing v. United States,* 158 U.S. 538, 1895; *Wong Wing v. United States,* 163 U.S., 228, 1896*; Fok Yung Yo v. United States,* 185 U.S. 296, 1902; *Chin Bak Kan v. United States,* 186 U.S. 193, 1902; *Japanese Immigrant Case,* 189 U.S.86, 1903; *United States v. Sing Tuck or King Do and Thirty-One Others,* 194 U.S. 161, 1904; *United States ex rel. Turner v. Williams,* 194 U.S. 279, 1904; *United States ex rel. Polymeris v. Trudell,* 284 U.S. 279, 1932; *United States ex rel. Volpe v. Smith,* 289 U.S. 422, 1933.

[52] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, *cit*.

specifica convenzione in materia devono essere rispettati solo dagli Stati e secondo gli accordi tra gli stessi stipulati.

Come si è già affermato più volte, il diritto internazionale contemporaneo è stato molto influenzato dalla disciplina dei diritti umani fondamentali, ci si chiede pertanto se questa evoluzione abbia generato la nascita di un diritto individuale all'asilo. Per cercare di rispondere a questo interrogativo occorrerà dapprima analizzare le norme di diritto internazionale pattizio sul tema, poi le norme di *ius cogens*, e infine guardare alla prassi per individuare, se esiste, un'apertura del diritto internazionale al riconoscimento di un diritto individuale all'asilo.

2 La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Patto sui diritti civili e politici

Altro elemento caratterizzante della materia – oltre ai due elementi appena descritti – è determinato dall'assenza di norme volte a positivizzare il diritto di asilo. È soltanto dopo la seconda guerra mondiale che il diritto "individuale" di asilo iniziò a trovare spazio nella comunità internazionale, nella quale cominciò a registrarsi una maggiore attenzione al tema; ci si riferisce in particolare all'adozione di due documenti: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo[53] e la Convenzione di Ginevra del 1951, così come poi modificata dal Protocollo del 1967.[54]

[53] Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

[54] *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 luglio 1951 come modificato dal Protocollo relativo allo *status* di rifugiato, adottato a New York il 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre 1967, reso esecutivo in Italia con Legge n°95 del 14/02/1970 (G.U. n°79 del 28/03/1970).

Nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata nel 1948, all'articolo 14 si trova una norma dedicata all'asilo dalla cui lettura però non è possibile ricavare la sussistenza di un diritto individuale al riconoscimento del beneficio, poiché gli Stati hanno determinato la mera facoltà per l'individuo di "*ricercare protezione",* la norma così dispone: « *Everyone has the right to seek and enjoy in the other countries asylum from persecution. The right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from act contrary to the purposes and principles of the United Nations»*.[55] É interessante osservare e analizzare i lavori preparatori di questo importante documento giuridico poiché da questo studio emergono le problematiche legate alla volontà degli Stati di difendere la propria sovranità territoriale a discapito del riconoscimento di un diritto individuale all'asilo.

Nella sua prima versione la norma era contenuta nell'art. 12 e recitava così: «*everyone has the right to seek and to be granted, in other countries asylum from persecution*».[56]

Durante i lavori di stesura della Dichiarazione svoltisi nell'ambito del Terzo Comitato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite si aprì un acceso dibattito avente proprio a oggetto la portata da dare al diritto di asilo. Segnatamente, a favore di un'apertura della norma al riconoscimento di un diritto individuale all'asilo si schierò il delegato egiziano il quale propose un emendamento che, a suo avviso, era rispettoso delle norme di diritto internazionale, a questo emendamento si

[55] Art. 14 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

[56]Sulla prima versione della norma contenuta nell'art.12 è possibile consultare i lavori preparatori pubblicati in nota da F. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani* cit., pag. 102 ove l'autore richiama il dibattito sulla formulazione della norma nella Dichiarazione dei diritti dell'Uomo dedicata all'asilo tratti dai documenti delle Nazioni Unite pertinenti: A/C. 3/264; A/C. 3/SR.121; A/C.3/SR.122; A/C.3/285/Rev.1.

contrapposero le posizioni di alcuni rappresentanti governativi, tra cui il rappresentante pakistano,[57]il delegato britannico[58], i rappresentanti di Australia, Unione Sovietica, Arabia Saudita.[59]

Al termine dei lavori gli Stati licenziarono un testo in cui il riferimento al diritto di asilo era circoscritto al diritto "*di cercare di godere asilo*", non attribuendo di fatto nessun diritto soggettivo all'individuo. In altri termini, la mancanza di riconoscimento di un diritto soggettivo all'asilo si traduce nell'impossibilità di far sorgere in capo allo Stato che non conceda l'asilo alcuna responsabilità per violazione di un principio di diritto internazionale, e ciò a prescindere del carattere vincolante o meno della Dichiarazione.

Ne è possibile attribuire alla norma in esame un'interpretazione diversa ed estensiva, poiché fu lo stesso delegato britannico a chiarire che «*the right of asylum was the right of every state to offer refuge and to resist all demands for extradition. This was the meaning of the expression "to enjoy asylum" contained in the amendment».*[60] Questa posizione fu quella che trovò maggior seguito e consenso tra gli Stati poiché rifletteva la tradizione classica del diritto internazionale in tema di asilo e sovranità degli Stati.

[57] Secondo il rappresentante pakistano la formulazione dell'allora art.12 meritava di essere rivisto perché: «s*lince the right to claim asylum was not admitted by the rules of international law, to make the exercise of that right subject to such rules, as proposed by the Egyptian delegation, would be tantamount to preventing it from coming into existence until international law should have developed sufficiently to include that principle*». Per i riferimenti si veda la nota 55.

[58] Secondo il rappresentante britannico: «*no state could accept the responsabilities imposed by Article 12. The United Kingdom has often had occasion to offer asylum to political refugees […] buti it [had] not done so under any obligation*». Per i riferimenti si veda la nota 55.

[59] Secondo il delegato dell'Arabia Saudita:«*every persecuted person should be able to benefit from the right of asylum […] That did not mean, however, that everyone had the right to obtain asylum in the country of his choice, although that country might not be prepared to receive him. Such a principle would be a flagrant violation of the sovereignty of the state concerned*». Per i riferimenti si veda la nota n. 54.

[60] Vedi nota n. 56.

All'interno del dibattito creatosi in seno ai lavori di stesura della norma sull'asilo si segnala tuttavia la posizione del delegato francese, il quale si oppose all'emendamento britannico con la seguente dichiarazione: «*I did not agree with the restrictive conception embodied in the words "to enjoy" in the United Kingdom amendment. The persecuted would need to receive asylum, not merely the right of asylum*»[61], inoltre, propose un emendamento in base al quale le Nazioni Unite avrebbero dovuto supportare gli Stati interessati nell'assicurare protezione ai richiedenti asilo.[62]

Anche la dottrina maggioritaria ha sempre attribuito all'art. 14 della Dichiarazione un valore meramente programmatico.[63]La prospettiva accolta è altresì confermata dal fatto che nel progetto di stesura della Convenzione sui diritti umani, coeva alla Dichiarazione, non era presente alcun riferimento all'asilo.[64]

Nel Patto sui diritti civili e politici[65]si trova all'art. 13 una norma dedicata al diritto di asilo ove si legge che «*an alien lawfully in the territory of a State Party to the present Convenant may be expelled there from only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reason of national security*

[61] *Ibidem.*
[62] Cfr. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, *cit*. p. 104.
[63] In questo senso si veda in dottrina: *Ibidem*; SIR H. LAUTERPACHT, "*The Universal Declaration of Human Rights"*25 BYIL, 1948, 354, p. 373 ove in relazione all'art. 14 si legge «*there was no intention to assume even a moral obligation to grant asylum*»; MORGENSTERN, "*The Right of Asylum*", cit. p. 336 s.; M. GIULIANO, "*Asilo* (diritto di)", *cit*. p. 208 s.; E. BERNARDI, "Asilo politico", Digesto delle Discipline Pubblicistiche, vol. I, Torino, 1987, 425; Pisillo Mazzeschi, " *il diritto di asilo 50 anni dopo*", *cit*. , p. 696.
[64]Tuttavia come segnala F. LENZERINI, *cit*. p. 105 nel dicembre 1947 la Commissione sui diritti umani decise di «*examine at an early opportunity the question of the inclusion of the right of asylum of refugees from persecution in the International Bill of Human Rights or in a special convention for that purpose*», Official Records of the U.N. Economic and Social Council, Session 6, 1948, Supplement 1, p.24 ss.
[65] Patto sui diritti civili e politici concluso a New York il 16 dicembre 1966.

otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority».[66]Si tratta di una norma che tutela lo straniero da espulsioni arbitrarie e che garantisce allo stesso la possibilità di far valere le proprie ragioni contro l'eventuale espulsione innanzi alle autorità competenti del Paese in cui si trova, ma non utile a conferire un diritto di asilo al perseguitato.

Dal combinato disposto dell'art. 12[67] e dell'art. 13 ne consegue che è considerato diritto dell'individuo: quello di poter muoversi liberamente e scegliere una residenza; il diritto lasciare il proprio Paese di origine e di potervi fare ritorno; tali diritti trovano un limite solo nel rispetto dell'ordine pubblico e nella legge nei casi in cui queste libertà debbano essere bilanciate con esigenze di sanità o sicurezza pubblica. Inoltre, all'individuo è, come si è già detto, riconosciuto il diritto di potersi opporre a espulsioni arbitrarie. Da queste norme ne deriva, quindi, una nozione di libertà di circolazione degli stranieri che conserva in se il nocciolo duro del problema della gestione delle migrazioni siano esse economiche o forzate: lo straniero ha il diritto di lasciare il proprio Paese, ma non ha diritto di scegliere un Paese diverso in cui risiedere e stabilirsi, infatti, anche il diritto a non essere espulsi, indicato all'art. 13, è subordinato a una previa residenza legale e a un'espulsione non stabilita dalla legge. Questa norma sancisce, ancora una volta, la

[66] Art. 13 Patto sui diritti civili e politici.

[67] Art. 12 Patto sui diritti civili e politici«*Everyone lawfull within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of moviment and freedom to choose his residence. Everyone shall be free to leave any country, including his own. The above- mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to proctect national security, public order, public health or moral or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*».

discrezionalità degli Stati nello stabilire quando concedere a uno straniero il permesso di entrare e risiedere nel proprio territorio, pertanto le norme esaminate non solo non prendono in considerazione le problematiche relative all'asilo, ma rappresentano bene la concezione del diritto di immigrazione presente nel diritto internazionale dell'epoca: un diritto vuoto e monco poiché riconosce solo la possibilità per l'individuo di lasciare il proprio Paese senza però riconoscere alcun diritto a stabilirsi in un altro Paese. Tuttavia, è interessante osservare che durante i lavori preparatori dei Patti sui Diritti Umani del 1966 una parte degli Stati propose di inserire un riferimento al diritto di asilo, ci si riferisce in particolare ai lavori della quinta, sesta e ottava sessione della Commissione sui diritti umani svoltasi dal 1949 al 1952. A favore dell'introduzione di un riferimento al diritto di asilo si schierarono India, Jugoslavia, Pakistan, Polonia, Ucraina, Uruguay e l'Organizzazione Internazionale per i Rifugiati e l'Alto Commissario delle Nazione Unite per i Rifugiati, questi sostenevano che il diritto di asilo costituiva un diritto fondamentale dell'individuo nonché la conseguenza naturale di altri diritti sanciti dal Patto[68]; diversamente, la posizione che trovò maggiore adesione fu quella sostenuta da Belgio e Regno Unito i quali sostennero che gli Stati avrebbero comunque dovuto mantenere la possibilità di scegliere se concedere asilo a particolari individui poiché altrimenti avrebbe potuto concretizzarsi il rischio di concedere l'ingresso legale a spie e fomentatori di rivolte sotto le mentite spoglie di individui perseguitati dalle autorità del paese di provenienza.[69]

Inoltre, facendo leva sul suddetto rischio si evidenziò che difficilmente gli Stati avrebbero accettato di riconoscere il diritto di asilo soprattutto se

[68] Si veda F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani* cit., p. 106; M. J. BOSSUYT, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987, p. 270 ss.
[69] *Ibidem*.

da questo ne fosse derivata un'impossibilità di espellere coloro che ne avevano ottenuto riconoscimento. Per ovviare al problema, alcuni Stati[70]proposero di specificare, in modo analitico, le categorie d'individui non meritevoli di ottenere il beneficio dell'asilo, ma anche questa soluzione trovò diverse opposizioni.[71]Nonostante le proposte avanzate sull'introduzione di una norma sul diritto di asilo[72]e il lungo dibattito sugli emendamenti proposti all'art. 13, tra l'altro tutti rifiutati, il Patto per i diritti civili e politici fu licenziato senza alcun riferimento al diritto di asilo.

---

[70] Francia, Jugoslavia con il supporto di Cile, Egitto, Libano, Unione Sovietica, Uruguay.

[71] Australia, Danimarca, Grecia, India e Stati Uniti ribadirono che era impossibile indicare categorie di individui non meritevoli del beneficio dell'asilo poiché le categorie proposte erano troppo vaghe e difficili da definire, soprattutto perché concetti come "delitto politico" dava luogo ad interpretazioni difformi nei diversi paesi.

[72] Nel corso della sesta sessione della Commissione sui diritti Umani del 1950 fu presentata la seguente proposta: «*any person persecuted for his ctivities in support of democratic principles, national liberation, the rights of working people or scintific or cultural freedom or in support of the accomplishment of the principles of the Charter of the United Nation, or the rights embodied in the present Covenant, shall have the roght of asylum in any country*»; Nel 1952, nel corso dell'ottava sessione l'Unione Sovietica presentarono due proposte la prima prevedeva «*the right of asylum is guaranteed to all persons persecuted for their partecipation in the struggle for national liberation. The right of asylum may not be granted in connexion with any prosecution genuinely based on the commission of miltary or criminal offences or for acts contrary to the purposes and principles of the United Nations*»; Cile, Uruguay e Yugoslavia proposero: «*the right of asylum shall be garanteed to all person charged with political or purely miltary offences except when the alleged acts are regarded as crimes under the Charter of United Nations. Person enjoying this right shall not be subjected to extradition*» e la seconda «*the right of asylum shall be guaranteed to any person accused on account of his partecipation in the struggle for national or political liberation, or on account of his activities for the achievement of the purposes and principles proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights, except where the alleged acts are inconsistent with the principles of the Charter of the United Nations*»; la proposta francese fu respinta con nove voti contro tre e sei astenuti, e prevedeva «*everyone has the right to seek asylum from persecution. The High Contracting Parties and with the United Nations, to ensure the effective granting of this right. This right may not be invoked in the case of persecutions genuinely arising from non- political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations*». Cfr. F. LENZERINI, *Asilo e Diritti umani*, cit. p.107; Cfr. BOSSUYT, *Guide to the "Travaux Préparatoires", cit*. p. 271 s.

Infine, il riferimento al diritto di asilo trovò riconoscimento in una Dichiarazione di principi adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1967[73] quindi – sebbene d'indubbia importanza in ordine alla lenta costruzione di un *jus cogens* sull'asilo – priva di portata vincolante per gli stati.

Attraverso tale Dichiarazione gli Stati chiarirono che le pratiche indicate agli artt. 13 e 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo costituiscono un atto dal carattere umanitario, rilevando quindi che ove uno Stato conceda protezione ad un individuo che ne faccia richiesta, la protezione eventualmente concessa non costituisce atto non amichevole nei confronti dello Stato di provenienza del soggetto richiedente asilo. Per rafforzare tale concezione all'art. 1 della dichiarazione fu ribadito che l'asilo può essere concesso nell'esercizio della sovranità statale secondo le forme previste dall'art. 14 e rispettate da tutti gli Stati. Sempre all'art. 1 si ribadì che ove vi siano ragioni serie di ritenere che il soggetto richiedente protezione abbia commesso un crimine contro la pace, di guerra, o contro l'umanità questo non potrà invocare alcun beneficio; la competenza a determinare se il soggetto è meritevole di ricevere la protezione richiesta spetterà sempre allo Stato di asilo il quale valuterà la sussistenza delle condizioni per accordare il beneficio.

La Dichiarazione di principi richiamata contiene alcune indicazioni d'interesse con riferimento allo spirito di solidarietà che dovrebbe governare gli Stati nella gestione dei flussi di migranti, in particolare nel secondo paragrafo fu inserito un riferimento alla cooperazione laddove uno Stato si trovi in difficoltà nel concedere o nel continuare a garantire l'asilo; in questi casi, quindi, la Dichiarazione prevede che gli altri paesi,

[73] *Declaration on Territorial Asylum, A.G. ris. 2312 (XXII*) del 14 dicembre 1967 disponibile sul sito delle Nazioni Unite www.un.org. Per un approfondimento si veda WEIS, *The United Nation Declaration on Territorial Asylum*, *cit.*

individualmente, collettivamente o attraverso le Nazioni Unite, guidati da uno spirito di solidarietà, dovrebbero considerare la possibilità di adottare misure appropriate per alleggerire la crisi che si trova ad affrontare il Paese in difficoltà.[74]

Al paragrafo n. 3 della Dichiarazione fu introdotta una norma sul principio di *non refoulement* che, come si approfondirà meglio in seguito, costruisce una norma di diritto internazionale consuetudinario che stabilisce un vero e proprio dovere, a carico degli Stati, di non negare accoglienza a favore di coloro i quali, in caso di respingimento, rischino di essere vittime di persecuzioni. Pare opportuno richiamare la norma in questione al fine di un confronto con la formulazione del principio di *non refoulement* contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951, segnatamente nella Dichiarazione è disposto che: «*no person referred to in article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution*».[75]

Nella Dichiarazione è tuttavia presente una norma che prevede la possibilità di derogare all'applicazione di tale principio per ragioni di sicurezza nazionale o perché vi è la necessità di salvaguardare la popolazione come nel caso in cui flussi di massa di richiedenti asilo lo rendano indispensabile. Quindi, ne potremmo dedurre che la Dichiarazione prevede il rispetto del principio di *non refoulement*, la possibilità di una sua deroga in determinate circostanze e l'attivazione di una cooperazione tra gli Stati fondata sullo spirito di solidarietà. Inoltre, ove gli Stati si determinano nel derogare al principio di *non refoulement* questi dovranno pur sempre garantire ai richiedenti asilo, secondo le

[74] F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani, cit*. p. 108.
[75] *Declaration on Territorial Asylum*, A.G. ris. 2312(XXII) del 14 dicembre 1967, *cit*.

condizioni da esso ritenute appropriate alle circostanze fattuali, l'opportunità, attraverso forme di asilo provvisorio o tramite qualsiasi altra modalità, di recarsi in un altro Paese.[76]

Infine, all'art. 4 della Dichiarazione è disposto che gli Stati che accordano asilo non dovranno permettere a chi usufruisca di tale beneficio di compiere atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite.

3. La Convezione di Ginevra del 1951 e il Protocollo del 1967

L'esame della natura giuridica del diritto d'asilo nel diritto internazionale deve prendere in considerazione anche quanto dispone la Convenzione di Ginevra del 1951[77], la cui importanza appare essenziale ai fini dello studio della disciplina della protezione internazionale dello straniero in Europa, poiché è su questo testo che si fonda e si richiama tutta la normativa comunitaria in tema di rifugiati, costituendone quindi la base normativa.[78]

La Convenzione relativa allo *status* di rifugiati fu approvata a Ginevra dalle Nazioni Unite il 28 luglio 1951; essa rappresenta il primo strumento convenzionale che adotta un approccio globale alla materia dei rifugiati, le cui norme sono quindi applicabili nei confronti di chiunque presenti oggettivamente gli elementi dalla stessa richiesti affinché un individuo possa essere incluso nella categoria degli aventi diritto descritta, e ciò a prescindere dalla nazionalità e dall'area geografica di provenienza[79], anche se, come si vedrà, inizialmente la

[76] *Ibidem* paragrafo 3.
[77] *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 luglio 1951.
[78] L'Unione europea richiama la Convenzione di Ginevra del 1951 all'art. 78, par. 1, TFUE, inoltre la Corte di giustizia dell'Unione l'ha considerata «*una pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati*» nella causa C-175/08, *Salahadin Abdulla e altri.*
[79] F. LENZERINI, *Asilo e Diritti Umani*, cit., p. 112.

Convenzione prevedeva delle limitazioni che furono poi rimosse con il Protocollo di New York del 1967.

Questa Convenzione rispecchia apertamente il momento storico in cui fu stipulata ed è simbolo di un preciso intento ideologico che solo successive integrazioni[80]e interpretazioni – queste ultime sempre più estensive adottate dagli Stati firmatari – riuscirono a superare facendo della stessa uno strumento ineliminabile di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.[81]

La comunità internazionale, proprio negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale, non rimase indifferente al problema dei rifugiati e questo perché in Europa la questione aveva assunto proporzioni gigantesche.[82] Il problema dei rifugiati presenti in Europa fu percepito dalle Nazioni Unite come una questione da trattare in maniera prioritaria; sull'onda di quest'avvertita esigenza fu istituita una Commissione Preparatoria per l'Organizzazione Internazionale dei Rifugiati (IRO), che fu creata nell'agosto del 1948 come organismo avente lo status di agenzia specializzata temporanea delle Nazioni Unite.[83] La materia dei rifugiati divenne di competenza dell'UNHCR nel 1952, il cui Statuto fu adottato dall'Assemblea Generale alla fine del

[80] Ci si riferisce al Protocollo di New York del 1967.
[81] B. NASCIMBENE, *Diritto degli stranieri*, *cit*., p. 1190.
[82] Secondo l'UNHCR i rifugiati in Europa erano stimati in circa ventuno milioni. Il dato è tratto dal documento dell'UNHCR, *The evolution of refugee protection*, http://unhcr.ch/issues/history/hist2.htm.
[83] *Costitution of the International Refugee Organization and Agreement on Interim Measures to Be Taken in Respect of Refugees and Displaced Person*, 15 dicembre 1946, UNTS, vol.18 p.3. Nei suoi tre anni e mezzo di attività, che terminò nel gennaio del 1952, l'IRO si occupò di oltre 1.600.000 rifugiati, riuscendo a trovare una sistemazione permanente per oltre un milione di essi e permettendone il ritorno di circa 73.000 al loro paese di origine. Per un approfondimento si veda A. GRAHL-MADSEN, "*Refugee, United Nation High Commissioner*", Encyclopedia of Public International Law, vol. 4, 2000, p. 78.

1950[84], il quale al paragrafo n. 6 forniva la definizione di rifugiato attraverso le previsioni delle competenze dell'Alto Commissariato.[85]

Quindi, la Convenzione si poneva nel solco tracciato da una serie di precedenti accordi internazionali, perlopiù stipulati sotto l'egida delle Nazioni Unite, che a partire dall'inizio del secolo scorso e in occasione

[84]Ris. 428 (V) del 14 dicembre del 1950, reperibile per intero in B. MULAMBA MBUYI, *Le réfugiés et le droit international/ Refugees and International Law*, Scarborough, 1993, p. 9 ss.

[85]Paragrafo 6 Ris. 428 (V) del 14 dicembre 1950: «*The competence of the High Commissioner shall extend to: A. (I) Any person who has been considered a refugee under the Arrangements of 12 May 1926 and of 30 June 1928 or under the Convention of 28 October 1933 and 10 February 1938, the Protocol of 14 September 1939 or the Constitution of the International Refugee Organization. (II) Any person who, as a result of events occurring before 1 Jenuary 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reason of race, religion, nationality or political opinion is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear or for reason other than personal convenience, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality or being outside the country of his former habitual residence is unable or, owing to such fear or for reasons other than personal convenience, is unwilling to return to it.Decisions as to eligibility taken by the International Refugee Organization during the period of its activities shall not prevent the status of refugee being accorded to persons who fulfill the conditions of the present paragraph. The competence of the High Commissioner shall cease to apply to any person defined in section A above if: (a) He has voluntary re-availed himself of the protection of the country of his nationality; or (b) Having lost his nationality, he has voluntary re-acquired; or (c) He has acquired a new nationality, and enjoys the protection of the country of his new nationality; or (d) He has voluntarily re-established himself in the country which he left or outside which he remained owing to fear or persecution; or (e) He can no longer, because of the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, claim grounds other than those of a personal convenience for continuing to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality. Reasons of a purely economic character may not invoked; or (f) Being a person who has no nationality, he can no longer, because of the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist and he is able to return to the country of his former habitual residence, claim grounds other than those of a personal convenience for continuing to refuse to return to that country; B. Any other person who is outside the country of his nationality, the country of his former habitual residence, because he has or had well-founded fear of persecution by reason of his race, religion, nationality or political opinion and is unable or, because of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of the government of the country of his nationality, or is he has no nationality, to return to the country of his former habitual residence*».

dei conflitti mondiali avevano predisposto normative *ad hoc* per la protezione dei rifugiati.[86]

L'oggetto della Convenzione è costituito dalla definizione dello *status* di rifugiato; dalla determinazione delle condizioni per l'attribuzione del relativo *status* e dei diritti e obblighi scaturenti da tale condizione giuridica.

Uno degli aspetti più importanti della Convenzione di Ginevra del 51 è, come si anticipava, proprio quello di aver fornito la definizione di rifugiato, segnatamente all'art. 1, sezione a) comma 2 si legge: «*For the purpose of the present Convention, the term "refugee" shall apply to any person who: (1) Has been considered a refugee under the Arrangements of 12 May and 30 June 1928 or under the Conventions of 28 October 1933 and 10 February 1938, the Protocol of 14 September 1939 or the Constitution of the International Refugee Organization […] (2) As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reason of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or, owing to such fear, unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it […]*»[87]; al paragrafo secondo la norma continua con una limitazione geografica, poi successivamente

[86] Seguendo la ricostruzione che fa B. NASCIMBENE, *Diritto degli stranieri*, 2009, p.1191, il riferimento è all'accordo del 1921 relativo ai rifugiati russi, a quelli del 1924, 1926 e 1928 in favore dei profughi armeni, assiri, assiro-caldesi, ruteni, montenegrini, ebrei e turchi, nonché di quelli, adottati sempre sotto l'egida della Società delle Nazioni, adottati nel 1933 per i rifugiati provenienti dalla Spagna e nel 1938 per coloro che fuggivano, dalla Germania e dall'Austria, le persecuzioni del regime nazista.

[87] Art. 1 Convenzione di Ginevra del 1951.

eliminata con il Protocollo di New York del 1967, prevendendo che «*For the purpose of this Convention, the words "events occurring before 1 January 1951" in art. 1, section A, shall be understood to mean either (a) "events occurring in Europe before 1 January 1951"; and each Contracting State shall make a declaration at the time of signature, ratification or accession, specifying which of these meanings it applies for the purpose of its obligations under this Convention. (2) Any Contracting State which has adopted alternative (a) maya t any time extend its obligations by adopting alternative (b) by means of a notification addressed to the Secretary- General of the United Nations*».[88]

Dalla lettura della norma appena richiamata si rileva che essa conteneva nella sua versione originaria due limitazioni al riconoscimento dello *status* di rifugiato. La prima era di carattere temporale: infatti, secondo la disposizione gli individui potevano ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato solo con riferimento a eventi accaduti prima del 1°gennaio 1951. La seconda limitazione era di carattere geografico: gli avvenimenti in questione dovevano o essersi verificati in Europa.

La *ratio* di tali limitazioni trovava giustificazione nella cornice storica in cui s'inserisce la Convenzione, la quale aveva il fine non di creare uno strumento di protezione del rifugiato che operasse *a regime* e che fornisse una definizione astratta di persecuzione, bensì di intervenire in un particolare momento storico[89]per porre rimedio alla mancanza di protezione internazionale e tutela giuridica in capo a soggetti che avevano patito le atrocità di quegli anni.[90]

[88] Art. 1 paragrafo 2 Convenzione di Ginevra del 1951.
[89] La fine della seconda guerra mondiale e l'inizio della guerra fredda.
[90] In questo senso B. NASCIMBENE, *cit*., p. 1190.

La limitazione temporale e quella geografica contenute furono eliminate con il Protocollo di New York del 1967[91]; la Convenzione acquistò così una funzione di tutela realmente generalizzata del rifugiato, impegnando gli Stati contraenti anche in relazione ad eventi futuri, purché rientranti nella fattispecie descritta dall'art. 1 della Convenzione, e che qui di seguito si analizzerà.

Prima di passare all'analisi della norma si precisa che per quanto attiene alla limitazione geografica, occorre operare un'ulteriore considerazione di interesse storico. L'applicazione di questa limitazione era solo eventuale e la sua funzione era strettamente politica, poiché limitare l'applicazione della Convenzione di Ginevra ad avvenimenti verificatisi in Europa di fatto comportò per molti anni la possibilità di escludere dallo statuto, che questa prevedeva, coloro che non fuggissero dai regimi socialisti dell'Europa dell'est, circostanza questa che venne definitivamente a cadere con il recepimento della Convenzione da parte degli stessi paesi dell'Europa dell'est il primo dei quali, l'Ungheria, appose la propria firma nel settembre 1989.[92]

[91] Il Protocollo, firmato a New York il 31.1.1967, fa seguito alla Risoluzione n.2198 dell'1.12.1966 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e costituisce un accordo nuovo e autonomo per gli Stati che non avevano aderito alla Convenzione del 1951 non prevedendo alcuna limitazione geografica. Per gli Stati che avevano già sottoscritto la Convenzione di Ginevra del 1951 ne modifica invece il contenuto (salva la riserva geografica per chi l'aveva adottata), eliminando la limitazione temporale. Come segnala B. NASCIMBENE, *cit. supra, «Già in colloquio tenutosi a Bellagio (21/28 aprile 1965) su Legal aspects of refugee problems with particular reference to the 1951 Convention and the statute of the Office of the UNHCR fu esaminata la possibilità di rimuovere il limite temporale, tenendo conto della effettiva situazione determinatasi alla fine degli anni 50 ed all'inizio dei 60 soprattutto in Africa e delle discrepanze fra i testi dell'Alto Commissariato e della Convenzione. Due erano le alternative prospettate: o una modifica della Convenzione del 1951 o la stipulazione di un nuovo accordo che rimuovesse il limite temporale o quello geografico»*; per un ulteriore approfondimento si veda P. WEIS, in *The British Year Book of International Law*, 1967, p. 39.

[92] B. NASCIMBENE, *cit*. p. 1191.

L'art. 1 rappresenta il nucleo essenziale della Convenzione poiché in esso è contenuto l'obbligo degli Stati parti di garantire protezione a favore degli stranieri e degli apolidi, i quali – essendo sottoposti a un pericolo di persecuzione per una delle cause previste dalla norma e non potendo usufruire di protezione nel paese da cui provengono – soddisfano i requisiti richiesti per integrare la definizione di rifugiato; per cui il ruolo degli Stati, in cui viene presentata la richiesta di protezione, è quello di surrogare il Paese di cittadinanza o di residenza abituale del rifugiato qualora sia provato che questo paese non sia in grado o non abbia l'intenzione di offrire la suddetta protezione. Nella *ratio* della Convenzione, quindi, deve crearsi una situazione anomala perché la tutela richiesta dovrebbe essere offerta dal paese di cittadinanza o abituale residenza, nel senso che l'individuo dovrebbe in via primaria ottenere protezione dal proprio paese di origine o di abituale residenza. La sussistenza di tale anomalia farebbe sorgere in capo allo Stato di rifugio l'obbligo di rimpiazzare la protezione, che avrebbe dovuto garantire lo Stato di origine, con la precisazione che quest'obbligo sussiste per il tempo strettamente necessario a coprire il vuoto di protezione; infatti, il suddetto obbligo di protezione in capo allo Stato di rifugio si esaurisce nel momento in cui vengano meno i motivi di rischio che avevano determinato il riconoscimento dello *status* di rifugiato o la persona interessata possa nuovamente usufruire della protezione del paese di provenienza o di un altro Stato del quale nel frattempo abbia acquisito la cittadinanza.[93]

Con riferimento a questo primo aspetto della Convenzione, nella prassi attuativa è sorta la seguente questione: una volta che un individuo abbia ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato in uno Stato parte delle Convenzione, l'obbligo di fornire la protezione così come

[93] Art. 1 lett. *c)* Convenzione di Ginevra del 1951.

disciplinato dalla Convenzione stessa rimarrà circoscritto al Paese di rifugio o al contrario, si estenderà anche a tutti gli altri Stati che hanno ratificato la Convenzione.[94]

In dottrina è stato rilevato che qualora si propendesse per la seconda soluzione si giungerebbe a una posizione che non solo non trova appigli nel testo della Convenzione ma non sarebbe neppure suffragata dallo scopo della stessa; ciò perché tale soluzione condurrebbe alla conclusione che un rifugiato, una volta che sia stato riconosciuto tale dalle autorità competenti di uno degli Stati parti, abbia titolo a usufruire dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, inclusi i diritti d'ingresso e soggiorno, anche nel territorio di tutti gli altri Paesi.[95]Questa interpretazione non può essere seguita poiché lo scopo della Convenzione è quello di surrogare alla mancanza di protezione da parte del paese di provenienza del rifugiato, dunque una volta che la protezione sia stata garantita da uno degli Stati parti, e il pericolo di persecuzione sia stato scongiurato, non sussisterebbe più la necessità che gli altri paesi facciano lo stesso, essendo il fine della Convenzione già stato realizzato.[96]Tuttavia, ove sia sorto un rischio effettivo di persecuzione anche nel paese in cui è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato, e quindi non essendo più in grado di offrire la protezione necessaria, la persona interessata ha il diritto di ottenerla presso un altro Stato parte della Convenzione.[97]

La persecuzione, infatti, è l'elemento centrale della definizione di rifugiato offerta dalla Convenzione. Tuttavia, dalla lettura della norma

[94] Tribunale Amministrativo del Lazio, n.80 *Costantinescu c. Ministero dell'Interno e Ministero del Lavoro e della previdenza sociale*, 20 novembre 1974.
[95] F.LENZERINI, *Asilo e diritti umani, cit*., p. 155, nello stesso senso GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International law*, *cit*. p. 398 ss.
[96] *Ibidem.*
[97] *Ibidem.*

non appare specificato quali situazioni specifiche possono essere ricondotte a tale fattispecie, né la norma offre esemplificazioni. Ne deriva che è compito degli Stati determinare quali comportamenti messi in atto da un'autorità statuale o da altri agenti possano fondare un giustificato motivo di persecuzione.

I contraenti quindi non si sono spinti sino all'indicazione di una definizione di persecuzione, tuttavia si sono soffermati in modo analitico sull'indicazione dei motivi che possono far scaturire la persecuzione, infatti, sono elencati quali motivi di persecuzione: la razza; la religione; la nazionalità, l'appartenenza a un determinato gruppo sociale; le opinioni politiche.

Come si evince dalla lettura della norma uno dei motivi rimasto fuori dall'elencazione è quello *economico,* come si approfondirà in seguito e a conclusione di questo lavoro, la povertà non ha mai dato, e continua a non dare, alcun diritto di richiedere protezione; così la fame e la disperazione, che spinge milioni di uomini a migrare verso i paesi del benessere non costituisce valido titolo per richiedere accoglienza, in conseguenza di ciò l'ondata di profughi si ferma innanzi alle frontiere costituite ancora oggi, come un tempo, da barriere di filo spinato.

Tuttavia, con la sola esclusione economica, il resto dell'elencazione dei motivi di persecuzione appare abbastanza soddisfacente, inoltre la prassi giurisprudenziale ha notevolmente arricchito il novero dei motivi di persecuzione, per cui sembrerebbe difficile ipotizzare una persecuzione che non rientri in almeno una di quelle categorie elencate; non a caso la categoria dell'appartenenza a un gruppo sociale è una dizione che assume la funzione di clausola generale all'interno della norma, rinviando così a motivi non espressamente inclusi nell'elencazione quali

quello sessuale nei confronti delle donne o degli omosessuali, o quello della differenza linguistica.

Restano esclusi dalla nozione di rifugiato, indicata nella Convenzione di Ginevra, coloro che fuggono dal proprio Paese, individualmente o in occasione di esodi di massa, a seguito di eventi che ne possano mettere astrattamente in pericolo anche la vita ma che non siano riconducibili a vere e proprie persecuzioni individuali, come potrebbero essere ad esempio le guerre, le guerre civili, occupazioni straniere o casi di diffuse violazioni dei diritti umani.

Questa particolare categoria è definita *displaced person* ed è distinta da quella indicata nella Convenzione di Ginevra, infatti, trova puntuale precisazione in alcuni accordi internazionali, della quale il più importante è costituito da la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA)[98] relativa al problema dei rifugiati in Africa.[99]

A tale proposito, come si vedrà oltre, un ruolo fondamentale appare quello offerto dalla normativa dell'Unione europea che ha esteso la disciplina sull'asilo ai beneficiari di protezione sussidiaria.

Dovendo dare una definizione di persecuzione, la più autorevole dottrina internazionalistica ha formulato delle esemplificazioni del termine in questione, finendo così per fare coincidere la persecuzione con tutte le misure contrarie alla dignità umana o con le discriminazioni.[100]

[98] La Convenzione è stata adottata dalla Conferenza di Capi di Stato e di Governo dell'OUA riuniti ad Abeba il 10 settembre 1969 ed entrata in vigore il 20 giugno 1974, in *United Nations Treaty* Series, n. 14691.

[99] La Convenzione OUA stabilisce che debba definirsi rifugiato, anche laddove non trovi applicazione la Convenzione di Ginevra, «*ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origini o di cittadinanza, è obbligata ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori dal Paese di origine o di cittadinanza*».

[100] In questo senso B. NASCINBENE, *cit*., p. 1193; P. WEIS, *Le concept de réfugié en droit international*, 1960, p. 971 ove sostiene che debbano considerarsi persecutorie

Le norme della Convenzione proseguono all'art. 2 con l'indicazione degli obblighi gravanti in capo a chi abbia ottenuto lo *status* di rifugiato in un paese straniero «*every refugee has duties to the duties in which he finds himself, which require in particular that he conform to its laws and regulations as well as to measures taken maintenance of public order*»[101]; all'art. 3 con il principio di non discriminazione nell'applicazione delle disposizioni del trattato stabilendo che le norme della Convenzione devono essere applicate «*to refugees without discrimination as to race, religion or country of origin*»[102]; all'art. 4 si riconosce il diritto dei rifugiati di poter usufruire di un trattamento favorevole, almeno come quello accordato ai cittadini, in relazione «*to freedom to practise their religion and freedom as regards the religious education of their children»*[103]*;* all'art. 5 è stabilito che nessuna delle norme della Convenzione potrà essere interpretata in modo da indebolire eventuali diritti riconosciuti dagli Stati parti ai rifugiati al di fuori della stessa.

Indice del carattere umanitario della Convenzione di Ginevra del 1951 pare essere la disposizione contenuta all'articolo 7[104], ove si esclude che

tutte le misure contrarie alla dignità umana; A. GRAHL – MADSEN, *The Status of Refugees in International Law,* Leyden, 1966.

[101] Art. 2 Convenzione di Ginevra del 1951.

[102] Art. 3 Convenzione di Ginevra del 1951.

[103] Art. 4 Convenzione di Ginevra del 1951.

[104] Art. 7 Convenzione di Ginevra del 1951: «*1 . Except where this Convention contains more favourable provisions, a Contracting State shall accord to refugees the same treatment as is accorded to aliens generally. 2. After a period of three years'residence, all refugees shall enjoy exemption from legislative reciprocity in the territory of the contracting States. 3. Each contracting State shall continue to accord to refugees the rights and benefits to which they were already entitled, in the absence of reciprocity, at the date of entry into force of this Convention for that State. The Contacting States shall consider favourably the possibility of according to refugees, in the absence of reciprocity, rights and benefits beyond those to wich they are entitled according paragraphs 2 and 3, and to extending exemption from reciprocity to refugees who do not fulfil the conditions provided for in paragraphs 2 and 3. 5. The provisionsof paragraphs 2 and 3 apply both to the rights and benefits referred to in Articles 13, 18, 19, 21 and 22 of this Convention and to rights and benefits for*

l'applicazione delle norme della Convenzione possano essere soggette a reciprocità. Questa regola è tuttora sottoposta ad alcune condizioni; quindi la Convenzione continua negli articoli seguenti a disciplinare i diritti dei rifugiati agli stessi riconosciuti in base al principio di non discriminazione e trattamento paritario tra rifugiati e altri stranieri.

Dall'art. 25 all'art. 30 della Convenzione di Ginevra sono previste alcune misure amministrative, in base alle quali: 1) deve essere permesso al rifugiato l'esercizio di un diritto che normalmente richiederebbe l'assistenza di un'autorità di un paese straniero cui non può farsi ricorso, in questi casi tale autorità sarà sostituita dalle autorità dello Stato ospite o da un organismo internazionale[105]; 2) a chi sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato ai sensi dell'art.1deve essere riconosciuto il diritto di usufruire della stessa libertà di movimento prevista per gli stranieri[106]; 3) qualora il rifugiato non possieda già un valido documento di viaggio, a questo è riconosciuta la possibilità di ottenere una carta d'identità[107] e un documento per l'espatrio, salvo i casi in cui ciò non sia reso possibile dall'esigenza di salvaguardare irresistibili esigenze di sicurezza dello Stato ospite[108]; 4) anche sugli oneri fiscali deve essere osservato il principio di non discriminazione per cui ai rifugiati è riservato lo stesso trattamento previsto per i cittadini[109]; 5) i rifugiati hanno inoltre il diritto di trasferire i beni acquistati nello Stato di rifugio presso il territorio del paese verso il Paese in cui sono stati ammessi e ciò al fine di un eventuale ristabilimento.[110]

---

which this Convention does not provide».

[105] Art. 25 Convenzione di Ginevra del 1951.
[106] Art. 26 Convenzione di Ginevra del 1951.
[107] Art. 27 Convenzione di Ginevra del 1951.
[108] Art. 28 Convenzione di Ginevra del 1951.
[109] Art. 29 Convenzione di Ginevra del 1951.
[110] Art. 30 Convenzione di Ginevra del 1951.

Di particolare rilevanza sono gli articoli dal 31 al 34 poiché prevedono la disciplina del trattamento dei rifugiati che si trovano illegalmente nel territorio dello Stato di rifugio[111], dell'espulsione[112] e la naturalizzazione[113], la norma certamente più rilevante è quella prevista dall'art. 33 ove è sancito il principio di *non refoulement.*[114]

Prima di passare all'analisi del principio di *non refoulement*, occorre ultimare alcune precisazioni sulla Convenzione di Ginevra del 1951.

Come si rileva nel dibattito dottrinale contemporaneo, la Convenzione di Ginevra, così come modificata dal Protocollo di New York del 1967, sebbene continui a essere la pietra angolare della normativa internazionale in materia di asilo, è certamente perfettibile poiché contiene delle mancanze ormai non più tollerabili nel diritto internazionale contemporaneo; il riferimento è ad esempio all'assenza di una norma attributiva del diritto di asilo agli individui rientranti nella definizione dell'art. 1(A)1 della Convenzione, in altri termini è data la definizione di rifugiato ma manca una norma esplicita sul diritto di asilo. A questo si aggiunge che l'ambito applicativo della definizione di rifugiato appare troppo angusto alla luce dell'evoluzione che ha contraddistinto l'ordinamento giuridico internazionale per quanto riguarda la materia dei diritti umani in particolare, la Convenzione del 51 non riconosce lo *status* di beneficiario della protezione sussidiaria. Come osserva autorevole dottrina:«*in termini di logica giuridica, infatti, la limitazione della protezione a favore dei soli individui i cui diritti fondamentali siano minacciati da una persecuzione mal si concilia con la connotazione umanitaria che permea il contesto della tutela dei*

[111] Art. 31 Convenzione di Ginevra del 1951.
[112] Art. 32 Convenzione di Ginevra del 1951.
[113] Art. 34 Convenzione di Ginevra del 1951.
[114] Il principio di *non refoulement* sarà approfondito nel paragrafo seguente.

rifugiati, posto che, alla luce dell'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo, il carattere di inderogabilità delle norme che salvaguardano i diritti umani basilari risiede nella natura di assoluta preminenza di tali norme (che, in principio, presuppongono quindi un obbligo a carico degli Stati di eliminare gli elementi che impediscano il godimento di tali diritti, di qualsiasi natura essi siano) e non dei motivi per cui esse corrano il rischio di essere violate».[115]

La dottrina contemporanea, alla quale si aderisce, è pervenuta a una nuova interpretazione della Convenzione di Ginevra del 1951, necessitata dall'esigenza di considerare il tema dei rifugiati in connessione con la materia dei diritti umani. A tal proposito sembrano condivisibili le conclusioni di Lenzerini e di Salerno, in particolare quest'ultimo sostiene che: «*per le caratteristiche della Convenzione del 1951, l'aspettativa di protezione internazionale dell'asilante è un "diritto" che gli spetta e che egli può invocare nello Stato di rifugio parte della medesima Convenzione. La natura di questa legittima aspettativa internazionale è tanto più esplicata per quegli individui, come i somali, che fuggono da uno Stato fallito, nel quale la stessa assenza di una organizzazione giuridica collettiva preclude il godimento di diritti politici. Ragionando intorno a questo caso-limite, appare difficile ricostruire l'attribuzione dello status di rifugiato, come un diritto dello Stato di rifugio, quasi in reazione all'obbligo violato dallo Stato di provenienza dell'asilante. Appare invece più coerente convenire che l'attribuzione dello status di rifugiato, in base alla Convenzione, avvenga in adesione agli scopi umanitari di questa e dunque si risolve nel rapporto tra l'individuo aspirante a tale riconoscimento e lo Stato di rifugio tenuto a conferirli lo status di rifugiato ove ne sussistano le*

[115] F.LENZERINI, *Asilo e diritti umani, cit*., p. 160.

condizioni previste dalla Convenzione nella sua interpretazione corrente».[116]

La Convenzione di Ginevra del 1951 è stata definita in dottrina come "*trattato regime*" in grado di imporre obblighi di natura solidale[117], nel senso che gli Stati parte sono obbligati a impegnarsi in solido per il rispetto dei principi in essa contenuti. Ad avviso di una parte della dottrina[118], l'obbligo di tutela dell'asilante in capo agli Stati, derivante dalla Convenzione del 1951, ha indotto questi ultimi a ricorrere ad altri strumenti pattizi per mantenere o aumentare la tutela, e quindi gli Stati si sono anche affidati a quelle organizzazioni internazionali cui sono trasferite competenze sul trattamento dei rifugiati. In tal modo, si spiegherebbero l'attività dell'Unione europea e la *ratio* dell'art. 78, par. 1 del TFUE, il quale attribuisce la competenza all'Unione in tema di rifugiati indicando altresì l'obiettivo della costruzione di un sistema europeo comune di asilo fondato sui principi di fiducia reciproca tra Stati e mutuo riconoscimento.

Si ritiene, in questa prospettiva che il ruolo svolto dall'Unione europea sia decisivo e fondamentale per la tutela dei rifugiati, e costituisca un avanzamento delle garanzie offerte dal diritto internazionale, nel novero del quale la disciplina si esaurisce con la Convenzione del 1951 e con il principio di *non refoulement* quale unica norma di diritto consuetudinario.

4. Il principio di non refoulement

[116] F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement*, in Procedure e garanzie del diritto di asilo X corso seminariale in collaborazione con la Misericordia di Isola Capo Rizzuto, C. FAVILLI (a cura di), CEDAM, 2011, p. 13-14.
[117] Cosi F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement*, in Procedure e garanzie del diritto di asilo X corso seminariale in collaborazione con la Misericordia di Isola Capo Rizzuto, C. FAVILLI (a cura di), CEDAM, 2011, p. 10 e ss.
[118] *Ibidem*.

La Convenzione di Ginevra del 1951 ha esplicitato il contenuto del principio in esame all'art. 33, ove si legge: «1. *No Contracting State shall expel or retur ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatenened on account of his race, religion, nationality, membership of particular social group or political opinion*».[119]

Il limite all'applicazione del principio è indicato al paragrafo 2 dell'art.33 della Convenzione: « *2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is or who, having been convicted by a dinal judgement of a particularly serious crime, costitutes a danger to the community of that country*».[120]

Per la sua natura di norma consuetudinaria, dal principio di *non refoulement* discendono obblighi gravanti non solo per gli Stati parti della Convenzione, con la precisazione però che per gli Stati non aderenti alla Convenzione discende sostanzialmente un obbligo di *non facere* che si concretizza nel divieto di respingere verso lo Stato di provenienza, quanti hanno intenzione di chiedere asilo altrove, collaborando con gli Stati di rifugio per la loro accoglienza.[121]

Bisogna chiarire che quando un individuo si reca in un Paese al fine di richiedere protezione potrà invocare il riconoscimento dello *status* di rifugiato ove non solo possieda i requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 ma lo Stato cui chiede protezione sia obbligato a rispettare le procedure previste dal trattato perché Stato parte dello stesso, e questo in ragione del fatto che l'intera disciplina prevista è

[119] Art. 33 Convenzione di Ginevra de 1951 *cit*.
[120] Art. 33, par. 2 Convenzione di Ginevra del 1951 *cit*.
[121] F. SALERNO, *cit.*, p.19.

vincolante solo per gli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione. Nel caso in cui, invece, l'individuo si rechi in uno dei pochi Stati che non hanno sottoscritto la Convenzione, o nel caso in cui questo non possieda i requisiti previsti per ottenere lo *status* di rifugiato, potrà richiedere "asilo" nel senso tradizionale del termine; in questo caso, quindi, allo straniero o apolide è riconosciuto un livello più basso di tutela, poiché non sussistono i requisiti per accedere al sistema della Convenzione di Ginevra del 1951. Qualora, lo straniero o apolide non possa accedere nemmeno a questo livello più basso di tutela, potrà sempre ricorrere a un altro sistema di protezione derivante dall'obbligo gravante sul governo territoriale di astenersi dal respingere uno straniero o apolide verso uno Stato in cui lo stesso rischierebbe di essere sottoposto a trattamenti di carattere persecutorio.

Quest'ultimo livello di protezione amplia il piano di operatività dell'asilo poiché permette di estendere l'applicazione dell'istituto in esame anche a situazioni che non soddisfino le condizioni previste dall'art. 1 della Convenzione del 1951 per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, in questa prospettiva il principio di *non refoulement* costituisce una formula di salvaguardia sussidiaria di applicazione dell'asilo.

Ripetendo quanto già più volte espresso, la dottrina contemporanea ha operato una rivalutazione dell'istituto dell'asilo cercando di farne emergere la sua funzione d'istituto a tutela dei diritti fondamentali, in questa prospettiva il principio di *non refoulement* è stato definito quale «*nucleo essenziale del diritto di asilo, considerato non più sotto l'accezione di facoltà dello Stato inerente alla propria sovranità territoriale, bensì come diritto dell'individuo esercitabile in deroga alla medesima. Lo sviluppo del principio in esame ha in altri termini costituito il primo rilevante passo verso la trasformazione dell'istituto*

dell'asilo da fattispecie accessoria alla sovranità territoriale ad istituzione umanitaria finalizzata alla protezione internazionale degli individui che non possono usufruire della tutela del paese di cittadinanza (o nel caso degli apolidi di residenza abituale)».[122]

Il principio in esame deve essere applicato ogni qualvolta lo straniero rischi, in caso di respingimento, di subire una lesione dei propri diritti fondamentali universalmente riconosciuti, e gli Stati aderenti alla Convenzione del 1951 dovranno applicare la norma contenuta all'art. 33 e quindi concedere la protezione alla persona che la invoca.

In particolare, va osservato che il principio di *non refoulement* non si attiva al fine di impedire meri episodi di respingimenti sommari e non autorizzati da autorità territoriali competenti, diversamente basterebbe ottenere tali autorizzazioni per respingere gli stranieri; al contrario, quel che rileva, è il pericolo che possa concretamente subire la persona una volta respinta; di talché il principio può essere invocato da chi subisce regolari provvedimenti di espulsione o di estradizione.

L'estensione del principio di *non refoulement* anche ai casi di estradizione trova conferma nell'art. 3 della Convenzione Europea sull'estradizione del 1957[123], nella conclusione n.17 (XXXI) del 1980

[122] F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, *cit*., p. 337.

[123] Art. 3 della Convenzione Europea sull'estradizione del 1957: «*extradition shall not be granted […] if the requested party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of protecting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that person's position may be prejudiced for any of these reasons*».

relativa ai problemi dell'estradizione concernenti i rifugiati[124], nonché nella prassi giurisprudenziale.[125]

I casi di espulsione dello straniero sono disciplinati dall'art 32 della Convenzione del 1951, ove è previsto che l'espulsione di un rifugiato legalmente residente nel territorio di uno degli Stati parti possa essere disposta soltanto "*on grounds of a national security or public order*"; dunque, il potere di espellere un rifugiato, sottoposto alle indicazioni previste dall'art. 32, trova uno sbarramento ove dall'espulsione discenderebbe un respingimento dell'individuo verso un Paese in cui la sua vita o la sua libertà sia in pericolo.

Ai fini dell'applicazione del principio di *non refoulement,* a nulla rileva la circostanza che l'individuo abbia fatto ingresso illegalmente nel territorio dello Stato che vorrebbe respingerlo.[126]

In verità, quanto alla possibilità di estendere il principio di *non refoulement* anche a coloro che si trovino alla frontiera, inteso come divieto di respingimento alla frontiera di chi fugge da un Paese in cui la sua vita o libertà sarebbero in pericolo, occorre chiarire che l'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 non ha ricevuto un'interpretazione sempre unanime, al contrario si può affermare che la lettura evolutiva della norma conduce oggi a un ampiamento del suo

[124] UNHCR Executive Committe, Conclusion n.17 (XXXI)- 1980, Problems of Extradition affecting Refugees, NU doc. A/AC.966/588 del 1980, par. 48 (2) lett. (b) ss, nel quale si dispone che non dovrebbe essere concessa l'estradizione dei rifugiati verso un paese in cui essi avrebbero un fondato timore di persecuzione per una delle ragioni enucleate dall'art. 1A (2) della Convenzione di Ginevra, e si raccomanda agli Stati di tenere in debito conto il principio di non refoulement nella redazione dei trattati di estradizione e nella fase applicativa degli stessi.

[125] Corte Edu, sentenza *Soering c. Regno Unito*, 07.07.1989.

[126] Le autorità statali non potranno, a norma dell'art. 31 della Convenzione, imporre delle sanzioni a chi sia entrato nel territorio dello Stato in violazione delle modalità di ingresso predisposte dalla legge nazionale, ove l'individuo sia giunto "*directly from a territory where [his/her] life or freedom was threatened on the sense of Article 1*".

raggio di azione. Infatti, la stessa dottrina si è divisa sulla questione tra i fautori di un'interpretazione restrittiva della norma[127], e sostenitori della tesi secondo cui il principio di *non refoulement* include anche l'obbligo di non respingimento alla frontiera[128], tesi oggi avvalorata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Aderendo alla tesi dell'interpretazione estensiva della norma della Convenzione del 1951 sul principio di *non refoulement* si seguirà qui il ragionamento proposto in dottrina[129]per dimostrarne la logica giuridica di tale interpretazione. Un primo elemento a favore della tesi, che qui si sostiene, è ancorato alla terminologia usata nell'art. 33 ove si legge che uno Stato dovrà astenersi dall'«*expel[ling] or return[ing] (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened»,* dalla cui lettura pare potersi attribuire anche il significato di non respingimento alla frontiera poiché sono stati utilizzati nella versione francese della Convenzione sia il termine *expulsera* che il termine *refouler* e ciò starebbe ad indicare la sussistenza di due situazioni differenti, in quanto con il primo si intenderebbe l'allontanamento di uno straniero già presente nel territorio.

---

[127] Rappresentata da autori come ad esempio: N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees*: *A Commentary,* New York, 1953, p. 163; S. AGA KHAN, *Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons,* 149 Recueil, 1976, vol.I, 287, p.318 ss.; GRAHL- MADSEN, *Terrirorial Asylum*, cit., p. 40.

[128] WEIS, *Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951*, cit., p. 482 s.; F. SCHNYDER, *Les aspects juridiques actuel du problème des réfugiés,* 114 Recueil, 1965, vol.I, 335, p.381; KRENZ, *The refugee as a Subject of International Law*, cit., p. 104; D. GRIEG, *The Protection of Refugees and Customary International Law*, 8 *Australian* YIL, 1984, 108, p.134; K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?,* 26 VJIL, 1986, 857, p. 862; R. PLENDER, *The Present State of Research Carried Out by the English- Speaking Section of the Centre for Studies and research,* in Académie de droit international de la Haye- Centre d'Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, 1989- Le droit D'Asile/ The Right of Asylum, Dordrecht/Boston/London, 1990, 63, p. 89; G. CARELLA, Esodi di massa e diritto internazionale, 75 RDI, 1992, 903, p. 909.

[129] F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, cit., p. 345.

Un secondo elemento a sostegno della tesi è dato dal valore che la dottrina ha riconosciuto al principio in esame nel quadro del diritto internazionale contemporaneo: un principio di *ius cogens* a tutela dell'individuo che non può essere «*scalfito dalle circostanze relative alla componente territoriale della fattispecie concreta»*.[130]Infine, l'ultima argomentazione è offerta dalla prassi successiva alla Convenzione del 1951 caratterizzata dal fatto che molti strumenti internazionali emanati dopo il 1951 in materia di asilo e protezione dei rifugiati[131]includono espressamente nel concetto di *non refoulement* il respingimento alla frontiera.

Autorevole dottrina[132]ha posto in luce come la presente questione, nella maggior parte dei casi, sia, di fatto, un falso problema poiché gli individui nel momento in cui avanzano una domanda di asilo alle autorità di un determinato Stato si trovano in luoghi come aeroporti, dogane o porti che già fanno parte del territorio di quello Stato e sono quindi soggetti già alle autorità dello stesso, ne conseguirebbe che la persona che chiede protezione abbia già fatto ingresso fisicamente nel suddetto territorio.

In verità, non si può fare a meno di notare che, se è pur vero che determinati luoghi sono già di per se parte del territorio di uno Stato[133], la questione non è a fatto di "*lana caprina*" poiché nel momento in cui si

[130] *Ibidem.*

[131] Art. 3 (1) della Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale; i Principi concernenti il Trattamento dei Rifugiati del Comitato Consultivo Afro Asiatico; l'art, 2 paragrafo 3 della Convenzione africana del 1968; la Dichiarazione di Cartagena del 1984.

[132] GOODWIN-GILL G.S. and MC ADAM J., *The Refugee in International Law,* 3^Ed., Oxford, 2007, p. 207.

[133] Si veda a tal proposito la sentenza della Corte Edu nel caso *Hirsi* c. Italia, in cui i giudici di Strasburgo hanno chiarito che il respingimento operato in mare dalle navi battenti italiane era stato compiuto in violazione del principio di *non refoulement*, poiché già la nave rappresentava estensione del territorio italiano e dunque ai migranti andava assicurata la possibilità di presentare la domanda di asilo.

scrive si assiste all'innalzamento di cortine di filo spinato lungo i confini di molti Paesi dell'area balcanica, così come in Macedonia senza contare la promessa elettorale di Donald Trump di costruire un nuovo muro al confine tra Stati Uniti e Messico, e ciò impone un interrogativo: la persona che si trova al di là della cortina di filo spinato ha diritto di chiedere asilo allo stato che non gli permette di varcare il confine? Inoltre, la questione oggi appare di particolare interesse se si pensa che molti Paesi dell'area *Schengen* vogliono ripristinare i confini al solo fine di non concedere protezione ai migranti.

La conclusione che il principio di *non refoulement* debba essere applicato anche allo straniero che si trovi alla frontiera conduce a risolvere un altro interrogativo, questa volta relativo allo *status* degli individui che possono beneficiare della protezione accordata dall'art. 33 della Convenzione, in quanto: «*ove si ritenga che il divieto di non refoulement includa anche quello di respingimento alla frontiera, ne consegue necessariamente che esso si estende anche a persone il cui status di rifugiato non sia ancora stato ufficialmente riconosciuto dalle autorità dello Stato presso cui viene invocata la protezione. Infatti, in linea di principio, è inverosimile che una persona possa ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato da parte delle autorità di un determinato Stato se non fa prima ingresso nel territorio dello stesso, e se viene respinto alla frontiera è inevitabilmente privato della possibilità di presentare la domanda per ottenere tale riconoscimento*».[134]Da quest'assunto ne deriva che poiché il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha una natura meramente dichiarativa, la Convenzione utilizza il termine "rifugiato" non soltanto con riferimento ai rifugiati il cui *status* sia stato ufficialmente riconosciuto, ma a tutti quelli che,

[134] F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, cit., p. 346.

oggettivamente, possiedono i requisiti previsti dall'art. 1A(2) per acquisire la titolarità al riconoscimento di tale *status*.

Alla luce delle considerazioni svolte può sostenersi che il principio in esame ha carattere assoluto, nel senso che gli Stati, ove sussistano i requisiti indicati all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, non solo sarebbero obbligati ad astenersi dal respingere gli stranieri già presenti alla frontiera, ma anche a evitare di adottare misure, destinate a operare fuori dalla loro giurisdizione, che abbiano un effetto identico al *non refoulement,* ci si riferisce a quelle misure che impediscono a stranieri la cui vita o libertà siano in pericolo di raggiungere le zone sottoposte alla giurisdizione dello Stato agente per invocare protezione. Autorevole dottrina a tal proposito ha attribuito al principio in esame carattere *extraterritoriale.*[135]

5. L'asilo nel diritto internazionale contemporaneo: una lettura evolutiva

Al termine di questa breve ricostruzione sulla natura giuridica del diritto di asilo nel diritto internazionale generale, occorre mettere in luce l'evoluzione compiuta in materia negli ultimi 50'anni. Per il presente lavoro di ricerca, l'indagine svolta finora, e la conclusione che si sta per presentare, rappresenta la base scientifica sulla quale costruire un ragionamento logico giuridico intorno al sistema europeo comune di asilo in Europa; e più precisamente sulla portata della clausola di sovranità contenuta nel regolamento Dublino III. Infatti, la clausola di sovranità è azionabile dallo Stato membro che deve trasferire il

[135] F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, *cit*., p. 347 ove l'autore motiva la sua conclusione sostenendo che la stessa è coerente con i principi generali del diritto internazionale, in quanto un obbligo gravante su uno Stato non esaurisce il proprio effetto vincolante entro il territorio dello stesso, se esso estende la sua giurisdizione anche fuori dal territorio; Nello stesso senso GOODWIN -GILL, J. MC ADAM, *The Refugee*, *cit*., p. 244.

richiedente asilo ai sensi del regolamento Dublino in caso di crisi sistemiche del sistema di asilo del Paese in cui deve essere trasferito il richiedente e laddove il singolo individuo, valutata la priproria condizione personale, corra il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti se trasferito verso un altro Paese , anche intraeuropeo.

Come si è analizzato all'inizio di questo capitolo, per il diritto internazionale classico l'asilo costituiva un mero esercizio della sovranità statale; con la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato e con la prassi che ne è eseguita[136]si è registrata una vera e propria evoluzione in materia.

Questo mutamento scaturisce dall'universalizzazione dei principi fondamentali contenuti nella Convenzione di Ginevra del 1951 i quali, infatti, sono stati puntualmente reiterati nei successivi strumenti internazionali in materia di rifugiati, inoltre moltissimi Stati hanno aderito alla Convenzione e quelli che non lo hanno fatto comunque generalmente rispettano le norme fondamentali in essa contenute. Da quest'adesione generalizzata ai principi della Convenzione del 1951 discenderebbe la necessità, ma si potrebbe azzardare a dire "l'obbligo giuridico" di fornire un livello minimo di protezione a chi possegga i requisiti previsti per essere riconosciuto rifugiato, questa necessità è avvertita in seno alla comunità internazionale come un valore da salvaguardare al di là degli obblighi derivanti dall'accordo convenzionale.[137]

Autorevole dottrina ritiene che questa esigenza della comunità internazionale si sia concretizzata nel principio di *non refoulement* che, come si è già detto, si traduce nell'obbligo di accordare ai richiedenti

[136] Per un'analisi approfondita sulla prassi formatasi in seguito alla Convenzione di Ginevra del 1951 si rinvia a F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, *cit*., capitolo III.
[137] In questo stesso senso F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, *cit*., p. 548.

asilo almeno un livello minimo di protezione temporanea. La concessione di tale protezione temporanea finirebbe col sovrapporsi con il principio di *non refoulement* stesso[138]poiché dal principio deriva l'obbligo di garantire ai rifugiati la tutela richiesta. La protezione che discende dal principio di *non refoulement* si sostanzia nel non respingere un individuo verso il Paese da cui fugge finché questo corra il rischio serio ed effettivo di subire una lesione dei suoi diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti. In questa prospettiva, il principio di *non refoulement* non impone agli Stati un mero onere di *non facere* e quindi di non respingere, ma li obbliga a fornire una protezione, che la dottrina definisce temporanea poiché la sua durata è connessa alla permanenza del rischio di subire la violazione dei diritti fondamentali così come temuta, finché in sostanza sussista una minaccia alla vita e alla libertà e dunque l'individuo corra un timore fondato di persecuzione. Ragionando, dunque, sulla corrispondenza tra principio di *non refoulement* e protezione temporanea, in dottrina si è giunti ad affermare che: « *[…] il principio di non refoulement- garantendo all'individuo la protezione necessaria e sufficiente a sottrarlo dal pericolo di essere sottoposto a persecuzione- giunga sostanzialmente a corrispondere con l'asilo stesso. Infatti, quando si estingue il pericolo dal quale era scaturito l'obbligo di non refoulement viene meno anche l'utilità pratica dell'asilo, in quanto per il rifugiato cessa di sussistere il bisogno di essere protetto, non essendo più suscettibile di prodursi il pregiudizio dal quale rischiava di essere sottoposto in mancanza di protezione da parte dello Stato di asilo».*[139]

Da questa tesi per converso deriverebbe la sussistenza di una norma di diritto consuetudinario diversa dal mero obbligo di non respingimento, la

[138] *Ibidem.*
[139] F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, *cit*., p. 549.

cui portata si sostanzia nell'obbligo degli Stati di concedere asilo agli stranieri o agli apolidi sottoposti a un rischio effettivo che i loro diritti fondamentali siano violati, gli Stati quindi dovrebbero astenersi dal respingere tali individui finché il rischio si protrae.

Il riconoscimento di tale obbligo di natura consuetudinaria è controbilanciato con il permanere di esigenze di sovranità, infatti, gli Stati potranno derogare alla concessione della protezione temporanea soltanto nel caso in cui tale Stato rinvii la persona interessata verso un altro Stato che offra a essa una protezione adeguata ed effettiva contro la possibile infrazione di altri diritti. Chi in dottrina ha sostenuto questa tesi ritiene che in tal modo sia comunque garantito il diritto di asilo.[140]

Ad avviso di chi scrive, sebbene tale tesi giunga ad affermare che il diritto di asilo si sia trasformato da prerogativa accessoria alla sovranità degli Stati a obbligo di diritto internazionale generale, che si manifesta nel dovere di garantire protezione a chi, nel Paese di provenienza, sia sottoposto a un rischio effettivo di violazione dei propri diritti fondamentali,[141]si ritiene tuttavia che questa conclusione non faccia venir meno tutte le problematiche presenti nel diritto internazionale in tema di asilo. In particolare, la possibilità di poter derogare alla norma sulla protezione temporanea rinviando verso un Paese terzo c.d. "*sicuro*" ha generato il fenomeno dei rifugiati in orbita, intendendosi con questo termine la circostanza del rinvio continuo di un rifugiato da un Paese all'altro, in tal modo, infatti, gli Stati non violano il principio di *non refoulement* ed eludono l'obbligo della protezione temporanea; in tal

[140] *Ibidem* p. 550.

[141] Eloquenti, in tal senso, appaiono le parole utilizzate da F. LENZERINI, *Asilo e diritti Umani*, *cit*., p. 550 ove si legge:*«[…] per la già rilevante correlazione tra "obbligo" e "diritto"- è oggi possibile sostenere che il diritto internazionale genera accordi tra individui (potenziali) vittime di persecuzione il diritto di ottenere la concessione dell'asilo presso gli Stati diversi da quello di provenienza*».

modo, di fatto, si sacrifica la dignità umana di chi richiede la protezione internazionale poiché il continuo trasferimento da un Paese all'altro impedisce di poter vivere in modo dignitoso e ostacola ogni processo di integrazione.

Il fenomeno dei rifugiati in orbita e dell'*asylum shopping*, espressione quest'ultima con la quale s'indica la circostanza per cui gli individui scelgono il Paese in cui presentare la domanda di asilo, rappresentano due limite del diritto internazionale in materia di asilo.

Il sistema di protezione internazionale dello straniero si è rivelato fallimentare, pertanto almeno a livello regionale gli Stati hanno cercato di porre rimedio cedendo in parte la competenza in materia di asilo all'Unione europea, la quale annovera tra i suoi obiettivi la costruzione di un sistema europeo comune di asilo, il cui processo di costruzione pare ancora non del tutto compiuto.

CAPITOLO II

DALLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA ALLA POLITICA EUROPEA IN MATERIA DI ASILO: EVOLUZIONE E CRISI

SOMMARIO: – 1. La creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia come fondamento della politica europea in materia di asilo**.** – 2. La competenza dell'Unione europea in materia di trattamento dello straniero: criteri di esercizio della competenza concorrente. – 3. Il processo d'integrazione dell'*acquis Schengen* e la sua crisi. – 4. Il "sistema europeo comune di asilo" come previsto nel Trattato di Lisbona e la sua crisi.

1. La creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia come fondamento della politica europea in materia di asilo

Per definire l'attuale competenza dell'Unione in materia di asilo occorre ripercorrere il processo d'integrazione europea compiuto al fine di realizzare l'obiettivo della costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.[142]La realizzazione di tale obiettivo da parte dell'Unione è

[142] Sul tema dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia si veda, tra gli altri e senza pretesa di esaustività, R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni fra comunitarizzazione e metodo intergovernativo,* in DUE, 1998, 481 ss; A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in Riv. Dir. Int., 2009, p. 669 ss.; E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra del 1951*, in Riv. Dir. Int., 2001, p. 440; A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2014; C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Cedam, 2011, p.121 ss;

indice dell'evoluzione che quest'organizzazione internazionale a carattere regionale ha compiuto nel corso degli anni, passando dagli obiettivi meramente economici delle Comunità europee alla tutela di diritti fondamentali dell'individuo dell'Unione, segnando così il cambio d'interesse dalla "merce" alla "persona".

Il processo di armonizzazione della politica di asilo in Europa iniziò, infatti, a metà degli anni 80, quando i politici europei compresero che la creazione di un mercato unico con l'abolizione delle frontiere interne, così come previsto dall'Atto Unico Europeo del 1986 e l'adozione della Convenzione di Schengen del 1985 e 1990 nonché l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1992, avrebbero causato un profondo impatto nelle politiche nazionali di asilo.[143]

Ciò che i governanti degli allora Stati membri delle Comunità europee, prima, dell'Unione, poi, temevano era che l'abolizione delle frontiere avrebbe favorito il fenomeno dell'*asylum shopping*: ovvero che, una volta entrati nel territorio dell'Unione europea, i richiedenti asilo, avrebbero potuto viaggiare nel territorio dell'Unione, ormai privo di controlli alle frontiere interne, e quindi presentare la domanda di asilo

P. J. KUJPER, *Some Legal Problems Associated with the Comunitarization of Policy of Visas, Asylum and Immigration under Treaty and Incorporation of the SchengenAcquis*, in CMLR, 2000, p. 345 ss; K. LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in ICLQ, 2010, p. 255 ss; S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in RDI, 2010, p. 421 ss; B. NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995; B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004, p. 273 ss.; N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996; S. PEERS – E. GUILD- D. ACOSTA ARCARAZO-K. GROENENDIJK (a cura di) *EU immigration and asylum law: text and commentary*, Leiden, 2^ ed., 2011; J.C. PIRIS, *The Lisbon Treaty, A legal and political analysis,* Oxford, 2010; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea. I. Principi generali e aspetti penalistici*, Napoli, 2012.

[143] P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS, *European migration law*, Ius Communitatis II edizione, 2014, p. 246.

nel Paese membro in grado di offrire le migliori condizioni di accoglienza, procedure efficaci e un più compiuto *status* di protezione. Nelle preoccupazioni degli Stati membri vi era anche quella di frenare la prolificazione delle c.d. "richieste di asilo multiple", in altre parole la presentazione della domanda di protezione internazionale da parte di un richiedente in più di uno Stato membro. Dunque, per ridurre il rischio di movimenti secondari all'interno dell'UE, si è ritenuto fosse indispensabile adottare misure aggiuntive e specifiche per i richiedenti asilo. In questo senso in dottrina si è parlato dell'inizio del diritto europeo di asilo come "misura di accompagnamento" alle politiche nazionali, al fine di assicurare il controllo della circolazione dei richiedenti asilo nel territorio europeo.[144]

Questa esigenza di controllo dei movimenti secondari dei richiedenti asilo indusse gli Stati membri a cercare di stabilire strumenti chiari per la determinazione e l'individuazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda di asilo. Questo meccanismo d'individuazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo fu stabilito per la prima volta nel 1990 con l'adozione della Convenzione *Schengen*; fu poi sostituito dal concorrente meccanismo individuato con la Convenzione di Dublino entrata in vigore nel 1997 tra gli allora 12 Stati firmatari.

Il Trattato sull'Unione del 1992 ha formalmente riconosciuto l'asilo quale materia d'interesse comune dell'Unione e ha inserito le politiche relative all'asilo in quello che era definito terzo pilastro dell'Unione, caratterizzato per il metodo intergovernativo. Le politiche in materia di asilo adottate nell'era *post* Maastricht si contraddistinsero per l'adozione di numerose conclusioni non vincolanti, raccomandazioni e posizioni comuni che però di fatto non furono in grado di migliorare i diritti dei

[144] In questo senso P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS, *European migration law*, *cit*., p 247.

richiedenti asilo e dei rifugiati, né furono capaci di definire una vera e convergente politica comune in materia di asilo.[145] Tuttavia, dal 1990 in poi si registrò in Europa un sempre più crescente numero di domande di asilo, pertanto in assenza di una vera politica comune europea in materia, ogni Stato membro decise di restringere la propria politica nazionale in tema di asilo così da disincentivare la potenziale richiesta di asilo verso il proprio Stato.[146]Quindi, potremmo dire che se da un canto preoccupazione degli Stati era quella di eliminare l'*asylum shopping* e i movimenti secondari dei migranti forzati, dall'altro, in assenza di politiche europee comuni, gli Stati iniziarono a "giocare al ribasso" adottando politiche nazionali sempre più stringenti, così da disincentivare il potenziale movimento secondario verso il proprio Paese. La cooperazione intergovernativa, tipica del terzo pilastro, era del tutto inefficiente e inadeguata; infatti, gli Stati membri dalla metà degli anni 90 in poi compresero che tali carenze erano determinate dall'adozione di strumenti inefficaci di cui se ne richiedeva il superamento. Per tale ragione si avviò un processo di comunitarizzazione della materia dell'immigrazione e dell'asilo e più in generale di tutte quelle politiche che riguardavano la libera circolazione delle persone.

Solo con il Trattato di Amsterdam del 1997 la materia dell'immigrazione, dei visti e dell'asilo venne comunitarizzata.[147] In questo Trattato comparve un nuovo titolo IV (artt. 61-69 TCE) dedicato

---

[145] *Ibidem.*

[146] E. THIELEMAN, *Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing*, 6 *European Journal of Migration and Law*, 2004, pp. 47-65.

[147] H. LABAYLE scriveva: «*le principe de libre circulation est un thème central de la costruction européenne. Cela est vrai à la fois parce que la libre circulation à été un instrument décisif de cette costruction dès les origines politique à part entière, en particulier à propos des personnes physiques. Le traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 par les Etats membres de l'Union européenne en est l'expression aboutie.*» in *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam*, L'Actualité juridique - Droit administratif, 20 dicembre 1997, p. 923.

alla politica dei visti, asilo, immigrazione e frontiere, così si creò la base legale per permettere al legislatore comunitario di adottare misure vincolanti in materia di asilo, solo in questo modo gli atti adottati in materia sarebbero stati sottoposti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia dell'UE.

Dopo il Consiglio europeo di Tampere[148], in cui gi Stati membri individuarono l'obiettivo della costruzione di un sistema europeo comune di asilo, furono adottate una serie di direttive e regolamenti allo scopo di creare il *sistema europeo comune di asilo*. La costruzione di questo sistema europeo comune di asilo si sviluppò in due fasi.

I primi strumenti normativi furono adottati negli anni 2001-2004 e riguardarono: i meccanismi per stabilire la distribuzione dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, gli *standard* minimi per l'accoglienza dei richiedenti asilo, per le procedure di asilo e per la concessione dell'asilo. In questa prima fase fu permesso, quindi, agli Stati membri di mantenere ancora in essere le proprie procedure e l'interpretazione di alcuni concetti, così da garantire, eventualmente, anche una maggiore protezione dei richiedenti asilo.

Gli atti adottati in questa prima fase furono sottoposti alla valutazione della Commissione che ne vagliò quindi il funzionamento e l'implementazione negli Stati membri.[149]

Si parla di un lungo processo d'integrazione in questa materia perché

[148] Consiglio europeo di Tampere del 1999.

[149] Commissione, Libro verde sul futuro del sistema europeo comune di asilo, COM (2007) 301 final; Rapporto della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione del sistema Dublino, COM (2007) 299 *final*, SEC (2007) 742; Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003 che stabilisce standard minimi di accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM (2007) 745 *final*; Rapporto della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, dell'1 dicembre 2005, recante norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato, COM (2010) 465 *final*; Piano strategico sull'asilo - Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea COM (2008) 360 *final* .

solo nella seconda fase, che ebbe inizio nel 2004, s'iniziò a ridurre il margine di discrezionalità a disposizione degli Stati membri.

Il Consiglio europeo di Tampere indusse la Commissione europea a presentare numerosi progetti di direttive e regolamenti, i quali costituivano un'elaborazione degli obiettivi indicati all'art. 63 del Trattato di Amsterdam; tuttavia, a quest'operosità della Commissione fecero da contraltare le lunghe negoziazioni in seno al Consiglio. Ciò era dovuto al fatto che per l'adozione degli atti era necessaria la votazione all'unanimità, circostanza difficile da raggiungere a causa delle posizioni di alcuni Stati membri i quali temevano un'eccessiva ingerenza della politica europea in ambiti squisitamente nazionali. Le negoziazioni in seno al Consiglio portarono alla modifica delle proposte della Commissione, e all'adozione di misure legislative indebolite sul piano del riconoscimento e della tutela dei diritti individuali dei richiedenti asilo e dei rifugiati.[150]

La seconda fase di armonizzazione delle politiche d'immigrazione e asilo iniziò nel 2008 quando la Commissione europea presentò una serie di proposte di revisione degli strumenti normativi adottati nella prima

[150] Ci si riferisce all'adozione dei seguenti atti: regolamento 343/2003 del Consiglio, 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 (regolamento Dublino); direttiva 2003/9/CE, del 27 gennaio 2003, che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (direttiva "accoglienza"); direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (direttiva "qualifiche"); direttiva 2005/85/CE del Consiglio, dell'1 dicembre 2005, recante norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato (direttiva "procedure").

fase.[151]Con il Programma di Stoccolma del 2009[152], furono individuati gli strumenti per la seconda fase d'integrazione della materia, stabilendo un piano a breve termine (2009-2014) per l'adozione di tali strumenti. La seconda fase di armonizzazione ha visto un'ulteriore importante novità determinata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[153]; ciò ha fatto si che le proposte legislative della Commissione fossero sottoposte alla procedura legislativa ordinaria. Questa seconda fase di sviluppo delle politiche comuni d'asilo, il cui fine era il potenziamento e la revisione di alcuni degli strumenti già adottati[154], ha visto la nascita dell'Ufficio europeo per il sostegno all'asilo EASO[155],la rifusione della direttiva

[151] 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), COM (2008) 820 *final*; Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione), COM (2008) 815 def., reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846285058&uri=CELEX:52008PC0815; Commissione, proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO della Commissione recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta europea, Bruxelles, 21.10.2009, COM (2009) 551, reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492792360742&uri=CELEX:52009PC0551.

[152] Programma di Stoccolma 2010-2014, Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini [Gazzetta ufficiale C 115 del 4.5.2010], reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0034.

[153] Trattato di Lisbona: Versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea - Protocolli - Allegati - Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 - Tavole di corrispondenza.

[154] Per un approfondimento si veda in dottrina: E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la Protezione dei Rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo L'entrata in Vigore del Trattato di Lisbona*, CEDAM, Padova, 2010; C. FAVILLI (a cura di), *Procedura e Garanzie del diritto d' asilo : X Corso seminariale In collaborazione con la Misericordia di Isola Capo Rizzuto,*CEDAM, Padova, 2011; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011; G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo e nuove Esigenze di Protezione Internazionale nell'Unione Europea,* Bari, 2012; F. CHIERUBINI, *L' asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto Dell'Unione Europea*, Bari, 2012;

[155] Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo.

qualifiche nel 2011[156], e nel 2013 l'adozione del così detto "pacchetto asilo".[157]

Allo stato attuale il sistema comune europeo di asilo è sottoposto a un nuovo progetto di riforma.[158]Infatti, la crisi del sistema di asilo ha imposto agli Stati membri e alle istituzioni europee di rivedere la politica in tema di protezione internazionale dello straniero. L'agenda europea sull'immigrazione presentata dalla Commissione europea nel maggio 2015[159], all'indomani dall'ennesima tragedia in mare[160], come si vedrà al termine del presente lavoro di ricerca, segna l'inizio di un percorso di riforma delle politiche europee d'immigrazione e asilo. La Commissione europea ha infatti avviato un nuovo progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo suddiviso in due tappe, a tal fine sono stati

[156] 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.

[157] Con il c.d. pacchetto asilo del 26 giugno 2013 sono stati adottati i seguenti atti: regolamento (UE) n. 604/2013 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; direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, rec direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionaleante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali.

[158] Si veda Comunicato stampa della Commissione, *Completare la riforma del sistema europeo comune di asilo: verso una politica in materia di asilo efficace, equa e umana*, Bruxelles, 13 luglio 2016, reperibile file:///Users/fefe/Downloads/IP-16-2433_IT%20(3).pdf.

[159] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda della Commissione, Bruxelles, 13 aprile 2015, COM(2015) 240 *final*, reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf.

[160] Naufragio del 18 aprile 2015 nel Canale di Sicilia, si veda UNHCR, *2015: l'anno della crisi dei rifugiati in Europa*, reperibile https://www.unhcr.it/news/2015-lanno-della-crisi-dei-rifugiati-in-europa.html.

presentati due pacchetti di proposte legislative nel maggio[161] e nel luglio 2016.[162]

2. La competenza dell'Unione europea in materia di trattamento dello straniero: criteri di esercizio della competenza concorrente

Tutta la normativa europea in materia di migrazione e asilo trova oggi la propria base giuridica nelle norme del Trattato di Lisbona[163]dedicate allo

[161] La Commissione europea ha presentato il 4 maggio 2016 le seguenti proposte: 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) (COM(2016)0270); proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010 (COM(2016)0271); proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del [regolamento (UE) n. 604/2013 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], per l'identificazione di un cittadino di un paese terzo soggiornante illegalmente o di un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione) (COM(2016)0272).

[162] Le proposte della Commissione del 13 luglio 2016 sono: proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione) (COM(2016)0465); proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 ammissibili a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (COM(2016)0466); proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una procedura comune per la protezione internazionale nell'Unione e che abroga la direttiva 2013/32/UE (COM(2016)0467); proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2016)0468).

[163] Art. 3, par. 2 TUE: «*l'Unione assicura ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la* che *libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della*

spazio di libertà sicurezza e giustizia e collocate nel Titolo V capo II del TFUE i cui artt. 77-80 disciplinano segnatamente le politiche d'immigrazione, visti e asilo; in particolare l'art. 78 del TFUE costituisce la base giuridica del sistema europeo comune di asilo.

È nell'ambito di realizzazione del più ampio obiettivo della costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che gli Stati membri hanno ceduto una parte della loro competenza all'Unione. Il titolo V del TFUE nelle sue disposizioni generali indica all'art. 67 che l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Per realizzare tale obiettivo l'Unione garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri e l'equità nei confronti dei cittadini dei paesi terzi.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è un obiettivo dell'Unione disciplinato in un settore di competenza concorrente così come indicato dall'art. 4, par. 2, *lett. J)* TFUE, dunque l'intera disciplina è soggetta al rispetto del principio di *sussidiarietà* e *proporzionalità ex* art 5, par.1 e 3 del TUE.[164]Com'è noto, questi principi cardine e regolatori del diritto

criminalità e la lotta contro quest'ultima».

[164]Il principio di sussidiarietà è indicato all'art 5, par. 1 e 3 del TUE ove è disposto che:«*la determinazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in maniera sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione*». Il modo in cui la competenza concorrente è esercitata tra Stati membri e Unione è definito in termini generali dall'art. 2, par. 2 del TFUE ove è disposto che: «*Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione*

dell'UE impongono al legislatore europeo di limitare la propria azione a iniziative che non possono essere sufficientemente realizzate a livello nazionale; la legislazione europea è regolamentata secondo criteri di stretta necessità connessi al raggiungimento legittimo degli obiettivi fissati nella politica europea.

Tuttavia, occorre precisare che il Trattato, nel fissare l'obiettivo della costruzione del sistema europeo comune di asilo, ha avocato a se un ampio raggio di azione; ciò dovrebbe indurre a una certa generosità nell'applicazione dei principi di *sussidiarietà* e *proporzionalità.*[165]

Quel che si può immediatamente evidenziare esaminando la normativa europea in materia è che in quest'ambito la competenza dell'Unione si potrebbe definire a "*geometria variabile*".

Il Trattato di Lisbona all'art. 3, par. 2 TUE dispone che l'Unione offre ai suoi cittadini[166]uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere, e misure appropriate a mantenere il controllo delle frontiere, l'asilo e l'immigrazione.[167]Si deve osservare, preliminarmente, che ove il Trattato si riferisce alla politica di controllo delle frontiere, inserendola nel più ampio obiettivo di costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, intende richiamare due concetti: da una parte quello della libera circolazione delle persone e dall'altra quello del controllo e della sicurezza all'interno di questo spazio, la cui politica come si evince dalla lettura di tutto il titolo V del TFUE è fondata sulla solidarietà ed equità tra gli Stati.

---

non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare la propria».

[165] Nello stesso senso S. PEERS, *EU Justice*, p.393; H. LABAYLE, *L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe*, Revue trimestrelle de droit européen n.41, 2005, p.437, 463.

[166] Il legislatore, ad avviso di chi scrive, ha utilizzato una formulazione infelice in quanto, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia non è offerto solo ai cittadini europei ma a tutte le persone che vi entrano, siano essi cittadini di paesi terzi o apolidi.

[167] Art. 3, par. 2 TUE.

Come conciliare quindi la libera circolazione con le esigenze di sicurezza? Il Trattato a tal riguardo ha inserito tre riserve di competenza nazionale che qui di seguito si esaminano.

La prima riserva di competenza è inserita all'art. 67 del TFUE nella parte in cui il legislatore ha chiarito che l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto non solo dei diritti fondamentali ma anche dei diversi ordinamenti giuridici e delle differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri. L'importanza del rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri ha creato non pochi problemi nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, generando l'annosa questione dell'arretramento delle tradizioni giuridiche nazionali dinanzi al primato dell'Unione.[168]

La seconda riserva di competenza nazionale è inserita all'art. 72 del TFUE ove è disposto che il titolo V del TFUE non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.[169]

Infine, la terza riserva di competenza è sancita a chiare lettere all'art. 79, par. 5 TFUE ove s'indica che rimane in capo agli Stati membri il diritto di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di Paesi terzi, provenienti di Paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo.[170]

L'Unione realizza una politica comune d'immigrazione intesa ad assicurare anche la gestione dei flussi migratori stabilendo le condizioni d'ingresso e soggiorno e le norme sul rilascio dei visti e del titolo di soggiorno di lunga durata, compresi quelli per ricongiungimento

[168] Il riferimento è a due sentenze della Corte di giustizia: caso Melloni in tema di mandato d'arresto europeo, causa C-399/11 sentenza del 23 febbraio 2013; e al caso *Taricco* in tema di prescrizione dei reati finanziari, causa C- 105/2014 sentenza dell'8 settembre 2015.

[169] Art. 72 TFUE.

[170] Art. 79, par. 5 TFUE.

familiare. Quindi, compito dell'Unione è di indicare le condizioni, mentre spetterà poi a ogni Stato membro determinare il volume d'ingresso nel loro territorio, pertanto si potrebbe dire che nella gestione di questa competenza concorrente l'Unione fissa le regole e gli Stati hanno la funzione esecutiva.

Occorre adesso esaminare nel dettaglio l'attuale competenza dell'Unione europea in materia di migrazione e asilo quale risultato di anni di lavoro sul processo d'integrazione europea per la costruzione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia. Per tale ragione, si ripercorrerà, seppur brevemente, anche il processo d'integrazione e sviluppo del cd. *acquis Schengen.* Infatti, è dall'idea dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne che nasce l'esigenza di creare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia, e non è un caso che recentemente il presidente della Commissione europea Junker, a una settimana dal referendum sull'uscita della Gran Bretagna dall'Unione europea (c.d. *Brexit*), ha dichiarato: «*se si vogliono mantenere le quattro libertà dell'Unione occorre accettare anche la libertà di circolazione delle persone*».[171]

La questione che si pone, e sulla quale s'intende riflettere, è dunque la seguente: l'attuale crisi del sistema di asilo ha già condotto alla messa in discussione del sistema *Schengen,* ciò indurrebbe a chiedersi se esiste il pericolo che, sotto le ceneri del fallimento della politica migratoria, possa annidarsi un ripensamento della ragion d'essere dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ove questa sciagurata ipotesi si realizzasse, si potrebbe parlare del fallimento dell'Unione europea tutta. Si dimostrerà che una politica d'immigrazione e asilo non solo è possibile ma è soprattutto necessaria poiché il catalogo di libertà, diritti e benefici derivanti dallo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia è ormai irrinunciabile.

[171] Dichiarazione presidente Commissione europea Junker del 5/07/2016.

3. Il processo d'integrazione dell'acquis Schengen e la sua crisi

La realizzazione di uno spazio di libera circolazione nel territorio europeo rappresenta il raggiungimento di un importantissimo traguardo nel processo d'integrazione europea, e ciò non solo perché ha favorito la piena realizzazione del mercato interno ma soprattutto perché da questa grande conquista è seguito lo sviluppo dell'idea di cittadinanza europea. Dallo spazio *Schengen* di libera circolazione si passò alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia individuato già con l'Atto unico europeo e poi esplicitato nel progetto presentato dalla Commissione europea alla Conferenza intergovernativa del 1996, e, infine, accolto nel Trattato di Amsterdam[172]e confermato con il Trattato di Lisbona. Autorevole dottrina[173]ha definito lo spazio di libertà sicurezza e giustizia come un'espressione tanto evocativa quanto imprecisa, che contiene in se un messaggio però rassicurante per i cittadini europei rappresentato dalla possibilità di garantire la piena libertà di circolazione e la soppressione dei controlli alle frontiere interne.[174]Voler offrire ai cittadini europei uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comportò il conferimento all'Unione, seppure nel novero delle materie di competenza concorrente, della competenza in tema di politiche concernenti l'immigrazione e l'asilo e ciò per un'evidente questione: la piena libertà di circolazione e la soppressione dei controlli alle frontiere interne hanno posto anche la questione della circolazione di malviventi nonché dei proventi da reato, e quindi la necessità di

[172] Trattato di Amsterdam del 1997; si veda, Parlamento europeo, Direzione generale degli studi, La nuova procedura di codecisione dopo il Trattato di Amsterdam, 1997, reperibile http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1997/167109/DG-4-AFCO_ET(1997)167109_IT.pdf.

[173] A. LANG, (commento di), in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II edizione, Giuffrè Editore, 2014, p.804.

[174] *Ibidem,* p. 806.

fronteggiare una maggiore criminalità e impunità.

Fu ben presto chiaro agli Stati che per garantire la libera circolazione delle persone nello spazio europeo, e assicurare all'interno di questo garanzie di libertà, sicurezza e giustizia, l'Unione avrebbe dovuto adottare e disciplinare essa stessa, seppure in concorrenza con gli Stati membri, anche le politiche d'immigrazione e asilo. Infatti, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia imponeva (e tuttora impone) l'adozione di strumenti normativi in una vasta gamma di materie connesse alla libera circolazione delle persone, poiché solo attraverso una politica comune in questi settori e l'adozione di misure normative armonizzate può realizzarsi efficacemente tale obiettivo.

Com'è noto, la libera circolazione delle persone *tout court* all'interno dell'Ue è un obiettivo che si è realizzato ben prima del progetto sulla costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, infatti, già nel 1985 Francia, Germania, Belgio, Olanda e Lussemburgo (cinque degli allora dieci Stati della CEE) avviarono una forma di cooperazione finalizzata a eliminare il controllo alle frontiere interne che trovò esplicazione nella conclusione del Trattato di *Schengen.*[175] Con questo primo Trattato furono concordate misure a breve e lungo termine come l'armonizzazione delle formalità alle frontiere comuni e il ravvicinamento delle politiche nazionali in materia di visti o l'eliminazione di controlli sulle persone alle frontiere comuni e il loro trasferimento alle frontiere esterne, misure quest'ultime che necessitavano la previa armonizzazione delle regole sui controlli e l'adozione di misure per salvaguardare la sicurezza, volte a impedire anche l'immigrazione clandestina. All'accordo *Schengen* del 1985 seguì

[175] Accordo di Schengen, firmato il 14 giugno 1985 tra Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi hanno deciso di eliminare progressivamente i controlli alle frontiere interne e di introdurre la libertà di circolazione per tutti i cittadini dei paesi firmatari, di altri paesi dell'Unione europea (UE) e di alcuni paesi terzi.

la Convenzione di applicazione firmata anch'essa a *Schengen* nel 1990[176], in queste erano indicati obblighi specifici e articolati per abolire le frontiere interne e rafforzare le frontiere esterne. La realizzazione degli obiettivi indicati nella Convenzione *Schengen* imponeva l'adozione di adempimenti quali l'istituzione del SIS[177]e ciò ritardò l'entrata in vigore della Convenzione.

Con il Trattato di Maastricht si attribuì all'istituzione comunitaria il compito di coordinare l'azione degli Stati nelle materie relative ai visti, l'asilo e l'immigrazione e nella cooperazione giudiziaria in materia civile, fu così istituito il terzo pilastro, dedicato a "Giustizia e affari interni"[178], caratterizzato dal metodo intergovernativo. Gli accordi *Schengen* continuarono a restare in vigore e continuarono a funzionare in parallelo con il terzo pilastro. Quando fu adottato il Trattato di Amsterdam vennero comunitarizzate parte delle materie comprese nel terzo pilastro[179] e fu introdotto il concetto di spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Inoltre, il Trattato di Amsterdam ha ricondotto gli accordi *Schengen* nell'alveo dei Trattati. Si ricorda a tal proposito che quando furono stipulati gli accordi di *Schengen* alcuni Stati tra cui il Regno Unito e Irlanda erano molto ostili a cedere parte della propria competenza in settori spiccatamente politici e pertanto gli accordi in origine furono adottati in atti separati ai Trattati; con il Trattato di Amsterdam però,

[176]La Convenzione di Schengen completa l'accordo e definisce le condizioni e le garanzie inerenti all'istituzione di uno spazio di libera circolazione. Firmata il 19 giugno 1990 dagli stessi cinque paesi, è entrata in vigore nel 1995. L'accordo e la convenzione, nonché gli accordi e le regole connessi, formano insieme l'«acquis di Schengen», che è stato integrato nel quadro dell'Unione europea nel 1999 ed è diventato legislazione dell'UE.

[177] Sistema d'informazione Schengen, oggi si ha la c.d. seconda generazione (SIS II) – ex regolamento primo pilastro, reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:l14544.

[178] Titolo IV TUE pre-Lisbona.

[179] Titolo IV TCE.

come si è detto, gli accordi di *Schengen* furono ricondotti nell'alveo dei Trattati e per questa ragione Regno Unito e Irlanda si rifiutarono di accettarli, quindi la soluzione fu quella di instaurare una sorta di cooperazione rafforzata attuata attraverso un apposito protocollo allegato al Trattato di Amsterdam.[180]

Il Consiglio, con decisione del 1999/435/CE del 20 maggio 1999, ha definito l'*acquis Schengen*, quest'operazione comportò l'adozione di una serie di allegati che elencano gli atti pertinenti.[181]La base giuridica dell'*acquis Schengen* è costituita dagli artt. 30 e 31 del TUE *pre* -Lisbona, in questo modo fu creato quello che in dottrina è stato definito «*diritto comunitario istantaneo*».[182]

Con la comunitarizzazione dell'*acquis Schengen* ne conseguì la vincolatività degli accordi per tutti i nuovi aderenti sin dalla data di adesione. In ragione di ciò, gli accordi di adesione del 2003[183], del 2005[184] e del 2011[185]disciplinarono gli effetti dell'adesione sull'*acquis Schengen*. Gli atti che costituiscono l'*acquis* sono suddivisi in due gruppi: quelli elencati in un'apposita lista e che si applicano al momento dell'adesione; quelli non compresi nella lista e che, sebbene vincolanti dal momento dell'adesione, si applicano solo al momento di una decisione che il Consiglio adotta all'unanimità, e solo dopo aver accertato che il nuovo Stato membro rispetta, ed è in grado di rispettare, i requisiti necessari per l'applicazione dell'*acquis Schengen*. Quindi, tutto

[180] Protocollo sull'integrazione dell'*acquis Schengen* nell'ambito dell'Ue.
[181] Per un approfondimento circa i problemi relativi all'individuazione di una base giuridica per gli accordi *Schengen* si veda A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, *cit.,* pp. 808 ss.
[182] P.J. KUJIPER, *Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy of Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis*, in CMLR, 2000, p. 354 ss.
[183] Art. 3, par. 1-2 dell'Atto di adesione del 2003 con Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria.
[184] Art. 4 dell'Atto di adesione del 2005 con Bulgaria e Romania.
[185] Art. 4 dell'Atto di adesione del 2011 con la Croazia.

l'*acquis Schengen*, con l'esclusione degli aspetti concernenti l'abolizione dei controlli alle frontiere interne, era applicabile fin dall'adesione, questo perché per l'abolizione delle frontiere interne occorreva un'espressa decisione del Consiglio, fino a tale momento le frontiere interne prendevano il nome di frontiere esterne temporanee. Questo meccanismo d'integrazione dell'*acquis Schengen* è stato messo in attuazione ad esempio con una decisione del Consiglio, previo parere del PE, il 6 dicembre 2007 per i Paesi che sono entrati nell'UE nel 2004, con l'eccezione di Cipro, con decorrenza dal 21 dicembre 2007 alle frontiere interne e marittime e dal 30 marzo 2008 alle frontiere aeree.[186]

Non tutti i Paesi membri dell'UE sono parti contraenti degli accordi *Schengen*, Regno Unito e Irlanda, infatti, non hanno sottoscritto gli accordi e dopo la comunitarizzazione degli stessi la posizione di questi due Paesi è stata regolata da uno specifico protocollo allegato al Trattato di Amsterdam secondo il quale essi possono chiedere di essere autorizzati a partecipare in tutto o in parte all'*acquis* Schengen, rimanendo tuttavia sempre fuori dalle disposizioni relative ai controlli alle frontiere.

Questi due Paesi hanno richiesto quindi l'applicazione del c.d. *opting-out*/*opting-in* nel senso che hanno richiesto di poter decidere di volta in volta se partecipare agli atti che costituiscono lo sviluppo dell'*acquis Schengen.*[187]

---

[186] Decisione 2007/801/CE del Consiglio, del 6 dicembre 2007, sulla piena applicazione delle disposizioni dell'*acquis* di *Schengen* a detti Paesi in GUUE L 323, p.34.

[187] Sul punto occorre richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue del 18 dicembre 2007, causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio,* la quale ha precisato che Regno Unito e Irlanda hanno la facoltà di richiedere la partecipazione a un atto che costituisce uno sviluppo dell'*acquis* solo se riguarda un settore al quale i due Paesi sono stati autorizzati a partecipare. Tale posizione della Corte di giustizia trova motivazione nel fatto che i singoli atti ai quali si può di volta in volta aderire non vanno visti in modo isolato ma rappresentano lo sviluppo di un sistema i cui principi di fondo devono essere già stati accettati. Si comprende ancor di più la motivazione della Corte di giustizia se si guarda alla questione relativa al caso di specie: il Regno

Una posizione peculiare è quella della Danimarca che ha invece stipulato gli accordi *Schengen* ma si è opposta alla loro comunitarizzazione. Per tale motivo questo Paese è vincolato agli accordi in forza del diritto internazionale ma per quanto concerne lo sviluppo dell'*acquis* dispone di sei mesi di tempo dall'adozione dell'atto al fine di decidere se accettarlo o meno; nel caso in cui la Danimarca decida di accettare l'atto sarà a esso vincolata in base al diritto internazionale, in caso di rifiuto, invece, gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata prenderanno misure appropriate per disciplinare la mancata partecipazione della Danimarca.[188]

Agli accordi *Schengen* partecipano anche Paesi terzi, una posizione particolare è quella che si riferisce alla partecipazione di Danimarca, Finlandia e Svezia. Questi Paesi, infatti, erano legati dall'Unione nordica dei passaporti, che prevedeva già l'abolizione dei controlli alle persone. La partecipazione di questi Paesi all'*acquis Schengen* poneva dei problemi per due ragioni: l'adesione agli accordi di solo alcuni di essi avrebbe creato una situazione d'incompatibilità con l'Unione nordica; non era prevista la partecipazione di Stati non membri dell'Unione. La questione fu risolta decidendo di associare Islanda e Norvegia agli accordi di *Schengen* attribuendo a tali Stati la qualità di osservatore.[189]

Unito aveva impugnato la decisione con cui il Consiglio gli aveva negato l'autorizzazione a partecipare al Regolamento (CE) n. 2007/2004 istitutivo di Frontex, in quanto il Regno Unito non aderiva al sistema dei controlli alle frontiere. Questa giurisprudenza è stata ribadita anche nella sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*, ove i giudici di Lussemburgo hanno precisato che un atto può costituire sviluppo relativo all'*acquis* di un certo settore anche se è fondato su una base giuridica riconducibile ad un diverso settore, e quindi poiché l'UE può decidere di far progredire la cooperazione e approfondire i meccanismi in cui essa si sostanzia, il Regno Unito non potrà partecipare a questi atti se non partecipa al settore di cui costituiscono lo sviluppo.

[188] Protocollo sulla posizione della Danimarca, allegato al Trattato di Amsterdam; protocollo n. 22 allegato al Trattato di Lisbona.

[189] Per consentire a Norvegia e Islanda di continuare a mantenere lo status di associati, dopo la comunitarizzazione e per regolare gli effetti dell'eventuale partecipazione di regno Unito e Irlanda all'*acquis*, sono stati conclusi dal Consiglio

La partecipazione di Stati terzi agli accordi di *Schengen* ha visto anche l'adesione della Svizzera[190]e del Liechtenstein[191]per i quali la piena abolizione dei controlli alle frontiere interne si è realizzata rispettivamente il 12 dicembre 2008[192] e il 19 dicembre 2011.[193]

Dunque, l'idea di uno spazio di libera circolazione di merci e persone inizia il 14 giugno 1985 con gli accordi *Schengen* cui seguì il 19 giugno 1990 l'adozione della Convenzione *Schengen* ove si definirono le condizioni e le garanzie inerenti lo spazio di libera circolazione, questa Convenzione entrò in vigore nel 1995. Nel 2005 fu istituita l'agenzia europea *Frontex* per il pattugliamento e il controllo delle frontiere esterne dell'Unione mentre nel 2006 Parlamento europeo e Consiglio hanno adottato il c.d. Codice delle frontiere *Schengen.*[194]

Allo stato attuale la pensante crisi migratoria ha indotto molti Paesi europei[195] a rispristinare i controlli alle frontiere interne e quindi a sospendere gli accordi di *Schengen*, così come previsto dal capo II del suddetto regolamento intitolato: «*ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne*».[196]

La domanda che quindi ci si pone è: se gli Stati sospendono gli accordi

---

appositi accordi come ad esempio quello relativo all'associazione di Islanda e Norvegia all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo, GUCE L 179, 1999.

[190] Decisione 2008/146/CE e 2008/149/GAI del Consiglio, in GUUE L 53, in vigore dal 1 marzo 2008.

[191] Decisione 2011/349 e 2011/350, in GUUE L 160.

[192] Decisione 2008/903/CE del Consiglio, del 27 novembre 2008 sulla piena applicazione delle disposizioni dell'a*cquis* di Schengen nella Confederazione svizzera, GUUE L 327.

[193] Decisione 2011/842/UE del Consiglio del 13 dicembre 2011 sulla piena applicazione delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen nel Principato del Liechtenstein, GUUE L 334.

[194] 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, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32006R0562

[195] Tra i Paesi che hanno sospeso Schengen ricordiamo Norvegia, Svezia, Danimarca, Francia, Germania e Austria.

[196] Artt. 23- 31 Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, *cit*.

Schengen ha ancora senso parlare di spazio di libertà sicurezza e giustizia? Siamo dinanzi ad un ripensamento e dunque davanti a una deriva intergovernativa che porterà al fallimento dell'Unione?

Tali questioni non sono meramente suggestive o retoriche ma contengono una preoccupazione reale, avvertita non solo e soltanto dalla sottoscritta ma dalla Commissione europea per prima. In un recente comunicato stampa della Commissione europea[197]si evidenzia come sia necessario compiere dei passi avanti concreti per ripristinare il funzionamento del sistema *Schengen* messo in crisi dall'emergenza dei rifugiati. La Commissione ha ideato a tal fine una tabella di marcia suddivisa in 18 tappe e destinata a concludersi nel mese di dicembre 2016; infatti entro tale termine la Commissione auspica di porre fine alle misure eccezionali di salvaguardia adottate.

Le questioni riguardanti la connessione tra crisi del sistema di asilo e crisi del sistema *Schengen* si è posta all'attenzione anche del dibattito dottrinario[198]ove si è sollevato il seguente quesito provocatorio: « *[...] Schengen is the main institutional cause of this crisis and that the disappearance or abolishment of Schengen is the answer to it*».[199]

Appare, quindi, necessario un rafforzamento del sistema *Schengen*, e tale avvertenza è stata manifestata dalla Commissione europea che, con la proposta di Regolamento al Parlamento europeo e al Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)[200], ha avviato

---

[197] Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/16/585 del 4 marzo 2016, Tornare a Schengen- la Commissione propone una tabella di marcia per ripristinare il pieno funzionamento del sistema Schengen, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-585_it.htm

[198]C. FIJNAUT, *The Refugee Crisis: The End of Schengen?*, European Journal of Crime, Criminal law and criminal justice 23, 2015, p. 313-332.

[199] *Ibidem,* p. 313.

[200] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (codificazione), Commissione europea

un nuovo processo di codificazione del codice delle frontiere. Inoltre è stato approvato il regolamento sulla nuova guardia costiera e di frontiera europea[201]ed è stata avviata l'operazione EUNAVFOR MED Sophia, il cui mandato sarebbe quello di «*smantellare il modello di business dei trafficanti nel Mediterraneo centro meridionale*».[202]

4. Il sistema europeo comune di asilo come previsto nel Trattato di Lisbona e la sua crisi attuale

Il Trattato di Maastricht era costituito da una struttura a templio in cui le materie di competenza della Comunità europea erano divise in tre diversi pilastri, ciò aveva consentito di inserire la competenza in materia di visti, asilo e immigrazione nell'ambito della cooperazione GAI (terzo pilastro). Le competenze inserite nell'ambito del terzo pilastro si caratterizzavano per avere dei limiti "istituzionali, politici e giurisdizionali"; gli atti erano adottati attraverso procedure decisionali che richiedevano il voto unanime del Consiglio e relegavano il Parlamento europeo a una funzione meramente consultiva.

I regolamenti e le direttive, quali atti dell'allora Comunità, potevano essere adottati esclusivamente nelle materie riconducibili al Titolo IV TCE, ciò in virtù del disposto dell'art 34 del TUE che contemplava specifici atti del terzo pilastro: posizioni comuni, decisioni-quadro e

COM(2015) 8 final, Bruxelles 20/01/2015.

[201] Si veda Comunicato stampa del Parlamento europeo del 6 luglio 2016, Approvata la nuova Guardia costiera e di frontiera europea, reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20160701IPR34480/20160701IPR34480_it.pdf.

[202] Decisione(PESC)2015/778 del Consiglio; Per un approfondimento sull'operazione EUNA FOR MED SOPHIA si veda https://eeas.europa.eu/csdp-missions-operations/eunavfor-med/12353/background-documents-and-legal-basis-eunavfor-med-operation-sophia_en. In dottrina si veda N. RONZITTI, *Emergenza e respingimenti in alto mare*, in http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=3098.

convenzioni. Questi atti vincolanti dovevano essere recepiti dagli Stati poiché ne era escluso l'effetto diretto, salvo comunque l'obbligo degli Stati all'interpretazione conforme delle norme interne al diritto primario dell'Unione europea.[203]

Gli atti del terzo pilastro erano adottati dal Consiglio all'unanimità e su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro così come disposto dall'art. 34, par. 2 TUE, e con l'eccezione delle posizioni comuni, previa consultazione del Parlamento europeo *ex* art. 39, par. 1 TUE. È evidente, quindi, che la procedura stabilita inizialmente per l'adozione di questi atti attribuiva un potere enorme al Consiglio e agli Stati che lo costituivano.

Per le materie che facevano parte del pilastro comunitario la procedura di adozione degli atti era regolata dall'art. 67 TCE che prevedeva o la procedura di co-decisione o la procedura di base, in funzione dei casi, assicurando così una maggiore partecipazione del Parlamento europeo.

Per quanto concerneva la conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione, sussistevano delle differenze poiché l'art. 38 TUE rinviava all'art. 24 TUE, dando così competenza alla negoziazione alla Presidenza mentre la conclusione spettava al Consiglio, dunque, non vi era alcun coinvolgimento del Parlamento europeo.

Per quanto concerneva il controllo giurisdizionale, la Corte di giustizia godeva delle competenze consuete relative alle materie del pilastro comunitario, mitigate però da due limiti: uno previsto dall'art. 68 TCE secondo il quale il potere di proporre un rinvio pregiudiziale era riservato ai giudici di ultima istanza; l'altro limite era rappresentato dal fatto che alla Corte era escluso il potere di pronunciarsi sulle misure relative all'attraversamento delle frontiere interne adottate in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza

[203] Corte di giustizia, 16 giugno 2005, Causa C- 105/03, *Pupino*, punti 43-44.

interna.

La competenza della Corte di giustizia nelle materie afferenti al terzo pilastro era definita dall'art. 35 TUE, e quindi la competenza pregiudiziale era subordinata a un'espressa accettazione dello Stato membro. Lo Stato che accettava poteva altresì contestualmente decidere se il rinvio fosse aperto a tutti i giudici o solo a quelli di ultima istanza.[204]

Un altro limite della Corte di giustizia era rappresentato dal fatto che essa non era: *«competente a riesaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*».[205]

Per quanto riguarda il ricorso di legittimità degli atti si evidenzia che l'azione di annullamento era prevista anche per gli atti del terzo pilastro. Tuttavia erano presenti alcuni correttivi: erano impugnabili solo le decisioni e le decisioni-quadro; le convenzioni, giacché atti adottati dagli Stati, e non dalle istituzioni, non erano impugnabili; i legittimati attivi al ricorso erano gli Stati e la Commissione.

Non vi era, invece, un ricorso paragonabile all'azione d'infrazione per controllare l'adempimento degli Stati agli obblighi del terzo piastro. Comunque non era escluso che la Corte di giustizia fosse investita di una controversia riguardante la mancata attuazione degli atti: in questi casi la Corte di giustizia poteva conoscere di una controversia tra Stati avente a oggetto l'interpretazione o l'applicazione di un atto del terzo pilastro, ove la controversia stessa non fosse già stata risolta dal Consiglio. Quindi, tra le controversie che si riferiscono all'applicazione degli atti adottati *ex* art. 34 TUE *pre-Lisbona*, andavano annoverate quelle relative

[204] A. LANG, (commento di), in A. TIZZANO, *I Trattati dell'Unione europea*, *cit*. p-811.

[205] Art. 35, par. 5 TUE *pre-Lisbona.*

alla mancata o non corretta applicazione delle decisioni-quadro.[206]

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutte le materie in esso contenute sono state riunite nel Titolo V e oggi sono tutte sottoposte alle stesse procedure per l'adozione degli atti di cui all'art. 288 TFUE.

Gli atti che l'Unione adotta nelle materie dello spazio di libertà sicurezza e giustizia sono approvati mediante procedura legislativa ordinaria, salvo alcune limitate eccezioni che riguardano casi in cui è adottata la procedura legislativa speciale[207], o non viene adotta la procedura legislativa.[208]

Un'altra importante modifica segnata dal Trattato di Lisbona riguarda le competenze della Corte di giustizia la quale non trova adesso alcun limite salvo quanto previsto dall'art. 276 TFUE.[209]

Per quanto riguarda la procedura che concerne gli accordi internazionali, occorre rilevare che si tratta di un'unica procedura prevista dall'art. 218 del TFUE la quale prevede l'approvazione del Parlamento europeo. In tema di dimensione esterna in materia d'immigrazione e asilo è la Commissione europea che negozia gli accordi di riammissione.

---

[206] *Ibidem*.

[207] È adottata la procedura legislativa speciale nei seguenti casi: art. 77, par. 3 TFUE per l'adozione di misure in materia di documenti di identità; art. 81, par. 3 TFUE per l'adozione di misure relative al diritto di famiglia; art. 86 TFUE per l'istituzione di una Procura europea; art. 87, par. 3 TFUE per la cooperazione operativa tra le autorità di polizia; art. 89 TFUE per determinare le condizioni alle quali le autorità di uno Stato membro possono operare nel territorio degli altri.

[208] Non è adottata a procedura legislativa nei seguenti casi: art. 69 TFUE sulle modalità della valutazione reciproca degli Stati; art. 74 TFUE sulla cooperazione amministrativa; art. 78, par. 3 TFUE per l'adozione di misure temporanee in caso di afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi; art. 82 par. 2 *lett. d)* TFUE; art. 83, par. 1, comma 3.

[209] Art. 276 TFUE: «*Nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni dei capi 4 e 5 della parte terza, titolo V concernenti lo spazio di libertà sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*».

Alla luce del quadro normativo europeo *post-Lisbona* in materia di accordi internazionali emerge, con riferimento al recente accordo stipulato tra gli Stati membri del Consiglio e il governo di Ankara[210], che lo stesso non è stato adottato alla luce delle norme previste dei trattati, esso, infatti, deve essere considerato alla stregua di un trattato di diritto internazionale frutto del lavoro diplomatico degli Stati che l'hanno stipulato; sulla natura giuridica dell'accordo UE-Turchia si sono sollevate diverse critiche.[211]Rinviando alle conclusioni del presente lavoro l'analisi dell'attuale accordo Ue- Turchia, occorre adesso esaminare nello specifico le norme del Trattato di Lisbona che attribuiscono competenza all'Unione in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione le quali sono disciplinate al capo II del Titolo V del TFUE e più precisamente agli artt. 77-80.[212]

In particolare, ci soffermeremo sull'art. 78 del TFUE[213]quale fulcro della

[210] Dichiarazione UE- Turchia del 18 marzo 2016.

[211] Si veda capitolo V.

[212] Per un approfondimento si veda in dottrina: A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione,* in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 3^ ed., 2010, p. 64 ss.; J.Y. CARLIER, *Quels progrès pour les libertés?,* in C. KADDOUS- M. DONY, *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, 2010, p. 83 ss.; J. GROMOVS, *EC Visa Facilitation Agreements and readmission agreements – State of play and future perspective*, in M. MAES – C. FOBLETS – P. DE BRUYCKER (a cura di), *External Dimentions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Bruxelles, 2011, p. 203 ss.; A. LIGUORI – N. RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 539 ss.

[213] Art. 78 TFUE:«1. *L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e gli altri trattati pertinenti. 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure relative ad un sistema europeo comune di asilo che includa: a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di*

nostra ricerca, poiché esso rappresenta la base giuridica per la costruzione di uno spazio comune europeo di asilo.[214]

Una novità introdotta dal Trattato di Lisbona è rappresentata dalla scissione del vecchio art. 63 TCE, che disciplinava unitamente l'asilo e l'immigrazione, in due norme distinte: l'appena citato art. 78 TFUE, riservato ora interamente all'asilo, e l'art. 79 TFUE dedicato invece all'immigrazione.

Oggi l'Unione europea può definire una politica nei settori dell'asilo e

---

afflusso massiccio; d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea. 3. Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo».

[214] Per un approfondimento si veda la vastissima dottrina in materia che qui si cita senza pretesa di esaustitività: P. DE BRUYCKER, *L'emergence d'une politique européenne d'immigration*, in J-Y. CARLIER (a cura di), *L'étranger face au droit,* Bruxelles, 2010, p. 351 ss.; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in DUE, 2010, p. 19 ss.; C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione,* in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2010, p. 13 ss.; C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto di asilo, cit. ;* M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione: solidarietà tra Stati membri e misure nazionali di regolamentazione,* in A. LIGUSTRO G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia,* Liber Amicorum in onore di Paolo Picone, Napoli 2011, p. 895 ss.; M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea,* in V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione,* I*,* Modena, 2010, p. 45 ss.; H. LABAYLE, *La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, p. 3 ss.; H. LABAYLE, *La competence externe de l'Unione européenne en matière migratoire,* in M. MAES- M. C. FOBLETES – P. DE BRUYCKER (a cura di), *Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE/External Dimensions of EU Migration and asylum and Policy,* Bruxelles, 2011; F. MAIANI, *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et statu quo en droit des étrangers sous l'influence de la directive sur le retour,* in Annuaire suisse de droit européen, 2008-2009, Zürich, p. 289 ss.; S. PEERS – E. GUILD – D. ACOSTA – K. GROENENDIJK – V. MORENO LAX, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, EU immigration Law,* Leiden, 2012; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, II ed. Giappichelli, Torino, 2016.

dell'immigrazione, non essendo più obbligata ad adottare esclusivamente norme minime volte a fissare semplicemente alcuni principi comuni. L'indicazione contenuta nel Trattato di Lisbona di avviare una politica comune dovrebbe favorire l'elaborazione di criteri uniformi in relazione a queste materie, così da poter realizzare una maggiore integrazione.

Dopo aver letto con attenzione il testo dell'art. 78 TFUE è possibile apprestare una prima valutazione circa la conformità di tale norma con il diritto internazionale. Porsi un problema di possibile conformità della normativa dell'Unione al diritto internazionale non è questione meramente teorica, infatti, come si ricorderà a differenza di tutti gli Stati membri, l'Unione stessa non fa parte della Convenzione di Ginevra, dunque, non è obbligata a essa dal punto di vista formale del diritto internazionale pubblico. Inoltre, non vi è alcun progetto di adesione dell'Unione alla Convenzione. Tuttavia, il disposto normativo dell'art. 78 TFUE presenta tutt'altro scenario, stabilendo a chiare lettere che l'*acquis* dell'UE in materia di asilo deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al Protocollo del 1966. Dunque, il mancato rispetto della Convenzione di Ginevra costituisce violazione dell'art. 78 TFUE e può condurre anche all'annullamento della legislazione derivata di cui, tra l'altro, si richiede sempre un'interpretazione conforme al sistema ginevrino.[215]Questa interpretazione è stata confermata anche dalla prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia nelle sentenze interpretative della direttiva "qualifiche" 2011/95/EU.[216]

Ebbene, ai fini della presente indagine di ricerca circa l'individuazione di

[215] Nello stesso senso: K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1029; K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum*, p. 40; BATTJES, *European Asylum*, p. 101; MUZAK, *Article 78 TFUE*, p. 5; WEISS, *Article 78 TFUE*, p.5.

[216] Ci si riferisce ai seguenti casi giurisprudenziali: Cgue, *Abdulla*, C- 175/08; C-176/08; C-178/08 e C-179/08; Cgue, *Babol*, C-31/09; Cgue, *B*., C- 57/09 e 101/09.

un diritto individuale all'asilo, occorre osservare che autorevole dottrina ha affermato che la necessaria conformità – autoimposta all'art. 78 TFUE – del sistema europeo comune di asilo alla Convenzione di Ginevra non muta le caratteristiche proprie del diritto internazionale. Pertanto, la Convenzione di Ginevra è parte integrante del diritto dell'Unione ma continua a essere soggetta ai principi interpretativi del diritto internazionale, ne deriverebbe che dall'art. 78 TFUE non può farsi discendere un diritto individuale all'asilo perché non previsto dalla Convenzione di Ginevra[217], tuttavia garanzie individuali e un preciso diritto soggettivo all'asilo sembra potersi ricavare dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'obbligo di conformità alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al Protocollo del 1966 non è una novità del Trattato di Lisbona, infatti, anche l'art. 63 del Trattato di Amsterdam e l'art. K2 del Trattato di Maastricht contenevano simili indicazioni. Tuttavia, a differenza delle precedenti previsioni che si limitavano solo a un'applicazione della protezione dei rifugiati *stricto sensu* intesa, l'art. 78 TFUE specifica che alla necessità di conformità della normativa europea alla Convenzione di Ginevra del 1951 corrispondono l'applicazione di strumenti normativi dell'Unione volti a garantire e tutelare i diritti umani. Questi strumenti di maggiore garanzia dei diritti individuali della persona caratterizzano l'*acquis* del sistema europeo comune di asilo; un esempio di questa più ampia tutela offerta dal diritto europeo è data dalla normativa sulla protezione temporanea e sulla protezione sussidiaria. Si precisa che, mentre per la protezione dei rifugiati vi è un'indicazione precisa offerta dal diritto internazionale, per quanto riguarda la protezione temporanea e sussidiaria non vi sono categorie dottrinali di diritto internazionale,

[217] In questo senso L.S.ROSSI, Article 78 TFUE, para 3; ; MUZAK, *Article 78 TFUE*, para 7; WEISS, *Article 78 TFUE*, p.6.

pertanto il legislatore europeo conserva per sé la possibilità di definire i contorni del regime di protezione sussidiaria o temporanea dell'Unione europea, purché sempre non in contrasto con il diritto internazionale e in conformità con i diritti umani.[218]

La disposizione dell'art. 78 TFUE circa la conformità del sistema europeo comune di asilo alla Convenzione di Ginevra ha una precisa natura politica. Il Trattato ha stabilito un obbligo costitutivo stabilendo la conformità alla Convenzione di Ginevra pur non essendone parte, se non l'avesse fatto non avrebbe potuto pretendere di interpretare essa stessa i requisiti di conformità alla Convenzione. Questa tecnica ha messo in risalto il primato dell'Unione europea. In tal modo è stata data la possibilità all'Unione di interpretare la Convenzione di Ginevra, di cui non fa parte. Costante giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato che i Trattati dell'UE stabiliscono un ordine giuridico autonomo e distinto dal diritto internazionale pubblico, sulle norme stabilite dai trattati dell'Ue, non trovano attuazione le norme sui conflitti concernenti l'applicazione di successivi trattati internazionali relativi alla stessa materia.

Ove i giudici nazionali avessero dubbi sulla presunta violazione o interpretazione delle norme della Convenzione di Ginevra dovranno adire la Corte di giustizia dell'Ue attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE.[219] Quindi, la Corte di giustizia dell'Unione europea è la massima autorità competente a pronunciarsi sulla conformità al diritto internazionale dei rifugiati nell'ordinamento dell'Unione europea.

---

[218] K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1029.

[219] K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1030.

La disposizione prevista dall'art. 78 TFUE mira ad assicurare che a qualsiasi cittadino di Paese terzo che abbia bisogno di protezione internazionale[220], sia offerto uno *status* appropriato e *uniforme*[221]valido nell'Unione europea. L'utilizzo del termine *uniforme* indica il potenziale tentativo di voler superare le regole che contraddistinguono la politica "comune" dell'Unione, individuando l'obiettivo del raggiungimento di uno *status* uniforme. Occorre quindi riflettere sulle conseguenze che possono, o potrebbero discendere, dalla piena realizzazione di uno *status uniforme* di asilo valido in tutta Europa. La prima considerazione, ovvia, è in relazione alla libertà di circolazione e movimento dei beneficiari di protezione. Ebbene, allo stato attuale a differenza dei cittadini europei, i rifugiati e i cittadini di Paesi terzi non beneficiano del diritto individuale alla libertà di movimento nel mercato unico, infatti, rimane una decisione del legislatore europeo se, e se si a quali condizioni, può essere consentita la libertà di movimento nell'Unione europea.[222]Si potrebbe quindi dedurre che l'art. 78, par. 2 costituisce la base legale per permettere al legislatore europeo di adottare con la procedura legislativa ordinaria le condizioni di libertà di circolazione entro l'Unione dei beneficiari dello *status uniforme di asilo*. Queste conclusioni sarebbero conformi ai principi che ispirano l'ordinamento dell'Unione, in altre parole quello di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento, nonché il linea con i principi fondamentali statuiti nell'art. 2 del Trattato sull'Unione.

[220] Più avanti ci si soffermerà sulla nozione europea di protezione internazionale che appare *icto oculi* di ampia portata volta a ricomprendere le diverse forme di: asilo europeo, protezione sussidiaria e protezione temporanea.

[221] Il Trattato di Lisbona nelle sue diverse traduzioni reca la medesima espressione terminologica per indicare lo statu di protezione che l'Unione mira a offrire: così nella lingua inglese si legge *Uniform Status of Asylum*; nella lingua francese *statut uniforme d'asile*; nella lingua tedesca *einheitlicher Asylstatus*.

[222] Per un approfondimento si veda D. THYM, *Legal Framework for UE Immigration Policy*, in *EU Immigration and Asylum Law*, a commentary, II edizone, 2016, pp. 28-36.

Con il Trattato di Lisbona viene per la prima volta indicata la qualifica di asilo europeo, quasi a sottolineare la peculiarità della protezione internazionale offerta dall'Unione rispetto alle altre aree geopolitiche del mondo.[223]

Come più volte è stato ricordato, allo stato attuale il sistema europeo comune di asilo sta vivendo una profonda crisi, il cui segno tangibile è dato dal numero incessante di morti nelle acque del Mediterraneo; ciò ha indotto la Commissione ad adottare una nuova agenda per l'immigrazione[224] il cui scopo è quello di rilanciare in modo più efficace la politica dell'Unione in materia di asilo al fine di proteggere quanti continuano a cercare rifugio in Europa e scongiurare altre tragedie.

La Commissione ha quindi proposto un'azione immediata volta a salvare vite in mare rafforzando le operazioni congiunte *Triton* e *Poseidon* di *Frontex*, così da intensificare le attività di soccorso, ricerca e salvataggio che aveva garantito l'operazione italiana *Mare Nostrum.* Inoltre, proprio sul fronte del controllo delle frontiere esterne il Presidente della Commissione europea Jean-Claude Junker in occasione del discorso pronunciato il 9 settembre 2015 sullo stato dell'Unione ha dichiarato che: « *una politica unitaria nel settore dell'asilo e dei rifugiati richiede altresì maggiori sforzi condivisi per rendere sicure le nostre frontiere esterne. Fortunatamente, al fine di garantire la libera circolazione delle persone sono stati aboliti i controlli alle frontiere tra gli Stati membri all'interno dell'area Schengen: si tratta di un simbolo veramente unico dell'integrazione europea. Ma alla libera circolazione interna corrisponde l'altra faccia della medaglia: dobbiamo lavorare in*

[223] B. NASCIMBENE, *Asilo e status di rifugiato*, *cit*., p. 281 ss.

[224] COM (2015) 240 Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 13.05.2015, reperibile alla pagina web http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf

maniera più coesa per la gestione delle nostre frontiere esterne. I nostri cittadini non si aspettano niente di meno. Come annunciato dalla Commissione lo scorso maggio, e da me nel corso della campagna elettorale: dobbiamo rafforzare Frontex in modo significativo e svilupparla trasformandola in un sistema pienamente operativo per il controllo delle frontiere e delle coste europee».[225]Ne è seguita, come si è già anticipato, una proposta della Commissione europea per l'istituzione di una guardia costiera e di frontiera europea al fine di far fronte alle nuove sfide e alle realtà politiche dell'Unione.

Il secondo obiettivo fissato dall'Agenda europea per la migrazione è di combattere le reti criminali di trafficanti e la Commissione intende perseguire tale scopo attraverso delle operazioni di politica di sicurezza e difesa comune destinate a identificare, catturare e distruggere sistematicamente le imbarcazioni usate dai trafficanti, e attraverso il potenziamento da parte dell'Agenzia europea Europol della squadra operativa congiunta per l'informazione marittima chiamata Jot Mare.

Inoltre, è apparso necessario per far fronte all'enorme numero di migranti in arrivo in Europa, inserire nell'Agenda europea delle proposte intese all'adozione di una politica efficace di ricollocazione.[226]La Commissione tocca dunque uno dei nodi più duri da sciogliere della politica europea in materia di asilo, infatti, si prende atto della difficoltà degli Stati membri di primo ingresso a far fronte all'ingente numero di migranti che a ondate cicliche fanno ingresso nel loro territorio per richiedere protezione, l'Italia e la Grecia sono, infatti, i Paesi che più di

[225] Jean- Claude Junker, *Discorso sullo stato dell'Unione 2015*, 9 settembre 2015 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_it.htm .

[226] S'intende per ricollocazione la distribuzione tra gli Stati membri di persone con evidente bisogno di protezione. Si vedano: decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia; decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia.

tutti soffrono tale pressione migratoria e fanno fatica fronteggiare l'accoglienza dei migranti. Per tale ragione la Commissione europea ha suggerito, *ex* art. 78, par. 3 TFUE, l'adozione di strumenti di solidarietà tra Stati membri; la Commissione ha, infatti, proposto l'attivazione di un meccanismo temporaneo per la distribuzione delle persone con evidente bisogno di protezione internazionale in modo da garantire la partecipazione equa ed equilibrata di tutti gli Stati membri allo sforzo comune. Dalla lettura dell'agenda europea della Commissione traspare l'intenzione di dover adottare nel lungo periodo una politica duratura di ricollocazione fondata su principi di responsabilità e solidarietà tra Stati, si legge nella comunicazione della Commissione: «*l'Ue necessita di un sistema permanente per condividere tra gli Stati membri la responsabilità dei numerosi rifugiati e richiedenti asilo. La Commissione presenterà una proposta legislativa entro il 2015 che preveda un sistema di ricollocazione obbligatorio di attivazione automatica che in caso di afflusso massiccio distribuisca all'interno dell'UE le persone con evidente bisogno di protezione internazionale. Il sistema terrà conto degli sforzi già compiuti dagli Stati membri*».[227]

L'allegato I all'agenda europea è dedicato ai programmi europei di ricollocazione e reinsediamento in cui è spiegato che la chiave di distribuzione si baserà su criteri obiettivi, qualificabili e verificabili che riflettono la capacità degli Stati membri di assorbire e integrare i rifugiati.[228]

---

[227] COM (2015) 240 Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 13.05.2015, p. 5, reperibile alla pagina web http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf .

[228] Nell'allegato 1 all'Agenda europea sull'immigrazione la Commissione chiarisce i criteri che verranno utilizzati per la ricollocazione, e precisamente: popolazione complessiva; PIL; media delle domande di asilo presentate spontaneamente e numero di rifugiati reinsediati per milione di abitanti nel periodo 2010-2014 che riflettono gli

Come si analizzerà meglio nel prosieguo del lavoro, il piano di ricollocazione e reinsediamento proposto dalla Commissione non ha sortito grandi effetti poiché il numero di rifugiati ricollocati è stato ampiamente sotto le aspettative. Un discorso diverso, invece, merita l'accordo Ue- Turchia sulla ricollocazione dei migranti, di cui si parlerà al termine del presente lavoro di ricerca.

Il punto III. n. 3 dell'Agenda europea per l'immigrazione è intitolata "*Onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte*" in cui la Commissione ha individuato le seguenti azioni fondamentali da intraprendere: 1) nuovo sistema di monitoraggio e valutazione per il sistema comune europeo di asilo e orientamenti per migliorare le norme sulle condizioni di accoglienza e procedure di asilo; 2) orientamenti in materia di lotta contro gli abusi del sistema di asilo; 3) potenziamento delle disposizioni sul paese di origine sicuro, della direttiva procedure per il trattamento rapido delle domande dei richiedenti asilo provenienti da paesi designati tali; 4) misure per promuovere l'identificazione sistematica e il rilevamento delle impronte digitali; 5) riesame e revisione del Regolamento Dublino.

Occorre osservare che, ancora una volta, l'Unione europea perde di vista il problema di fondo che caratterizza il sistema europeo comune di asilo ovvero: l'incapacità, o l'impossibilità, dell'Unione di controllare gli eventi che accadono nei Paesi di origine e che generano il movimento delle persone verso le frontiere europee. Il sistema europeo comune di asilo continua a lasciare il fianco scoperto a continue tragedie, poiché tutti gli strumenti adottati dall'Unione mirano esclusivamente all'armonizzazione legislativa tra gli Stati membri, mancando del tutto

sforzi compiuti negli ultimi anni dagli Stati membri; tasso di disoccupazione. Per un approfondimento si veda P. MORI, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in Il diritto dell'Unione europea, A. 21:n. 1 (2016:gen) , p. 103-114.

una politica europea capace di gestire in origine il flusso dei migranti. La politica europea, infatti, ha solo influenzato indirettamente gli eventi che originano al di fuori dei confini europei, ma non è stata in grado né di arginarli né di evitarne epiloghi catastrofici. L'Unione europea dovrebbe operare allo stato attuale una seria riflessione sull'adozione di una possibile disciplina capace di gestire la crisi dei rifugiati al di fuori dei confini europei perché è proprio in quelle zone che si sta consumando un'insopportabile tragedia umanitaria. Pertanto si fanno proprie e si condividono le riflessioni di autorevole dottrina ove si è sostenuto che: «*the move towards a continental asylum system entailed that situation of the external borders became the subject of debate following the death of thousands of migrants trying to cross the Mediterranean, often on boats not fit for travel on the high seas*».[229]

Il 2015-2016 è stato caratterizzato per l'enorme flusso di rifugiati, circa un milione di persone, che hanno attraversato le rotte est del Mediterraneo, dalla Turchia alla Grecia, o dai Balcani verso l'Europa centrale; l'Unione come si è visto ha risposto con un mix di misure che vanno dal rafforzamento di operazione come *Frontex* all'adozione di relazioni e sistemi di reinsediamento, oltre che l'avvio di una cooperazione con Paesi terzi come la Turchia, con la portata extraterritoriale dei diritti fondamentali[230] o l'adozione di nuovi strumenti legislativi come il Regolamento sulle frontiere marittime[231], e

[229] K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1024

[230] Per un approfondimento si veda D. THYM, *Legal Framwork for Entry and Border Controls,* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 216, pp. 38-41.

[231] Per un approfondimento si veda B.RYAN, *Regulation (EU) no. 656/2014* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 239-271.

la riforma del regolamento Dublino III[232]; è inoltre oggetto di esame anche l'effettiva implementazione della direttiva 2013/33/ UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, anch'essa sottoposta al progetto di riforma presentato dalla Commissione europea il 13 luglio 2016[233]con il quale s'intende inoltre sostituire la direttiva "qualifiche" e la direttiva "procedure" con due regolamenti. Il progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo è ancora in discussione, non resta dunque che analizzare più nel dettaglio le norme e l'azione dell'Unione a un anno dall'emanazione dell'appena descritta agenda europea, quindi valutare ciò che è stato fatto e i risultati raggiunti, e infine provare a prospettare *de iure condendo* nuove soluzioni.[234]

CAPITOLO III

IL "SISTEMA COMUNE EUROPEO" DI ASILO

[232] La riforma del Regolamento Dublino III verrà esaminata più avanti, in dottrina si veda C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Regulation (EU) No 604/2013*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. BECK, HART, NOMOS, 2016, pp. 1478-1604; F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Studio per la Commissione LIBE Parlamento europeo, 2016, reperibile sulla pagina internet http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf .

[233] Comunicato stampa della Commissione, Completare la riforma del sistema europeo comune di asilo: verso una politica in materia di asilo efficace, equa e umana, Bruxelles, 13 luglio 2016, reperibile file:///Users/fefe/Downloads/IP-16-2433_IT%20(3).pdf.

[234] L'oggetto della presente indagine scientifica è stato sottoposto a più riforme legislative, l'ultima della quale è ancora in fase di negoziazione in seno alle istituzioni europee; inoltre poiché la disciplina giuridica in tema di protezione internazionale è un groviglio di norme di diversa natura: internazionale, regionale e nazionale, le costanti modifiche rendono incerto il quadro normativo di riferimento, pertanto per un approfondimento si veda fra gli altri, G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione,* II ed. Giappichelli, Torino, 2016; P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza: ingresso e soggiorno, protezione internazionale, ricongiungimento e coesione familiare, minori lavoro e pubblico impiego, allontanamento e diritto penale dell'immigrazione, condizioni di reciprocità e tutela contro le discriminazioni, cittadinanza*, Maggioli, 2015.

SOMMARIO: 1. La "protezione internazionale" come principio cardine della "politica comune europea" in materia asilo. 2. – La direttiva "qualifiche" n. 2011/95/UE. 2.1. Gli atti di persecuzione e la loro difficile interpretazione. 2.2. I diritti connessi al riconoscimento della protezione internazionale: una lettura in parallelo della direttiva "qualifiche" e della Convenzione di Ginevra, 3. – La normativa di armonizzazione, una breve premessa. 3.1. – Le direttiva "accoglienza"n.2013/33/UE. 3.2. – La direttiva "procedure"n.2013/32/UE. – 3.3. (segue) La legge Minniti-Orlando: verso procedure accelerate. – 4. Il regime stabilito dalle norme riconducibili al regolamento di Dublino. Il principio dello Stato di primo approdo: da principio fondativo a potenziale mera eccezione residuale.– 5. I minori stranieri non accompagnati e la loro disciplina specifica.

1. *La "protezione internazionale" come principio cardine della "politica comune europea" in materia asilo*

La politica dell'Unione europea è soggetta a una costante critica relativa allo scopo delle misure da essa adottate: ovvero quello di restringere e prevenire l'arrivo dei migranti in Europa, così da sopperire alla perdita di controllo delle frontiere interne da parte degli Stati. In questa prospettiva, gli Stati membri, ormai privati del controllo delle frontiere interne, chiederebbero all'Unione misure più incisive e stringenti in tema di accesso dei migranti entro il territorio dell'Unione. In ragione di ciò l'Unione si è attirata aspre critiche da parte di commentatori e associazioni a tutela dei diritti umani, i quali hanno visto nella normativa europea il riflesso delle originarie politiche di sostegno agli Stati membri per il controllo delle frontiere interne, attribuendole l'appellativo di "*fortezza Europa*".[235]

[235] EL- ENANY, *Who is the New European refugee?*, El Rev. 33, 2008, pp. 313-335; GUIL, *The Europeanisation of Europe's Asylum System*, IJRL 18(2006), p. 630, 638-640; MORENO- LAX, *Life after Lisbon: EU Asylum Policy as a factor of Migration Control*, in: ACOSTA ARCARAZO, MURPHY (eds), *EU Security and Justice Law*, Hart, 2014, p. 146, 148-157.

In verità, il quadro normativo europeo è molto più sfumato e merita di essere analizzato al fine di cogliere uno spirito più incline al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Si ritiene, infatti, che attraverso il principio di attribuzione delle competenze sarebbe possibile conferire all'Unione una gestione globale del fenomeno migratorio capace di tutelare il diritto all'asilo.

Tutta la normativa europea volta all'attuazione del sistema europeo comune di asilo si articola in astratto intorno alla nozione di protezione internazionale[236], che nella prospettiva europea acquisisce connotati originali e peculiari. Infatti, questa nozione, a differenza di quella adottata nel diritto internazionale generale, ricomprende in sé le diverse forme di protezione che possono essere riconosciute a una persona come: l'asilo, la protezione sussidiaria e la protezione temporanea. È lo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a indicare al comma 2 dell'art. 78 che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure necessarie alla costruzione di un sistema europeo comune di asilo che includa uno *status uniforme* in materia di asilo, uno *status uniforme* in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale, e infine misure necessarie a garantire un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio.[237]

Il merito e l'originalità della nozione di protezione internazionale dello straniero fornita dall'Unione è quello di aver voluto estendere e riconoscere forme di protezione a soggetti che per la loro condizione personale non avrebbero potuto ottenere protezione sulla base delle mere

[236] C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, op. *cit*, p.125 ss.
[237] Art. 78, comma 2 TFUE.

norme di diritto internazionale generale. Infatti, l'Unione riconosce forme di protezione «*per le quali non vi sono strumenti internazionali vincolanti gli Stati o si tratta di strumenti che pongono solo obblighi di tipo negativo, non ponendo vincoli di riconoscimento del diritto al soggiorno e, tantomeno, delle modalità di accoglienza*».[238]

È possibile osservare, quindi, che l'Unione pur avendo a fondamento della propria normativa il rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967[239], supera questi strumenti di diritto internazionale adottando una propria e autonoma nozione di protezione internazionale dello straniero che quindi risulta più estensiva e, almeno in via teorica, maggiormente idonea a garantire tutela a una platea più ampia di soggetti.

In tal senso, il "sistema europeo comune di asilo" è da intendersi quale insieme di norme volte a essere applicate comunemente a diverse categorie di richiedenti protezione internazionale, siano essi richiedenti asilo, richiedenti protezione temporanea o beneficiari di protezione sussidiaria. Il sistema è dunque "comune" anche perché applicabile a categorie diverse ma tutte bisognose di protezione internazionale. Seguendo questo ragionamento si perviene alla conclusione che la nozione di protezione internazionale europea è una nozione nuova, diversa e più ampia di quella offerta dal diritto internazionale classico. Obiettivo dell'Unione è quello di individuare uno *status* uniforme volto a garantire tutela a ogni individuo bisognoso di protezione.

[238] C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo, cit*, p. 125-126.
[239] Consiglio europeo di Tampere del 1999.

A sostegno di questa tesi appare utile richiamare la normativa di diritto positivo adottata dall'Unione e l'interpretazione che di essa è stata fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Occorre quindi indagare la nozione di *status uniforme* in materia di asilo ideato, concepito e quindi offerto dal sistema europeo comune di asilo.

2. La direttiva "qualifiche" n. 2011/95/UE

L'idea di *status* uniforme fu concepita, nella prima fase di attuazione del sistema europeo di asilo, con la direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 24 aprile 2004.[240]Lo scopo principale di questa direttiva era sancito nei *considerando* iniziali, ove veniva precisato che l'obiettivo era quello di assicurare che tutti gli Stati membri applicassero criteri comuni per identificare le persone che hanno bisogno di protezione internazionale, nonché di garantire che un livello minimo di protezione sia disponibile per tali individui in tutti gli Stati membri.[241]La direttiva del 2004, la cui base giuridica era l'allora art. 63 TCE, stabiliva norme minime per la definizione e il contenuto dello *status* di rifugiato, introducendo definizioni comuni per concetti chiave volti a individuare la necessità di offrire protezione internazionale al richiedente; questi concetti chiave individuati dal legislatore europeo erano ad esempio: la nozione di persecuzione o la definizione dei motivi di persecuzione.

---

[240] Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, ai cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta reperibile sulla pagina web http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:IT:PDF .

[241] Considerando n.6 Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004: «*lo scopo principale della presente direttiva è quello, da una parte, di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e, dall'altra, di assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri*».

La direttiva “qualifiche” 2004/83 è stata sostituita nella seconda fase di attuazione del sistema europeo comune di asilo dalla direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull’attribuzione, ai 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 di beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione ricevuta.[242] La base giuridica della direttiva è chiaramente l’art. 78, paragrafo 2 del TFUE; il documento finale presentato dalla Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio risale al 21 ottobre 2009[243]ed è stato adottato seguendo la procedura legislativa ordinaria *ex* art. 294 TFUE, i lavori di approvazione della direttiva durarono circa 2 anni.

Il *background* della direttiva "qualifiche” vede in prima linea il lavoro di studio della Commissione che nel 2004 aveva ricevuto dal Consiglio il compito di valutare gli strumenti normativi adottati nella prima fase d’integrazione del sistema europeo comune di asilo e quindi stabilire proposte per la seconda fase. Nel Piano strategico per l’asilo[244]la

[242] 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, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0095.

[243] Commissione, Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO della Commissione recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta europea, Bruxelles, 21.10.2009, COM (2009) 551, reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492792360742&uri=CELEX:52009PC0551.

[244]Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Piano strategico sull'asilo - Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea {SEC(2008) 2029} {SEC(2008) 2030} /* COM/2008/0360 def, reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492792595405&uri=CELEX:52008DC0360 .

Commissione aveva proposto di realizzare la seconda fase del sistema europeo comune di asilo elevando gli *standard* di protezione e assicurando la loro costante applicazione entro il territorio dell'Unione. Il lavoro della Commissione si era caratterizzato dalla raccolta d'informazioni circa il recepimento e l'implementazione della direttiva 2004/83/CE attraverso regolari attività di monitoraggio e attraverso l'esame di molti studi prodotti dall'UNCHR e da diverse ONG, nonché incontri di discussione su possibili modifiche alla direttiva.[245]La proposta della Commissione del 21 ottobre 2009 costituisce certamente un passo in avanti verso l'armonizzazione degli *standard* di protezione, tuttavia, alla fine, essa non ha compiuto quello slancio verso l'uniformità dello *status* di protezione tanto voluto e richiesto dalle ONG. Infatti, in sede di consultazione, sia i giudici sentiti che gli Stati membri consigliarono alla Commissione di procedere ancora una volta attraverso il metodo "dei piccoli passi", concedendo così agli Stati di acquisire esperienza con le nuove regole e dando la possibilità ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia di interpretare la direttiva prima di procedere al suo totale cambiamento.

Uno dei problemi di applicazione della direttiva "qualifiche" del 2004 fu quello di aver lasciato in mano agli Stati ampia discrezionalità circa i presupposti per l'acquisizione dello *status* di rifugiato, e ciò comportò una maggiore propensione al riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria a scapito del riconoscimento dello *status* di rifugiato. Proprio per questo, lo scopo della direttiva "qualifiche" del 2011 era quello di

[245] Furono esaminati tra gli altri i seguenti report: UNCHR, Asylum in the European Uninion, A study on the implementation of the Qualification Directive del 2007 reperibile sul sito http://www.refworld.org/docid/473050632.html; ELENA/ECRE, The impact of EU Qualification Directive on International protection del 2008 reperibile alla pagina web http://www.ecre.org/component/downloads/131.html ; tra le occasioni di incontro più rilevanti si segnala tra i tanti tenutosi nel giugno del 2008 con i giudici dell'*International Association of Refugees Law Judges*, con accademici, l'UNHCR, ed esperti in materia di ogni Stato membro.

rendere sempre più omogeneo il sistema di protezione internazionale offerto dall'Unione; tuttavia nella sua proposta del 2009 la Commissione disattese le indicazioni delle ONG e dell'UNHCR di creare un unico *status* di protezione e continuò a prevedere le due diverse categorie di rifugiati e beneficiari di protezione sussidiaria, seppur cercandone un'armonizzazione.

Può essere utile esaminare nel dettaglio la direttiva facendo parimenti riferimento all'interpretazione che di essa ne ha dato la Corte di giustizia europea.

Come si è detto la direttiva "qualifiche" descrive i criteri di determinazione di diverse categorie di persone: rifugiati e beneficiari di protezione sussidiaria.

Ai sensi della direttiva "qualifiche" è rifugiato «*il cittadino di un paese terzo il quale per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese, oppure l'apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'art. 12*»[246]; mentre è meritevole di beneficiare della protezione sussidiaria «*il cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora*

[246] Art. 2, lett. d) della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, *cit*.

abituale, correrebbe un rischio effettivo, di subire un grave danno come definito all'art.15, e al quale non si applica l'art. 17 paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio non vuole avvalersi della protezione di detto paese».[247]

Entrambe queste categorie sono meritevoli di protezione internazionale così com'è definito all'art. 2 in quanto, lo scopo principale della direttiva è quello di creare uno *status* uniforme per questi due beneficiari di protezione internazionale affinché ogni Stato membro possa garantire a questi soggetti protezione. L'obiettivo della direttiva "qualifiche" di determinare, entro gli Stati membri, un livello d'integrazione tale da riuscire a riconoscere uno *status* uniforme di protezione mira anche a limitare il fenomeno dei movimenti secondari, che sono causati in modo significativo proprio dalla diversità dei singoli ordinamenti nazionali.

Questa normativa dell'Unione, per quanto persegua un obiettivo meritevole, contiene in se un limite: essa indica agli Stati membri i criteri di determinazione degli *status,* ma gli Stati pur essendo vincolati alla direttiva continuano a mantenere il diritto di garantire il riconoscimento di questi *status* secondo proprie procedure e soprattutto ogni Stato membro non è vincolato dalla decisione sulla determinazione dello *status* già adottata da un diverso Stato membro.[248]

Per quanto concerne la disciplina bisogna premettere che la direttiva "qualifiche" si applica solo ai cittadini di Paesi terzi e agli apolidi, e non si applica quindi ai cittadini dell'Unione europea. Inoltre, la direttiva non si applica nemmeno ai cittadini di Paesi terzi o apolidi che sono

[247] Art. 2 lett. f) della direttiva Qualifiche 2011/95/Ue.

[248] In questo senso H. DÖRIG, *Asylum Qualification Directive 2011/95/UE*, in *EU Immigration and Asylum Law*, a commentary, II edizione, 2016, p.1115; nella prassi si veda *German B*undesverwaltungsgericht (Corte federale amministrativa) sentenza del 17 giugno 2014, n. 10 C- 7.13, paragrafo 29, reperibile in inglese sul sito www.bverwg.de .

autorizzati a rimanere nel territorio di uno Stato membro per motivi diversi dal bisogno di protezione internazionale, infatti, ogni Stato membro discrezionalmente può concedere il permesso di rimanere sul proprio territorio a cittadini di Paesi terzi o apolidi per motivi caritatevoli o umanitari.[249]

Con la direttiva "qualifiche" 2011/95/UE i diritti connessi alla concessione della qualifica di rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria sono stati ancora di più armonizzati, infatti, non vi sono più grandi differenza circa la possibilità di richiedere il ricongiungimento familiare dei propri congiunti, il diritto all'impiego, l'assistenza sanitaria; quindi le differenze prima esistenti sotto la direttiva "qualifiche" 2004/83/CE sono state eliminate. Permane comunque un'unica, e non irrilevante, differenza circa la durata del permesso di soggiorno connesso al riconoscimento dei diversi *status* e la possibilità per gli Stati membri di limitare le prestazioni assistenziali concesse ai beneficiari di protezione sussidiaria.

La struttura della direttiva è la seguente: al capo I sono indicate le disposizioni di carattere generale, mentre ai capi II-VI sono inserite le norme sulla determinazione degli *status* e al capo VII è definito il contenuto della protezione riconosciuta.

2.1. Gli atti di persecuzione e la loro difficile interpretazione

Per quanto concerne gli atti di persecuzione di cui all'art. 9 della direttiva, nel primo paragrafo sono indicati gli atti di persecuzioni previsti dalla Convenzione di Ginevra, al paragrafo 2 sono specificati gli

[249] Molti Paesi dell'Unione europea hanno adottato una disciplina nazionale che prevede una protezione aggiuntiva per motivi umanitari e caritatevoli, per esempio la Germania concede protezione a persone che hanno gravi malattie che non possono essere curate nel loro Paese di origine; oppure la Svezia concede forme di protezione aggiuntive ai c.d. rifugiati ambientali.

atti di persecuzione, essi possono assumere varie forme: *a)* atti di violenza fisica, psichica compresa la violenza sessuale; *b)* provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; *c)* azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; *d)* rifiuto di accesso ai mezzi di ricorso giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; *e)* azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo comporterebbe la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nell'ambito dei motivi di esclusione di cui all'art. 12 paragrafo 2; *f)* atti specificatamente diretti contro un sesso o contro l'infanzia.[250]

La direttiva specifica altresì i motivi della persecuzione indicando agli Stati membri che nel determinarli dovranno tenere in considerazione delle indicazioni previste all'art. 10 della direttiva concernenti la definizione dei concetti di "*razza*"; "*religione*"; "*nazionalità*"; "*gruppo sociale*".[251]

In tema di riconoscimento della protezione internazionale offerta dal sistema europeo comune di asilo, ricopre un ruolo fondamentale la Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale con la sua funzione interpretativa ha, di fatto, riempito di significato le disposizioni della direttiva "qualifiche".[252]

Proprio in relazione agli atti di persecuzione e ai motivi di persecuzione la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fornito un ausilio

[250] Art. 9 della direttiva "qualifiche" n. 2011/95/UE.
[251] Art. 10 della direttiva "qualifiche" n. 2011/95/Ue.
[252] Si veda: Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2010, causa C-175/2008, caso *Abdulla* e altri contro Bundesrepublik Deutschland; Corte di giustizia, sentenza del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, caso *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*; Corte di giustizia, sentenza del 17 giugno 2010, causa C-31/09, caso *Nawras Bolbol contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*; Corte di giustizia, sentenza 30 gennaio 2014, causa C-285/12, caso Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

indispensabile, si pensi ad esempio alla sentenza *Y e Z c. Germania*[253]ove la Corte ha chiarito che i richiedenti asilo omosessuali possono costituire un particolare gruppo sociale esposto al rischio di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale (artt. 9 e 10 della direttiva), infatti, l'esistenza nel Paese d'origine di una pena detentiva per atti omosessuali qualificati come reato può, di per sé, costituire un atto di persecuzione, purché tale pena trovi effettivamente applicazione.

È proprio la Corte di giustizia dell'Unione europea che nella sentenza *Abdulla*[254]ha affermato che il diritto europeo d'asilo rappresenta una *variazione del diritto internazionale*, e che la direttiva "qualifiche", in particolare, contiene norme più favorevoli di quelle offerte dal diritto internazionale della Convenzione di Ginevra del 1951, sebbene la Convenzione, ad avviso della Corte di giustizia, costituisca la pietra angolare del sistema di protezione internazionale.[255]

Quest'orientamento della Corte di giustizia è confermato dalla lettera dell'art. 78, paragrafi 1 e 2, così come dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, e dai *considerando* numeri 3, 4, 23 e 24 della direttiva "qualifiche".

Nella sentenza *Bolbol*[256]*,* la Corte di giustizia ha precisato che la direttiva deve essere applicata e interpretata nel rispetto della Convenzione di

[253] Corte di giustizia ue, sentenza del 7 novembre 2013, cause riunite c-199/12 e c-201/12, caso *X,Y e Z contro Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12).*

[254] Cgue, sentenza *Aydin Salahadin Abdulla e altri c. Bundesrepublik Deutschland***,** Cause riunite c- 175/08; c.176/08, c-179/08, del 2 marzo 2010.

[255] Corte di giustizia eu, *Abdulla*, c-175/08, paragrafo 52; Corte di giustizia ue, sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C- 57/09 e C101/09, caso *Bundesrepublik Deutschland contro B e D*, paragrafo 77; Corte di giustizia ue *X,Y e Z* c-199/12 e c-201/12, paragrafo 39; Corte di giustizia ue, sentenza 2 dicembre 2014 cause riunite C-148/13, C-150/13, caso *A, B e C contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, paragrafo 45; Corte di giustizia ue, sentenza del 26 febbraio 2015, causa C- 472/13, *caso Shepherd contro Bundesrepublik Deutschland* paragrafo 22.

[256] Corte di giustizia ue, *Bolbol*, c-31/09, *cit*., par.38.

Ginevra, ma tale interpretazione deve parimenti essere operata, come deriva dal decimo *'considerando'* della direttiva, nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La presente ricerca ha lo scopo di mettere in risalto le divergenze tra il sistema del diritto dell'Unione e quello del diritto internazionale, pertanto si opererà il confronto tra le due discipline in tema di riconoscimento della protezione internazionale.

La direttiva "qualifiche" è molto più dettagliata della Convenzione di Ginevra del 1951, infatti, mentre la Convenzione individua solo il criterio del "fondato timore" della persecuzione, la direttiva definisce ulteriori specificazioni: gli atti di persecuzione; i soggetti persecutori e i soggetti che devono offrire protezione. Inoltre, il diritto dell'Unione europea fa propri e si conforma ai principi di diritto elaborati dalla Corte Edu, ciò è parso particolarmente significativo in ragione dell'individuazione del fondamento della definizione stessa di rifugiato e, in altre parole, del concetto di "timore". Quale definizione è corretto dare al timore, alla "paura" di subire la persecuzione? Si potrebbe adottare un approccio meramente formalistico e dunque seguire pedissequamente le indicazioni dettate dalla norma; oppure un approccio individualista che prenda in considerazione la condizione personale del richiedente; altrimenti si potrebbe scegliere di procedere con un'analisi prospettiva.

Individuare la corretta interpretazione del fondato timore è il problema fondamentale per l'applicazione della direttiva. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha scelto di adottare un approccio oggettivo.[257]

[257] Corte Edu, caso 2345/02 *Said* c. Olanda, sentenza 5 luglio 2005: *«La sussistenza di atti persecutori, tra i quali possono ricomprendersi la tortura o i trattamenti inumani o degradanti in caso di diserzione, oppure il rischio concreto e attuale di tale pericolo può essere ritenuta prova di persecuzione o di timore grave di persecuzione*»; Corte. Edu, caso *Singh c. Belgio*, sentenza 2 ottobre 2012; Corte Edu,

Anche con riguardo agli atti di persecuzione, indicati all'art. 9 della direttiva, vanno interpretati alla luce del rispetto dei diritti umani e non solo in conformità alla Convenzione. La Convenzione di Ginevra non ha alcun ruolo significativo nella interpretazione della protezione sussidiaria, come sempre, se ne richiede la conformità a essa, ma è evidente che la stessa non fornisce nessun apporto nella funzione interpretativa di questo istituto nato nel diritto dell'Unione.

La vera guida nell'interpretazione della direttiva è fornita dalla giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.[258]

In questa prospettiva parrebbe interessante operare un confronto tra questi diversi livelli di tutela: quella apprestata dal diritto internazionale attraverso la Convenzione di Ginevra e quell'offerta dal diritto dell'Ue, così come integrata e orientata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Come già indicato nel capitolo I, la Convenzione di Ginevra enuncia i requisiti che una persona deve dimostrare al fine di poter richiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma non ne definisce né chiarisce il significato.

Nel preambolo della Convenzione di Ginevra del 1951 si fa preciso riferimento alla Carta delle Nazioni Unite e alla Dichiarazione Universale dei diritti umani del dicembre 1948, strumenti di diritto internazionale che hanno affermato il diritto di ogni essere umano di godere dei diritti fondamentali e della libertà senza discriminazioni. Nel preambolo si rileva altresì che lo scopo delle Nazioni Unite è di assicurare ai rifugiati il più ampio godimento dei diritti fondamentali e

caso *AF. c. France*, sentenza del 15 gennaio 2015.

[258] Si veda C. GRABENWARTER*, European Convention on Human Rights*, commentary, *Article* 3, ed. C. H. BECK, HART, NOMOS, HELBING, LICHTENHAHN, VERLAG, 2014, pp. 31-51.

delle libertà, e com'è noto la funzione del preambolo dei trattati è quella di indicare la corretta interpretazione degli stessi. Pertanto si può ritenere che benché la Convenzione non specifichi gli atti che costituiscono persecuzione, nel senso che non indica la violazione di quale bene giuridico della persona possa generare la paura di subire una persecuzione, si possa pervenire alla conclusione che: oltre alla violazione del bene della vita e della libertà, debbano rientrare negli atti di persecuzione tutte quelle violazioni di altri diritti umani specialmente quelli garantiti dalla Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948 e da altri strumenti internazionali a tutela dei diritti umani.[259]

Secondo l'UNHCR occorre andare al di la della minaccia alla vita o alla libertà della persona, e quindi individuare gli atti di persecuzione in tutte quelle gravi violazioni dei diritti umani che generano nella mente di una persona un sentimento di apprensione, paura e insicurezza riguardo alla propria esistenza futura.[260]Inoltre, sempre ad avviso dell'UNHCR la persecuzione non deve necessariamente derivare da un singolo atto, ma può anche essere l'effetto di azioni cumulative, ciò ad esempio si verifica quando un richiedente può essere stato soggetto a varie azioni discriminatorie, ciascuna di per sé non costituirebbe una persecuzione, ma il loro accumularsi produce nella mente del richiedente il sentimento di fondato timore.[261]

Anche la dottrina si è molto interrogata sull'interpretazione del concetto

[259] La Convenzione internazionale dei diritti civili e politici del 1966, UN Doc. A/RES/2200 (XXI) del 16 dicembre 1966; la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, UN Doc. A/RES/2200 (XXI) del 16 dicembre 1966; la Convenzione per l'eliminazione delle discriminazioni razziali, UN Doc. A/RES/2106 (XX) del 21 dicembre 1965; la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, UN. Doc. A/RES/34/180 del 18 dicembre 1979; la Convenzione sui diritti dell'infanzia, UN. Doc A/RES/44/25 del 20 novembre 1989; la Convenzione sui diritti delle persone disabili, UN. Doc A/RES/61/106 del 13 dicembre 2006.

[260] UNHCR Handbook, paragrafo 51 a 53 reperibile sulla pagina web http://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf

[261] *Ibidem*, paragrafi 53 e 55.

di persecuzione, la tesi dominante è quella di un'interpretazione in linea con gli *standard* di tutela dei diritti umani.[262]

Autorevole dottrina invoca l'approccio interpretativo in conformità ai diritti umani, rifiutando al tempo stesso di operare una distinzione tra diritti umani "di base", "fondamentali" o "importanti" e diritti umani che non lo sono.[263]I sostenitori di questa tesi propongono di considerare ogni singolo caso e valutare se il diritto minacciato è garantito ampiamente in un trattato sui diritti umani; occorre valutare altresì se lo scopo del diritto è limitato e se la minaccia ricevuta conduce a un danno grave oppure no.[264]

Altri autori ritengono che il significato sostanziale della persecuzione comprenda la minaccia della privazione della vita e della libertà fisica.[265] Tuttavia, ad avviso di questi stessi autori, in un senso più ampio del concetto di persecuzione possono rientrare anche atti meno evidenti della minaccia alla vita o alla libertà. In questa prospettiva potrebbero rientrare anche: l'imposizione di condizioni economiche gravi e più svantaggiate; il divieto di accesso al lavoro, alle professioni, o all'istruzione, o altre restrizioni alle libertà tradizionali garantite in una società democratica come la libertà di espressione, di associazione, di sindacato, o la libertà di circolazione. Al fine di valutare se tutte queste potenziali violazioni rappresentino una persecuzione, secondo quest'orientamento dottrinale, sarà necessario valutare caso per caso la natura e la gravità della violazione.[266]

Secondo un diverso orientamento dottrinale, il significato essenziale

---

[262] Così H. DÖRIG, *Asylum Qualification Directive 2011/95/UE*, in *EU Immigration and Asylum Law*, a commentary, II edizione, 2016, *cit*., p.1167.

[263] J.C. HATHAWAY, M.FORSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge University, 2014, p. 204.

[264] *Ibidem*, pp. 204-207.

[265] In questo senso G. GOODWIN-GILL, J. MC ADAM, *The Refugee in International Law*, 2007, p- 92.

[266] *Ibidem*.

della protezione dalla persecuzione è rappresentato dalla difesa della dignità umana.[267]La dignità umana è violata ogni qualvolta sono inflitte a una persona condizioni insopportabili che gli impediscono di vivere la propria vita senza paura, e il timore di essere ad esempio condannato per le proprie convinzioni politiche, oppure quando una persona è privata del diritto di essere riconosciuto quale parte della società e dunque subisce serie e gravi discriminazioni. Affinché si possa parlare di persecuzione in un contesto come quello descritto di evidenti violazioni alla dignità umana occorre che la violazione sia così grave da violare un aspetto chiave della dignità umana.[268]

Da ultimo, in dottrina c'è chi ritiene che la persecuzione debba essere intesa come grave violazione del diritto internazionale e in particolare come violazione del diritto internazionale umanitario.[269]

La direttiva "qualifiche" è il primo strumento normativo che elabora nel dettaglio il concetto di persecuzione contenuto nell'art. 1 A della Convenzione di Ginevra. Il legislatore europeo all'art. 9 della direttiva "qualifiche" ha cercato di meglio definire il concetto di persecuzione, precisandolo molto più di quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra.

Secondo la direttiva "qualifiche" due condizioni devono, almeno alternativamente, essere soddisfatte: gli atti devono o essere sufficientemente gravi per la loro natura o per la loro ripetizione da generare una grave violazione dei diritti umani fondamentali, in particolare di quei diritti per i quali è esclusa qualsiasi deroga ai sensi dell'art. 15 della Cedu, oppure costituisce persecuzione il cumulo di più atti di violazione dei diritti fondamentali di equivalente gravità. Al

[267] In questo senso A. ZIMMERMANN, MAHLER, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol,* commentary, ed. A. Zimmermannp, Oxoford, 2011, p. 347.

[268] *Ibidem*.

[269] H. STOREY, *What Constitutes persecution? Towards Working Definition*, in International Journal of Refugee Law n. 26, 2014, p. 272, 284 e ss.

paragrafo 2 dell'art. 9 il legislatore europeo ha inserito una lista, comunque non esaustiva, di atti che possono costituire condotte persecutorie.

L'art. 9 ha una struttura tripartitica: al paragrafo 1 fornisce una definizione generale di cosa costituisce persecuzione; al paragrafo 2 contiene, come si è già detto, una lista non esaustiva di possibili atti persecutori; al paragrafo 3 descrive la necessaria connessione tra gli atti di persecuzione e le ragioni di persecuzione anch'esse poi individuate all'art. 10 della direttiva stessa. Proprio la disposizione del paragrafo 3 rappresenta un cambiamento rispetto alla precedente direttiva del 2004, nel senso che nella precedente versione si prevedeva la necessaria connessione tra atto persecutorio e motivo della persecuzione; nella direttiva 2011, invece, si dice in modo esplicito che la connessione tra atto persecutorio e motivo è soddisfatta anche tra atto persecutorio e assenza di protezione verso quell'atto.[270]

È evidente come, la nuova direttiva "qualifiche" 2011 miri a una tutela dei diritti sempre più ampia: sia con riferimento all'estensione della protezione internazionale a una categoria più ampia di soggetti; sia con riferimento al riconoscimento dei diritti umani.

Attraverso l'interpretazione della direttiva "qualifiche", la Corte di giustizia ha esteso la propria competenza anche all'alveo dei diritti umani, riconoscendo e imponendo il rispetto di diritti fondamentali quali il diritto al credo religioso nella sentenza *Y e Z*[271], e alla libertà sessuale nella sentenza *X,Y e Z*.[272] Quel che emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è che l'art. 9 della direttiva deve essere interpretato in conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

---

[270] Proposta della Commissione, COM (2009) 551, *cit*., p. 6 e ss.

[271] Corte di giustizia ue, sentenza del 5 settembre 2012, casua C 71/11 e C-99/11. caso *Y e Z. contro Bundesrepublik Deutschland*.

[272] Corte di giustizia ue, caso *X, Y e Z*, C- 199/12 e C- 201/12, *cit.*

2.2. I diritti connessi al riconoscimento della protezione internazionale: la direttiva "qualifiche" e la Convenzione di Ginevra, una lettura in parallelo

Per quanto concerne, invece, i diritti garantiti ai rifugiati nel senso del contenuto della protezione offerta dal sistema europeo comune di asilo, occorre precisare che dagli artt. 20-35 della direttiva "qualifiche" emerge una tutela più ampia di quella offerta dalla Convenzione di Ginevra. Il contenuto della protezione internazionale è indicato al capo VI della direttiva e in esso sono previsti i seguenti diritti: il rispetto del principio di *non refoulement*, con l'eccezione di poter respingere il richiedente ove questo costituisca grave pericolo per lo Stato in cui si trova o perché, essendo stato condannato con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo grave per la comunità dello Stato membro in cui si trova[273]; il diritto all'informazione sui diritti e gli obblighi previsti dallo *status* di protezione applicabile[274]; diritto al mantenimento dell'unità familiare, consentendo così ai familiari del rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria di ricongiungersi con esso anche se non possiedono i requisiti per ottenere la protezione internazionale[275]; il permesso di soggiorno, il quale prevede per beneficiari dello *status* di rifugiato, e ai suoi familiari, il rilascio, da parte dello Stato membro che ha riconosciuto la protezione, di un permesso di soggiorno valido per un periodo di durata di almeno tre anni rinnovabile, purché non ricorrano imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine

[273] Art. 21 direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.
[274] Art. 22 direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.

[275] Art. 23 direttiva "qualifiche" 2011/95/UE: *Gli Stati membri provvedono a che i familiari del beneficiario di protezione internazionale, che individualmente non hanno diritto a tale protezione, siano ammessi ai benefici di cui agli articoli da 24 a 35 in conformità delle procedure nazionali e nella misura in cui ciò sia compatibile con lo status giuridico personale del familiare.*

pubblico, salvo sempre il rispetto del principio di *non refoulement* così come articolato all'art. 21 della direttiva. Al comma 2 l'art. 24 stabilisce che il permesso di soggiorno, rilasciato al beneficiario della protezione sussidiaria e ai suoi familiari, ha un periodo di validità di almeno un anno ed è rinnovabile per un periodo di almeno due anni[276]; ai beneficiari di protezione internazionale sono rilasciati documenti di viaggio nella forma prevista dall'allegato alla Convenzione di Ginevra; è garantito l'accesso all'occupazione[277]e l'accesso all'istruzione[278]; l'accesso alle procedure di riconoscimento delle qualifiche; il diritto a un'adeguata assistenza sociale alla stregua dei cittadini dello Stato membro che concede la protezione internazionale; al paragrafo secondo la norma introduce una deroga per i beneficiari di protezione sussidiaria stabilendo che gli Stati possono limitare l'assistenza sociale concessa alle sole prestazioni essenziali[279]; diritto a un'adeguata assistenza sanitaria che includa anche il diritto alla cura da disturbi psichici a soggetti particolarmente vulnerabili come le donne in stato di gravidanza, i disabili, le vittime di torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, o i minori che abbiano subito qualsiasi forma di abuso, negligenza, sfruttamento, tortura, trattamento crudele, disumano o degradante o che abbiano sofferto gli effetti di un conflitto armato[280]; tutela specifica per i minori non accompagnati[281]; l'accesso all'alloggio alle stesse condizioni previste per i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti, gli Stati dovrebbero altresì adoperarsi per attuare politiche dirette a prevenire le discriminazioni nei confronti dei beneficiari di protezione internazionale e a garantire pari opportunità in

[276] Art. 24, comma 2 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.
[277] Art. 26 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.
[278] Art. 27 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.
[279] Art. 29 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.
[280] Art. 30 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.
[281] Art. 31 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.

materia di accesso agli strumenti di integrazione.[282]

La direttiva "qualifiche", tuttavia non copre tutti gli aspetti compresi dalla Convenzione di Ginevra come ad esempio il divieto di imporre sanzioni ai rifugiati che fanno ingresso nello Stato di rifugio in modo irregolare.

Secondo la dottrina prevalente la direttiva – così come la Convenzione di Ginevra – non riconosce un diritto d'ingresso in uno Stato membro al fine di accedere alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale. Ai rifugiati che bussano alla porta dell'Europa si garantirebbe in questa prospettiva solo il diritto a non essere respinti verso uno Stato in cui la persona potrebbe subire una persecuzione o possa subire danni gravi.[283]I richiedenti dovrebbero poter sempre accedere alle procedure per la presentazione della domanda di asilo in un Paese terzo sicuro e formalizzare lì la richiesta anche attraverso l'ausilio di ambasciatori degli Stati membri e attraverso l'UNHCR.[284]

Come si è già anticipato nel primo capitolo, ad avviso di chi scrive il principio di *non refoulement* non può essere interpretato solo in un'accezione *negativa*, in altre parole nell'imporre agli Stati un mero obbligo di *non facere* e quindi di non respingere, ma si ritiene diversamente che questo principio contenga in se il diritto del richiedente a essere protetto; da ciò deriverebbe l'implicito diritto del richiedente di presentare la domanda.

È pur vero che il sistema non garantisce un accesso nel territorio di uno dei Paesi membri in modo sicuro e regolare al fine di richiedere l'asilo. Questa è una falla del sistema che genera il circolo vizioso degli sbarchi

[282] Art. 34 della direttiva "qualifiche" 2011/95/UE.

[283] H. DÖRIG, *Asylum Qualification Directive 2011/95/UE*, in *EU Immigration and Asylum Law*, a commentary, II edizione, 2016, p.1119.

[284] NOLL, FAGERLUND, LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims outside the EU*, 2002.

clandestini, favorendo in tal modo il traffico e la tratta dei migranti. Questa ipocrisia del sistema che non ammette un accesso libero e sicuro ai richiedenti asilo è un limite dell'Unione europea, che può essere superata solo attraverso un ripensamento del concetto di diritto di asilo quale diritto della persona.

Proprio perché il diritto alla protezione internazionale necessita d'essere disciplinato nel rispetto della tutela dei diritti fondamentali, poiché diritto della persona, occorre precisare che la direttiva "qualifiche", soprattutto in tema di protezione sussidiaria, deve essere interpretata attraverso gli strumenti offerti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Alla luce dell'art. 6 TUE i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu sono parte integrante dell'ordinamento dell'Unione europea, cui il legislatore europeo è quindi vincolato.[285]Altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali che devono essere presi in considerazione nell'interpretazione della direttiva sono la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.[286] Per quanto concerne l'interpretazione della definizione di *guerra*, *crimini di guerra* o *crimini contro l'umanità*, questi devono essere interpretati in conformità e con riguardo allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998.[287]Dunque, certamente la direttiva "qualifiche" dev'essere interpretata in conformità agli strumenti di diritto internazionale, ricordando che, come ha definito la Corte di giustizia dell'Unione europea, il suo contenuto è essenzialmente umanitario poiché persegue l'obiettivo di definire le persone che, spinte da circostanze forzate, hanno

[285] Corte di giustizia ue, sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, caso *Parlamento c. Consiglio,* paragrafo 35.

[286] Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984.

[287] Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI, 1998), adottato dalla Conferenze Diplomatica dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998 a Roma.

il legittimo diritto di ottenere protezione interazionale.

Come si vedrà in conclusione di questo lavoro, il progetto di riforma del sistema comune europeo presentato dalla Commissione europea nel 2016 prevede la sostituzione della direttiva qualifiche con un regolamento.[288]

3. La normativa di armonizzazione, una breve premessa

L'Unione europea ha adottato una normativa di armonizzazione costituita dalla direttiva "qualifiche", già esaminata, e dalle direttive c.d. "procedure" e "accoglienza". Questo insieme di norme, è stato sottoposto a una complessiva revisione nel 2013 e, come si è già anticipato, nel momento in cui si scrive è in atto un nuovo progetto di revisione.

Lo scopo di questa normativa è di uniformare la disciplina nazionale degli Stati membri nei settori che riguardano le procedure da osservare per l'esame della domanda di riconoscimento della protezione internazionale e l'accoglienza da assicurare agli stranieri richiedenti tale protezione.

L'esame di queste norme e la loro implementazione negli Stati membri dell'Unione è fondamentale perché non tutti gli Stati riescono a mantenere gli *standard* imposti dalle direttive e, in alcuni casi, il livello

[288] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, reperibile all'indirizzo, Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 466 final http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491558063855&uri=CELEX:52016PC0466.

di applicazione di tali norme è stato messo a rischio da *crisi sistemiche* che ne hanno impedito il funzionamento.

Per il presente lavoro di ricerca l'esame precipuo di questa normativa appare necessario per diverse ragioni: gli atti di *soft law* adottati dall'Unione hanno obiettivi volti a una tutela più ampia dei diritti fondamentali dello straniero rispetto a quella prevista dal diritto internazionale; l'incapacità degli Stati di implementare questa normativa genera un cortocircuito che conduce al non funzionamento dei quei meccanismi dell'Unione, come il regolamento di Dublino, che si fondano sul mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca tra gli Stati.

3.1. La direttiva "accoglienza" n. 2013/33/UE

La base giuridica della direttiva "accoglienza"[289]è l'art. 78, paragrafo 2 lett.*f)* del TFUE ove è chiaramente indicato che l'Unione nello sviluppare una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che richiede protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento, adotti norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria. La normativa contenuta nella direttiva è il risultato di due proposte della Commissione europea avanzate rispettivamente nel 2008[290] e nel 2011.[291]La direttiva

[289] Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

[290] Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione), COM (2008) 815 def., reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846285058&uri=CELEX:52008PC0815.

[291] Commissione, Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti asilo (rifusione), COM (2011)320, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846559551&uri=CELEX:52011PC0320.

2011/33/UE modifica e sostituisce la direttiva "accoglienza" 2003/9/CE che invece era stata adottata sulla base della proposta della Commissione europea del 2001.[292]La direttiva del 2003 stabiliva norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo, lasciando liberi gli Stati di prevedere e mantenere disposizioni più favorevoli.

La rifusione della direttiva è parte integrante della seconda fase di sviluppo del processo d'integrazione del sistema comune europeo di asilo, come previsto dalle conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999 e poi confermate dai programmi dell'Aia e di Stoccolma. La conformità dello scopo della direttiva al processo d'integrazione del sistema comune europeo di asilo è indicata nel preambolo della direttiva.[293]

Come si è già detto, la Commissione europea al termine della prima fase di integrazione valutò l'implementazione negli Stati membri degli strumenti normativi adottati. Ebbene, con riferimento alla direttiva "accoglienza" la Commissione evidenziò che gli Stati membri non avevano adottato adeguati *standard* di protezione dei richiedenti asilo. Nella sua relazione sull'applicazione della direttiva "accoglienza" la Commissione segnalava diverse criticità, costatando altresì che tra gli Stati membri vigevano prassi molti differenti e spesso non in linea con la direttiva.[294]Dalla lettura della relazione della Commissione europea, emerge come questa abbia individuato il vero problema del fallimento di questo strumento normativo: l'aver proceduto attraverso la tecnica degli

[292] Commissione, Proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM (2001) 181, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846755789&uri=CELEX:52001PC0181.

[293] Considerando 2-5 della Direttiva 2011/33/UE.

[294] Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/9/ce del consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli stati membri, Bruxelles 26.11.2007, COM (2007) 745, p. 10. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492796243905&uri=CELEX:52007DC0745.

standard minimi e aver, quindi, lasciato un eccessivo margine di discrezionalità in capo agli Stati. Si legge nelle conclusioni della relazione: *«dalla presente relazione è emerso chiaramente che l'ampio potere discrezionale lasciato dalla direttiva, in particolare per quanto riguarda l'accesso all'occupazione e all'assistenza sanitaria, il livello e la forma delle condizioni materiali di accoglienza, i diritti di libera circolazione e le esigenze delle persone vulnerabili, contrasta con l'obiettivo di creare condizioni uniformi nel campo delle condizioni di accoglienza».*[295]

La proposta della Commissione di refusione della direttiva "accoglienza" presentata nel 2008 aveva due scopi fondamentali: assicurare più alti *standard* di trattamento per i richiedenti asilo con riguardo alle condizioni di accoglienza in grado di garantire uno *standard* di vita dignitoso, in conformità al diritto internazionale; e limitare il fenomeno dei movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, considerato che questi sono dovuti alle diversità delle politiche nazionali di accoglienza.[296]

Mentre il Parlamento europeo approvò nel 2009 in prima lettura il testo proposto dalla Commissione[297], i negoziati con il Consiglio furono lunghi e molto combattuti poiché gli Stati membri erano in contrasto tra loro, di talché fu impossibile raggiungere un accordo sulla base del testo proposto dalla Commissione. Al fine di superare l'*impasse* politica, la Commissione presentò una nuova proposta nel giugno 2011[298]nella quale

[295] *Ibidem*.
[296] Proposta della Commissione europea, COM (2008) 815, *cit*.
[297] Risoluzione del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione) del 29 aprile 2009, procedura n. 2008/0244 (COD). http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0285+0+DOC+XML+V0//IT
[298] Proposta modificata della Commissione, COM(2011) 320, *cit*.

spiegò che il testo avrebbe introdotto concetti più chiari e regole molto più semplici, nonché sovvenzioni agli Stati membri e molta più flessibilità nel permettere agli Stati di integrare i loro sistemi giuridici interni. La proposta così modificata manteneva tuttavia alla base gli stessi principi fondamentali indicati nella precedente proposta. Alla luce di questa nuova proposta i negoziati tra Parlamento europeo e Consiglio ripresero e nel corso nel 2012, a seguito di una serie d'incontri e dibattiti, si raggiunse un compromesso politico[299], infine, il testo fu ufficialmente adottato e pubblicato il 26 luglio 2013.[300]

La direttiva "accoglienza", ha quindi lo scopo di indicare *standard* uniformi di accoglienza dei richiedenti asilo e limitare in questo modo i movimenti secondari dei richiedenti entro gli Stati membri. Inoltre, questo strumento deve assicurare ai richiedenti asilo condizioni di vita dignitose in tutti gli Stati membri.

Anche in questo caso, appare opportuno un confronto tra la direttiva "accoglienza" e le disposizioni di diritto internazionale indicate nella Convenzione di Ginevra del 1951.

La Convenzione di Ginevra prevede una serie di diritti per la categoria di rifugiati presenti fisicamente nel territorio degli Stati, a prescindere dal loro stato giuridico. La Convenzione garantisce questi diritti poiché i richiedenti possono essere, nel corso dell'esame della loro domanda di protezione, riconosciuti tali e, quindi in quanto potenziali beneficiari della protezione internazionale, appare opportuno garantirgli una serie di diritti tra cui: la libertà di praticare la loro religione; alcuni diritti di

[299] Consiglio dell'Unione europea, Doc 14112/1/12, REV 1, settembre 2012.
[300] Per un'analisi dettagliata della disciplina contenuta nella direttiva Accoglienza 2011/33/UE si veda. M. PEEK, E. TSOURDI, Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/UE, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1381 a 1477.

proprietà; l'accesso all'istruzione elementare; il diritto ad avere assistenza amministrativa e il diritto di ottenere dei documenti di identità.[301]

La direttiva "accoglienza" appare in conformità con il diritto internazionale della Convenzione appena richiamato, essa, infatti, riconosce ai richiedenti asilo i medesimi diritti garanti dal diritto internazionale.

Bisogna interrogarsi sul perché è stato, e continua a essere, così difficile per gli Stati europei mantenere e rispettare gli *standard* imposti dalla normativa europea sull'accoglienza.

La successiva riflessione che occorre fare è la seguente: premesso che le garanzie previste dal diritto internazionale e dalla direttiva riguardano il rispetto di alcuni diritti fondamentali, appare consequenziale che la normativa europea sia integrata e influenzata dalla prassi giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le difficoltà nell'applicazione di queste garanzie di tutela indicano che in molti Paesi, e per quel che ci riguarda molti Paesi dell'Unione europea, non sono rispettati i diritti fondamentali, o non si riesce a far rispettare questi diritti. Dunque, si è di fronte a una normativa europea che si fonda e persegue la tutela dei diritti fondamentali e che trae linfa e s'integra con i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma che non riesce a trovare piena attuazione per l'incapacità, e l'impossibilità nel caso delle crisi sistemiche[302], degli Stati membri di impedirne la violazione.[303]

[301] Artt. 4, 13, 14, 22, 25 e 27 della Convenzione di Ginevra del 1951.
[302] Sul punto si veda più diffusamente nel paragrafo 3.
[303] Corte Edu grande camera, sentenza del 21 gennaio 2011, caso *M.S.S.* c. *Belgio e Grecia*.

La Corte di giustizia ha ritenuto che l'obbligo degli Stati membri di garantire il rispetto e la protezione della dignità umana, nonché sufficienti e dignitosi *standard* di vita e si salute emerga non solo dallo schema generale e dalla proposta della direttiva accoglienza ma altresì dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.[304]

Quanto all'ambito di applicazione della direttiva, si osserva che la stessa è rivolta a tutti i cittadini di Paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti, nonché i familiari, se inclusi nella domanda di protezione internazionale.[305]La precedente formulazione della direttiva 2003 indicava, quale termine iniziale per beneficiare dei diritti stabiliti nella direttiva, il momento della presentazione della domanda, la normativa vigente fa retrocedere l'inizio dell'applicazione della normativa al momento in cui il richiedente manifesta la volontà di presentare la domanda. Dalla lettura dell'art. 3 in combinato disposto con il n. 8 dei considerando iniziali emerge il recepimento da parte del legislatore europeo della giurisprudenza della Corte di giustizia emessa nel caso *Cimade e Gisti* del 2011[306], in cui i giudici di Lussemburgo avevano affermato che gli *standard* di accoglienza previsti dalla direttiva devono essere applicati a tutti i richiedenti protezione internazionale, anche in strutture di detenzione, o durante la procedura di trasferimento secondo le regole del regolamento Dublino, e aveva altresì sancito che «*i richiedenti asilo sono autorizzati a rimanere non soltanto nel territorio dello Stato membro nel quale la domanda di asilo viene esaminata, ma*

[304] Corte di giustizia ue, sentenza del 27 febbraio 2014, caso *Saciri*, C-79/13 par.35.
[305] Art. 3, comma 1 della direttiva Accoglienza 2013/33/UE.
[306] Corte di giustizia ue, sentenza del 27 settembre 2011, caso *Cimade e GISTI*, C-179/11.

anche in quello dello Stato membro nel quale tale domanda è stata depositata».[307]

Una persona cessa di essere un richiedente asilo quando una decisione definitiva sul suo *status* è adottata, per decisione finale s'intende quella che non più essere soggetta a impugnazioni ai sensi del diritto nazionale dello Stato membro, e fine a tale momento deve essere assicurata adeguata accoglienza.

Le norme della direttiva che hanno sollevato aspri contrasti in sede di negoziazione sono quelle che si riferiscono al trattenimento dei richiedenti asilo, previsto agli artt. 8-11 della direttiva accoglienza.

L'art 8 della direttiva disciplina il trattenimento[308]dei richiedenti asilo, ed è certamente la norma più controversa di questo strumento normativo, in quanto il più delle volte il trattenimento dei richiedenti asilo si risolve in una vera e propria detenzione amministrativa.[309]

La questione è la seguente: nella direttiva 2003 la disciplina concernente i casi di trattenimento era sostanzialmente rimessa alla discrezionalità degli Stati membri e alle rispettive politiche nazionali, ciò ha determinato a più riprese l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha sanzionato in più occasioni la disciplina del trattenimento di alcuni Stati membri in quanto ritenuta in contrasto con il rispetto dei diritti umani. Per tale ragione, nel progetto di refusione della direttiva accoglienza, il tema del trattenimento si è posto al centro del dibattito tra gli Stati; si è cercata una via di compromesso tra un'azione più incisiva dell'Unione e le costanti gelosie degli Stati nel voler mantenere le proprie politiche nazionali. Il risultato di questo

[307] *Ibidem*, paragrafo 48.
[308] Art. 8 direttiva Accoglienza 2013/33/UE.
[309] Per un approfondimento sul tema si veda G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto e politica*, nella collana Biblioteca di testi e studi, 2013.

compromesso è l'art. 8 della direttiva accoglienza 2013 nel quale il trattenimento è inteso come un'eccezione ed è disposto che qualsiasi privazione della libertà personale deve essere conforme ai principi di *necessità* e *proporzionalità*. Nella norma è altresì indicata una lista di motivi di detenzione. Inoltre, è previsto che gli Stati membri possano trattenere un richiedente asilo solo ove necessario e dopo una valutazione caso per caso e salvo che non esistano alternative al trattenimento previste dalla disciplina interna.

Come si è osservato in dottrina, dato che la politica di asilo deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra è importante chiarire lo scopo e il campo di applicazione relativo a questo strumento giuridico.[310]La Convenzione di Ginevra stabilisce il diritto alla libertà da arbitrarie detenzioni e il divieto di sanzioni per i rifugiati che hanno fatto ingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazioni; dunque un clandestino, se richiedente asilo, non può ai sensi della Convenzione di Ginevra essere sottoposto a sanzioni a causa della sua clandestinità, e ciò perché il solo fatto di essere già presente sul territorio, fa di lui un potenziale rifugiato. L'art. 31 della Convenzione di Ginevra al primo paragrafo enfatizza la necessità di escludere la penalizzazione dei richiedenti asilo che attraversano la frontiera senza autorizzazione[311], tuttavia l'art. 31 non proibisce del tutto la detenzione dei richiedenti asilo. Infatti, come osserva autorevole dottrina: «*the reference in paragraph 1 to penalties did not rule out any provisional detention that might be necessary to investigate the circumstances in which a refugee has entered a country*».[312]

[310] M. PEEK, E. TSOURDI, *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/UE*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1412.
[311] J.C. HATHAWAY, *The Right of Refugee Under International Law*, *cit.,* p. 413.
[312] A . GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Geneva Convention*, Division of International Protection of the United Nation High Commissioner for refugee, 1997,

L'UNCHR, nelle proprie linee guida sulla detenzione dei richiedenti asilo, ha chiarito che il mero ingresso illegale nel territorio di uno Stato costituisce un'insufficiente base legale per giustificare la detenzione.[313] Tuttavia, queste indicazioni dell'UNHCR non hanno trovato pieno riscontro nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, fino ad oggi la Corte Edu non ha imposto limiti rigorosi alla detenzione dei richiedenti asilo, se determinata da ragioni che concernono la procedura per il riconoscimento del diritto ad entrare nel territorio. Nella sentenza *Saadi* c. Regno Unito[314]la Corte Edu non considera la detenzione eseguita ai fini dell'espletamento della procedura di determinazione dell'ingresso nel territorio dello Stato arbitraria ai sensi dell'art. 5 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.[315]

La direttiva "accoglienza" all'art. 8 stabilisce l'obbligo di effettuare una valutazione individuale, nel rispetto dei principi di proporzionalità e necessità, e quindi impone altresì agli Stati di considerare la possibilità di adottare misure alternative alla detenzione. Questa previsione è linea con le indicazioni del diritto internazionale della Convenzione di Ginevra e con l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che ripudia la privazione arbitraria della libertà personale.[316]

In questo quadro di norme sovranazionali (Convenzione di Ginevra, direttiva, Carta dei diritti fondamentali UE), tutte apparentemente rispettose della protezione della libertà personale da detenzioni arbitrarie,

---

p. 98.

[313] UNHCR, *Linee guida sulla detenzione. Linee guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione,* 2012, reperibile alla pagina web http://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Linee_Guid_Detenzione.pdf.

[314] Corte Edu, sentenza 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito,* n. 13229/03, Grand Chamber.

[315] *Ibidem*, par. 67 a 74.

[316] In questo senso anche Corte di giustizia ue, sentenza del 15 febbraio 2016, caso *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-601/15 PPU.

appare criticabile l'azione svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale già nella sentenza *Chahal* c. *Regno Unito* con riferimento alla detenzione dello straniero soggetto al procedimento di espulsione si era espressa nel senso che l'art. 5 della Convenzione non impone agli Stati un *test* di necessità e che il principio di proporzionalità è da considerarsi rispettato salvo che la procedura non superi un tempo irragionevole, nella sentenza *Saadi c*. *Regno Unito* la Corte ha ritenuto che: «*il principio in base al quale la detenzione non deve essere arbitraria va applicato alla detenzione di cui alla prima parte dell'art. 5, par. 1(f) allo stesso modo in cui si applica alla seconda parte, dato che lo Stato gode del diritto di controllare allo stesso modo l'entrata e il soggiorno nel Paese dei cittadini stranieri […], non sarebbe naturale applicare un diverso criterio di proporzionalità ai casi di detenzione contestuale all'ingresso rispetto a quello utilizzato nei casi di espulsione, estradizione o allontanamento di un individuo che si trovi già nel Paese*».[317]

Dunque, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è emerso che dall'art. 5 della Convenzione non discende che la detenzione debba possedere requisiti assoluti di necessità o che possa essere applicata solo quando non vi siano misure alternative disponibili; tuttavia più recentemente la Corte Edu ha chiarito che ciò non significa che l'amministrazione di ogni Stato può legittimamente detenere i migranti in attesa dell'esame della loro domanda di asilo, ma che tuttavia la gestione della detenzione amministrativa dei migranti durante le procedure di riconoscimento della protezione internazionale è questione di diritto nazionale.[318]

[317] Corte Edu, *Saadi c. Regno Unito*, cit. par. 73.
[318] Corte Edu, sentenza 23 luglio 2013, *Suso Musa c. Malta*, n. 42337/12, paragrafo 97.

Più recentemente però la Corte Edu nel caso *Khlaifia*[319]ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 Cedu per aver trattenuto illegittimamente alcuni cittadini tunisini nel centro di primo soccorso e accoglienza di Lampedusa e successivamente per averli trattenuti su alcune navi attraccate presso il porto di Palermo in mancanza di una base legale di diritto interno così trasformando di fatto le navi in centri di detenzione.[320]

La direttiva accoglienza 2003 aveva lasciato in capo agli Stati ampi margini di discrezione circa la possibilità di prevedere forme di trattenimento dei richiedenti asilo, non è, infatti, un caso che la Commissione europea nella sua relazione del 2007 ha segnalato che: «*tutti gli Stati membri prevedono il trattenimento per vari motivi, dalle circostanze eccezionali (Germania) al trattenimento di tutti i richiedenti asilo entrati illegalmente nel territorio dello Stato membro, salvo quelli aventi esigenze particolari (Malta)*»[321]aggiungendo anche che le condizioni di accoglienza fornite ai richiedenti asilo in detenzione rimangono critiche in Ungheria, Lituania, Slovenia, Grecia, Belgio, Italia e Malta. Inoltre la Commissione segnalava che molti Stati membri prevedono il trattenimento anche per richiedenti asilo vulnerabili e minori non accompagnati. Tutti gli Stati quindi ricorrono alla detenzione,

[319] Corte Edu Grande camera, sentenza 15 dicembre 2016, caso Khlaifia c. Italia, ricorso n. 16483/12.

[320] Ibidem, par. 105 ove si legge che i richiedenti «*were not only deprived of their liberty without a clear and accessible legal basis, they were also unable to enjoy the fundamental safeguards of habeas corpus, as laid down, for example, in Article 13 of the Italian Constitution. […] Since the applicants' detention had not been validated by any decision, whether judicial or administrative, they were deprived of those important safeguards*».

[321] Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/9/ce del consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli stati membri, Bruxelles 26.11.2007, COM (2007) 745 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492796243905&uri=CELEX:52007DC0745.

ma con modi molto differenti se è vero che «*la durata del trattenimento varia da 7 giorni (Portogallo) a 12 mesi (Malta e Ungheria), o può addirittura essere a tempo indeterminato (Regno Unito e Finlandia)*».[322]

Nella prima proposta del 2008 della Commissione di refusione della direttiva si affermava a più riprese che: « *il trattenimento costituisce un'eccezione alla regola generale della libera circolazione, cui si può fare ricorso solo "ove risultasse necessario", il trattenimento automatico senza valutazione della situazione della persona interessata è contrario alla direttiva*».[323]Inoltre, la Commissione aveva proposto l'inserimento di quattro norme sul trattenimento (artt.8-11) volte a prevedere: maggiori garanzie per i richiedenti asilo detenuti; condizioni di trattenimento, trattenimento di gruppi particolarmente vulnerabili; esclusione dell'applicazione di misure di trattenimento per i minori non accompagnati. La questione dei minori non accompagnati era centrale stante la mancata tutela di questa categoria di soggetti particolarmente vulnerabili nella prassi degli Stati membri, ove era negato a questa categoria di soggetti l'accesso all'istruzione in contrasto con le disposizioni della direttiva.[324]La proposta della Commissione del 2008 presentava un buon testo e si proponeva di compiere un notevole passo avanti in termini di estensione di tutela dei diritti umani. Come si è già detto, questo testo trovò l'opposizione di molti Stati in seno al Consiglio e quindi non fu approvato; è interessante notare come la volontà politica si arenò, tra le altre cose, proprio sul divieto assoluto di detenzione per i minori non accompagnati.[325]

---

[322] *Ibidem*.
[323] Commissione, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione), COM (2008) 815 def, *cit*.
[324] La direttiva Accoglienza, in Asilo in Europa
http://asiloineuropa.blogspot.ch/2011/04/direttiva-accoglienza.html
[325] *Ibidem*.

Il testo della direttiva "accoglienza" 2013 è il risultato di un compromesso che contiene il limite di prevedere norme minime in tema di accoglienza lasciando ancora ampio margine di discrezione agli Stati membri.

Ciononostante, la direttiva "accoglienza", così come approvata, prevede all'art. 8 che gli Stati non trattengano una persona sulla sola base della richiesta di protezione e stabilisce al secondo comma tre requisiti che devono essere rispettati in caso di trattenimento: 1) la necessità della detenzione; 2) la detenzione deve provenire da una valutazione caso per caso della situazione individuale; 3) deve costituire *extrema ratio*, da disporre solo ove misure alternative e meno coercitive non siano applicabili.

Al terzo comma dell'art. 8 è indicata una lista d'ipotesi che possono giustificare il trattenimento: *a)* per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; *b)* per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; *c)* per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; *d)* quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva rimpatri[326], e vi siano fondati motivi per ritenere la domanda di protezione internazionale tesa solo a ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio; *e)* quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; *f)* conformemente all'articolo 28

[326] Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

del regolamento di Dublino, che prevede il trattenimento ai fini dei trasferimenti imposti dal regolamento stesso.[327]

Come si evince dalla lettura della norma, la possibilità di prevedere il trattenimento per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio permane e rimane piuttosto ampio, tuttavia l'art. 8, comma 3 lett. *c)* va letto in combinato disposto con gli artt. 43, 31, comma 8 e 33 della direttiva "procedure", dalla quale consegue che un richiedente asilo può essere sottoposto a detenzione alla frontiera solo per motivi ben circoscritti quali: l'ammissibilità della sua domanda di asilo; motivi di ordine pubblico; abuso della domanda o manifesta infondatezza della stessa.[328]

L'art. 9 della direttiva contiene le garanzie per i richiedenti asilo in regime di trattenimento, tra cui è incluso il diritto a un ricorso effettivo; mentre all'art. 10 sono elencate le condizioni di trattenimento.

Due questioni devono essere accennate in questa sede, perché poi saranno riprese più avanti nel presente lavoro.

La prima riguarda l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come si è visto, non considera in sé la misura della detenzione amministrativa del richiedente asilo come contraria al disposto dell'art. 5 Cedu, tuttavia la stessa Corte è pervenuta al riconoscimento della violazione dei diritti umani avvenute in Paesi dell'Unione in relazione alle condizioni di accoglienza dei migranti; in altri termini la Corte ha costatato la violazione dell'art. 3 Cedu che stabilisce la protezione da trattamenti inumani e degradanti in relazione all'accoglienza dei richiedenti asilo (sentenza *M.S.S.* c. Belgio in relazione alle condizioni di

[327] Da ultimo si veda la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, sentenza del 15 marzo 2017, C-528/15, caso *Al Chodor*.

[328] P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS, *European Migration Law*, Ius Communitatis, II ed., 2014, p. 273.

accoglienza in Grecia; sentenza *Cimande/GISTI* e sentenza *Tarakhel* c. Svizzera in relazione alle condizioni di accoglienza in Italia).

La seconda questione riguarda la costruzione degli *hotspot* per far fronte all'emergenza dei migranti e la loro compatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali.[329]

Il problema fondamentale dell'accoglienza dei richiedenti asilo, non riguarda semplicemente le garanzie che a questi sono riconosciute dalla direttiva una volta ottenuto lo *status* di protezione internazionale, la vera questione attiene alla c.d. prima accoglienza che va dal trattamento e trattenimento dei richiedenti asilo al momento in cui manifestano la volontà di presentare la domanda al momento del riconoscimento dello *status*. In questo lungo limbo di attesa, il richiedente asilo è spesso rinchiuso in campi profughi, centri di accoglienza per richiedenti asilo o i n *hotspot*. In questi luoghi non sempre sono garantite adeguate e dignitose condizioni di vita com'è dimostrato dai numerosi *report* di denuncia pubblicati dalle associazioni umanitarie.[330]

A soli due anni dalla refusione della direttiva "qualifiche" la Commissione europea, al fine di completare il processo di riforma del sistema europeo comune di asilo, ha già avanzato una nuova proposta di refusione della direttiva.[331]

Inoltre, in attesa che il legislatore europeo modificherà le norme vigenti in tema di asilo, non si può non osservare talune criticità del sistema di

[329] Per un analisi critica in ordine all'approccio hotspot si veda capitolo V.
[330] Amnesty International, rapporto 3 novembre 2016, Hotspot in Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti, reperibile all'indirizzo file:///Users/fefe/Downloads/EUR3050042016ITALIAN.PDF.
[331] Comunicato stampa Commissione europea, 13 luglio 2016, *cit*., http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2433_it.htm

accoglienza italiano[332], così come emerge dalla campagna dell'associazione LasicteCIEntrare del 2016[333], sebbene occorre anche evidenziarsi il lavoro di accoglienza svolto dal sistema italiano di SPRAR e CAS[334]; destano invece particolare preoccupazione le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in Ungheria.[335]

Il tema dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale è il nodo cruciale da affrontare. È quindi evidente che occorre un'azione decisa dell'Unione europea che sia capace di armonizzare il più possibile gli standard di tutela e allo stesso tempo venire incontro ai sacrifici in termini economici e di gestione delle risorse disponibili che ogni Stato deve affrontare a livello nazionale.

Come si analizzerà nel prosieguo del lavoro, in questa nuova fase di riforma del sistema di asilo, il diritto all'accoglienza è *sottoposto a ricatto* nel senso che ogni Stato nazionale lo può negare laddove il richiedente non osservi la procedura Dublino.

---

[332] Per un approfondimento si veda, P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano,* nella Collana di diritto dell'immigrazione diretta da A. ADINOLFI, S. AMEDEO, G. CAGGIANO, G. CATALDI, G. CELLAMMARE, P. MORI, B. NASCIMBENE, Giappichelli, Torino, 2014, p. 423.

[333] L'associazione LasciteCIEntrare ha condotto una campagna presso i centri di accoglienza italiani, i risultati dell'attività di osservazione sono pubblicati sul sito http://www.lasciatecientrare.it/j25/ .

[334] Si veda: Open Migration, Atlante SPRAR, tutti i numeri dell'accoglienza diffusa in Italia, del 15 luglio 2016, reperibile all'indirizzo http://openmigration.org/analisi/atlante-sprar-tutti-i-numeri-dellaccoglienza-diffusa-in-italia/; il Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2016, di Anci, Caritas Italia, Cittalia, Fondazione Migrantes, Servizio centrale dello Sprar e in collaborazione con UNHCR, pubblicato su Sole24ore e reperibile all'indirizzo http://www.ilsole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2016/11/16/Rapporto_protezione_internazionale_2016.pdf.

[335] Si veda, Comiunicato UNHCR, *L'UNHCR chiede la sospensione dei trasferimenti verso l'Ungheria ai sensi del Regolamento Dublino*, del 10 aprile 2017, reperibile all'indirizzo https://www.unhcr.it/news/comunicati-stampa/lunhcr-chiede-la-sospensione-dei-trasferimenti-verso-lungheria-ai-sensi-del-regolamento-dublino.html.

3.2. La direttiva "procedure" n. 2013/32/UE

La direttiva "procedure" 2013/32/Ue[336], recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione) è stata adottata il 26 giugno 2013 e trova la sua base giuridica nell'art. 78, par. 2 *lett. d)* del TFUE. Il termine fissato per il recepimento di questa direttiva era quello del 20 luglio 2015.

La direttiva 2013/32/UE di refusione della direttiva 2005/85/CE si applica a tutti gli Stati con esclusione dell'Irlanda e del Regno Unito per i quali si continuerà ad applicare la direttiva del 2005.

Com'è noto lo scopo della direttiva è quello di «*sviluppare ulteriormente le norme relative alle procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, così da istituire una procedura comune di asilo nell'Unione*».[337]Tuttavia, la direttiva lascia ampi margini di discrezione agli Stati e possibilità di deroghe come nel caso della durata massima dell'esame delle domande di asilo in prima istanza.

La direttiva "procedure" 2013, come emerge dal suo articolo 1, si riferisce alla direttiva "qualifiche" per chiarire che le norme procedurali in essa previste si applicano a entrambe le categorie di beneficiari di protezione internazionali da essa disciplinate. Dunque, con questo strumento normativo è emanata una procedura comune al fine di stabilire il riconoscimento o la revoca della protezione internazionale, in conformità alle regole fissate dall'art. 3, comma 1 riguardo all'ambito di

[336] Direttiva 2013/32/UE Del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

[337] Preambolo della direttiva "procedure" 2013/32/UE.

applicazione della direttiva[338]e dall'art. 2, *lett. b)*[339] con riguardo alla definizione di "domanda di protezione internazionale".

È dalla lettura dei considerando che si comprende come il legislatore europeo si sia determinato nel voler individuare una procedura unica al fine di garantire una valutazione completa ed efficiente delle esigenze di protezione internazionale dei richiedenti ai sensi della direttiva qualifiche, il cui scopo principale dovrebbe essere quello di limitare i movimenti secondari.[340]

L'idea di una procedura unica e comune si pone in contrasto e rappresenta una novità rispetto alla precedente previsione della direttiva procedure 2005/85/CE la quale si applicava solo ai richiedenti asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra e prevedeva la mera possibilità di estensione della procedura ai richiedenti protezione sussidiaria.[341]

Inoltre, la direttiva "procedure" del 2005 presentava le carenze tipiche degli atti adottati nella prima fase d'integrazione del sistema comune europeo di asilo. Per tale ragione la Commissione europea presentò due proposte di refusione della direttiva "procedure": la prima nel 2009[342]e la

---

[338] Art. 3, comma1 direttiva Procedure 2013/32/UE: «*La presente direttiva si applica a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri, nonché alla revoca della protezione internazionale».*

[339] Art. 2*, lett. b)* direttiva "procedure" 2013/32/UE:«"*domanda di protezione internazionale» o «domanda": una richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide di cui si può ritenere che intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della direttiva 2011/95/UE e che possa essere richiesto con domanda separata.»*

[340] Considerando 11 e 12 della direttiva "procedure" 2013/32/UE.

[341] Si vedano il combinato disposto dell'art. 3, commi 3 e 4 e dell'art. 2, lett, b) della direttiva Procedure 2005/85/CE.

[342] Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del

seconda e definitiva nel 2011.[343]

Nonostante l'ambizioso obiettivo di realizzare una procedura comune di riconoscimento delle domande di asilo, espressa nel titolo stesso della direttiva, gli *standard* di procedure adottati rimangono piuttosto flessibili al fine di assecondare le particolarità dei sistemi nazionali. Questo riflette le forti differenze che esistono tra i sistemi amministrativi scelti dagli Stati membri per l'esame delle domande di protezione internazionale. Infatti, le procedure di asilo, sono generalmente disciplinate dal diritto amministrativo di ogni Stato, pertanto l'implementazione di procedure europee comuni può causare un notevole e forte impatto nei vari ordinamenti nazionali.

Occorre comprendere il significato giuridico dell'adozione di una procedura europea comune di riconoscimento o revoca della protezione internazionale dello straniero nell'ambito del diritto internazionale.

La Convenzione di Ginevra nulla enuncia circa le norme procedurali e non richiede agli Stati membri di stabilire procedure specifiche per la determinazione dello *status* di rifugiato. Essa prevede esclusivamente che la procedura che ogni Stato membro applicherà sia conforme e coerente con gli *standard* e i principi di trattamento stabiliti dagli artt. 3-34 della Convenzione stessa. La Convenzione di Ginevra, sottolinea l'obbligo di proteggere i rifugiati anche nella determinazione del loro *status*, pertanto indica che gli Stati membri debbano ricorrere a forme di procedure amministrative o giudiziarie al fine di poter prima identificare le persone e poi valutare la loro domanda di riconoscimento dello *status*

---

riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione), COM (2009) 554 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492847668380&uri=CELEX:52009PC0554.

[343] Commissione, Proposta modificata di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione) COM(2011) 319 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492847816776&uri=CELEX:52011PC0319.

di rifugiati.[344]

La mancanza d'interesse all'individuazione di una procedura specifica per l'esame delle domande di asilo, è coerente con il diritto internazionale della Convenzione di Ginevra. Secondo la Convenzione la presentazione e accettazione della domanda è un atto meramente dichiarativo e non costitutivo dello *status* di rifugiato, al quale sarà apprestata la protezione solo successivamente e quando il richiedente dimostrerà di possedere i requisiti per il riconoscimento dello *status.*[345]

Per la Convenzione, la procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è irrilevante ai fini della protezione dei rifugiati, si legge, infatti, nell'*Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugees Status*: « *a person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition […] Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but decleres him to be one. He does not become a refugee because of recognition, buti s recognized decause he is a refugee*».[346]

Per il diritto dell'Unione europea così non è, infatti, nel lungo e tortuoso processo d'integrazione dell'Unione il legislatore europeo si è spinto sempre più verso un maggiore grado di armonizzazione delle procedure

[344] In questo senso: J.VEDSTED-HANSEN, *Asylum Procedures Directive 2013/32/EU*, in Eu Immigration and Asylum, commentary, cit. p. 1295; HYNDMAN, *The 1951 Convention and Its Implication for Procedural Questions*, in International Journal of Refugee Law, n.6, 1994; HATHAWAY, *The Right of Refugees under International Law*, *cit*. ,pp. 158-160 e pp. 184-185; HOFMANN e LÖHR, *Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures*, in ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967Protocol*, Commentary, 2011, pp. 1081-1128; J.VEDSTED-HANSEN, *The asylum procedures and the asessment of asylum requests*, in CHETAIL e BAULOZ (ed), *Research Handbook on International Law and Migration*, 2014, pp. 439, 441.

[345] HATHAWAY, *The Right of Refugees under International Law*, 2005, *cit*., p. 184 e 278; GOODWIN- GILL e MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., 2007, pp. 51 e 244; ZIMMERMANN e MAHLER, *Article 1°, para 2*, in ZIMMERMANN (ed), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967Protocol*, Commentary, 2011, p. 281-299.

[346] UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugees Status*, Ginevra, 1979.

e ciò perché si è compreso, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che il permanere delle differenze nel sistema delle procedure per l'esame delle domande di protezione internazionale ha posto in rischio in più occasioni la tenuta dell'intero sistema comune europeo di asilo.

Una grande difficoltà nell'individuare un sistema di norme procedurali condivise e comuni è di non avere un chiaro quadro giuridico di riferimento per l'esame delle domande. La Convenzione di Ginevra, come si è visto, non indica quale tipo di procedura deve essere adottata per la determinazione dello *status* di rifugiato, lasciando così liberi gli Stati contraenti di stabilire la procedura che ritengono più appropriata con riguardo al proprio ordinamento interno.

Gli unici parametri di riferimento sono il rispetto del principio di *non refoulement ex* art. 33 Convenzione di Ginevra e il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti sancito dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo offerto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato preziosissimo, infatti, in considerazione del carattere assoluto dell'art. 3 e del grave danno che un individuo richiedente asilo potrebbe subire dalla sua espulsione verso un Paese terzo, la Corte ha precisato che è necessario l'esame della domanda attraverso una procedura che consenta di rispettare in modo rigoroso il principio di *non refoulement*.[347]

Un altro parametro di riferimento per la corretta individuazione di una procedura dell'esame della domanda di protezione internazionale è il rispetto del diritto a un effettivo ricorso sancito dall'art. 13 della

[347] Corte Edu, sentenza 30 ottobre 1991, *Vilvarajah c. Regno Unito*, n. 13163/87, paragrafo 108; Corte Edu, sentenza 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*, n. 40035/98, paragrafi 39-40; Corte Edu, sentenza 4 febbraio 2005, *Mamatkulov c. Turchia*, n. 46827/99, paragrafo 123.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo.[348]Infatti, tutti gli Stati membri dovrebbero garantire l'accesso a strumenti di ricorso avverso il rigetto della propria domanda di protezione. Inoltre, seppur agli Stati sia stato lasciato un ampio margine di discrezione il limite che tale discrezionalità incontra è costituito dal necessario rispetto dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'equivalente art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come dell'art. 19 della stessa sul principio di *non refoulement*, nonché dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali sul diritto al ricorso effettivo.

L'apporto della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo ha messo in luce le numerose carenze presenti in diversi Stati membri con riguardo alle procedure adottate per il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale; è emerso che in alcuni casi le procedure adottate si ponevano in netto contrasto con i diritti fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si ricorda come la Corte di giustizia dell'Unione ha in più occasioni osservato che la correttezza della procedura di asilo di uno Stato si misura dall'efficacia delle procedure di ricorso che sono ivi previste e che vanno valutate analizzando il complesso del sistema amministrativo e giudiziario vigente nello Stato.[349]La Corte Edu ha precisato che anche l'insieme di rimedi diversi può determinare la loro efficacia ai sensi dell'art. 13 della Convenzione.[350]

La proposta di refusione della direttiva del 2011 aveva come obiettivo: il

[348] Corte Edu, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, n. 51564/99; Corte Edu, sentenza 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. France*, n. 25389/05. In dottrina si veda T. SPIJKERBOER, *Subsidiary and Arguability: the European Court of Human Rights Case law on Judicial review in Asylum Cases*, in International Journal of Refugee Law,21, 2009, pp. 1-27.

[349] Corte di giustizia ue, sent. 28 luglio 2011, Samba Diouf, causa C- 69/10, par. 46; Corte di giustizia ue, sent. 31 gennaio 2013, H.I.D., causa C- 175/11, par. 102.

[350] Corte Edu, sent. *M.S.S. c. Belgio* paragrafo 289; Corte Edu, sent. 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. Francia* n. 25389/05, paragrafo 53.

perseguimento di una piena garanzia dei diritti fondamentali, così come informati e sviluppati nella prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto con riferimento al diritto a un ricorso effettivo.[351]

Per quanto concerne i principi e le garanzie fondamentali offerte dalla direttiva "procedure" occorre analizzare le norme contenute al capo II della stessa (artt. 6-30) ove è presente una lista di principi e garanzie che devono essere rispettati durante la fase di esame della domanda di asilo. Alcune di queste previsioni sono applicate solo nella fase di prima istanza, la cui procedura è segnatamente prevista agli artt. 31-43 della direttiva. Tra le prescrizioni della direttiva, quelle che più di altre sono degne di nota sono le seguenti: 1) il diritto all'accesso alla procedura di esame della domanda di asilo[352]; 2)il diritto a rimanere nello stato membro durante l'esame della domanda di asilo[353]; 3) all'art. 12 sono disciplinate le garanzie del richiedente asilo tra le quali vi è innanzi tutto il diritto d'informazione nella lingua del richiedente o in quella compresa dal richiedente circa la procedura da seguire e i connessi diritti e obblighi[354]; 4) il diritto a ricevere l'assistenza di un'interprete durante i colloqui con le autorità competenti[355]; 5) all'art. 13 sono indicati gli obblighi dei richiedenti ove è previsto al primo comma che questi sono tenuti a cooperare con le autorità competenti ai fini dell'accertamento dell'identità e degli altri elementi di cui all'art. 4, paragrafo 2 della direttiva "qualifiche". Inoltre l'articolo 13 dispone che gli Stati membri possano prevedere altri obblighi quali ad esempio: comparire a una data specifica se convocati e di riferire con le autorità; di consegnare i documenti di identità; comunicare il luogo di residenza e le eventuali

[351] COM (2011) 319, *final*, *cit*., paragrafo 3.1.
[352] Art. 6 della direttiva "procedure" 2011/32/UE.
[353] Art. 9 della direttiva "procedure" 2011/32/UE.
[354] Art. 12, par. 1*, lett. a)* della direttiva "procedure" 2011/32/UE.
[355] Art. 12, par. 1 *lett. b*) della direttiva "procedure" 2011/32/UE.

variazioni; i richiedenti possono essere sottoposti a perquisizioni personali effettuate da persone dello stesso sesso e nel rispetto dei principi di dignità umana e integrità fisica e psicologica; infine, i richiedenti possono essere fotografati dalla autorità le quali possono, previa comunicazione, registrare anche le dichiarazioni orali del richiedente.[356]

Come appare evidente dalla lettura di questo capo della direttiva, sono amplissimi i margini di discrezionalità lasciati agli Stati membri, il che il più delle volte ha condotto alla sussistenza di divergenze notevoli tra i diversi sistemi nazionali. Se si considera che non tutti i Paesi dell'Unione subiscono la stessa pressione migratoria è tanto facile quanto ovvio comprendere perché alcuni sistemi nazionali in tema di procedure di asilo e accoglienza nella prassi non riescono a mantenere alti *standard* di tutela.

Queste divergenze di tutela nelle procedure di asilo, così come in quelle di accoglienza, sono pericolosissime per la tenuta del sistema europeo comune di asilo perché da un canto non limitano il fenomeno dei movimenti secondari dei richiedenti asilo, i quali continueranno a sfuggire ai controlli per cercare di raggiungere i Paesi che offrono garanzie migliori, dall'altro impediscono la corretta applicazione del regolamento Dublino mettendo in discussione il principio del mutuo riconoscimento.

Il ruolo della giurisprudenza delle Corti europee è stato fondamentale in questo tema, dalla cui prassi discendono le seguenti osservazioni: la prima concerne la presa di coscienza che non tutti gli Stati membri offrono un sistema di garanzie di tutela dei diritti umani equivalente a quello previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la seconda questione attiene a una più approfondita riflessione sul principio

[356] Art. 13 della direttiva "procedure" 2011/32/UE.

di mutuo riconoscimento e reciproca fiducia che governa l'integrazione europea nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.[357]

Il capo terzo della direttiva "procedure" è intitolato alle "procedure di primo grado"[358], e si osserva che per quanto concerne la durata dell'esame della domanda gli Stati membri provvedono affinché la procedura di esame sia espletata entro sei mesi dalla presentazione della domanda e che tale termine inizi, nelle procedure che coinvolgono l'applicazione dei meccanismi previsti dal regolamento Dublino, dal momento in cui si è determinato lo Stato competente all'esame della domanda secondo il regolamento. È prevista anche la possibilità di prorogare la durata dell'esame della domanda per un ulteriore periodo massimo di nove mesi nei seguenti casi: *a)* se la domanda comporta questioni complesse in fatto o in diritto; *b*) nel caso in cui un gran numero di cittadini di paesi terzi o apolidi chiede contemporaneamente protezione internazionale, rendendo molto difficile all'atto pratico concludere la procedura entro il termine di sei mesi; c) quando il ritardo dipende dall'inottemperanza da parte del richiedente degli obblighi imposti all'art. 13 della direttiva stessa. In alcuni casi la procedura di esame della domanda può anche essere rinviata a un termine successivo, ciò accade quando, fatti salvi gli articoli 13 e 18 della direttiva 2011/95/UE, non si può ragionevolmente attendere che l'autorità accertante decida entro i termini previsti al paragrafo 3 a causa di situazioni incerte nel Paese di origine presumibilmente temporanea. In ogni caso la procedura di esame della domanda di asilo non può superare i 21 mesi. Nella direttiva non sono fissati termini minimi di durata della

[357] Corte di giustizia ue, sentenza 21 dicembre 2011, caso *C-411/10, NS. c. Secretary of State fro the Home Departement*. In dottrina si veda: H. LABAYLE, *Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne*, in Cahiers de droit européenne,n. 50, 2014, pp. 501-534.
[358] Artt. 31-43 della direttiva Procedure 2013/32/UE.

procedura d'esame della domanda. Occorre osservare che le norme previste dalla direttiva sembrano essere conformi agli artt. 3 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla sua giurisprudenza, infatti, come ha osservato la Corte Edu la procedura di esame della domanda deve poter permettere: l'acquisizione delle prove necessarie alla determinazione dello *status;* lo svolgimento di accurate visite mediche, il contatto e i colloqui con un avvocato, e la traduzione dei documenti, il che implica che la procedura di esame della domanda deve avere una durata necessaria all'espletamento delle garanzie indicate.

La direttiva "procedure" all'art. 33 disciplina i casi d'inammissibilità delle domande di protezione internazionale,[359]in particolare la norma prevede che gli Stati possono giudicare una domanda inammissibile soltanto se, tra gli altri casi, «*un Paese che non è uno Stato membro è considerato paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell'articolo 38*».[360]Infatti, un aspetto fondamentale della direttiva "procedure" è quello di aver fornito all'art. 36 il concetto di "Paese di origine

[359] Art. 33 direttiva 2013/32/UE: « Oltre ai casi in cui una domanda non è esaminata a norma del regolamento (UE) n. 604/2013, gli Stati membri non sono tenuti ad esaminare se al richiedente sia attribuibile la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, qualora la domanda sia giudicata inammissibile a norma del presente articolo.
2.Gli Stati membri possono giudicare una domanda di protezione internazionale inammissibile soltanto se: a) un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale;b) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell'articolo 35; c) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell'articolo 38; d) la domanda è una domanda reiterata, qualora non siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; o e) una persona a carico del richiedente presenta una domanda, dopo aver acconsentito, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, a che il suo caso faccia parte di una domanda presentata a suo nome e non vi siano elementi relativi alla situazione della persona a carico che giustifichino una domanda separata».
[360] Art. 33, paragrafo 2, lett. c) regolamento 2013/32/UE.

sicuro"[361], e all'art. 38 quello di Paese terzo sicuro[362], in particolare all'art. 37 la direttiva "procedure" 2013/32/UE prevede la possibilità per gli Stati di designare a livello nazionale i Paesi di origine sicuri al fine dell'esame della domanda.[363]

Come si esaminerà più avanti, l'importanza di queste norme si riverbera soprattutto nella corretta applicazione del regolamento Dublino. Da

[361] Art. 36, regolamento 2013/32/UE: «1.*Un paese terzo designato Paese di origine sicuro a norma della presente direttiva può essere considerato paese di origine sicuro per un determinato richiedente, previo esame individuale della domanda, solo se: a) questi ha la cittadinanza di quel paese; ovvero b)è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel paese, e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE. 2. Gli Stati membri stabiliscono nel diritto nazionale ulteriori norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di paese di origine sicuro*».

[362] Art. 38, regolamento 2013/32/UE: *Gli Stati membri possono applicare il concetto di paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra. 2. L'applicazione del concetto di paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dal diritto nazionale, comprese: a) norme che richiedono un legame tra il richiedente e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese; b) norme sul metodo mediante il quale le autorità competenti accertano che il concetto di paese terzo sicuro può essere applicato a un determinato paese o a un determinato richiedente. Tale metodo comprende l'esame caso per caso della sicurezza del paese per un determinato richiedente e/o la designazione nazionale dei paesi che possono essere considerati generalmente sicuri; c) norme conformi al diritto internazionale per accertare, con un esame individuale, se il paese terzo interessato sia sicuro per un determinato richiedente e che consentano almeno al richiedente di impugnare l'applicazione del concetto di paese terzo sicuro a motivo*

ultimo la Corte di giustizia ha interpretato le condizioni per il trasferimento di un richiedete verso un Paese terzo sicuro nella sentenza *Mirza*[364], in relazione alla corretta interpretazione dell'art. 3, comma 3 del regolamento Dublino III.

La Commissione europea il 13 luglio 2016 ha presentato una proposta di regolamento sulle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale che dovrà sostituire la direttiva 2013/32/UE.[365]

La notizia della proposta di regolamento della Commissione deve essere

---

del fatto che quel paese terzo non è sicuro nel suo caso specifico. Al richiedente è altresì data la possibilità di contestare l'esistenza di un legame con il paese terzo ai sensi della lettera a) 3. *Quando applicano una decisione basata esclusivamente sul presente articolo gli Stati membri: a) ne informano il richiedente; e b) gli forniscono un documento con il quale informano le autorità del paese terzo, nella lingua di quest'ultimo, che la domanda non è stata esaminata nel merito. 4. Se il paese terzo non concede al richiedente l'ingresso nel suo territorio, gli Stati membri assicurano il ricorso a una procedura in conformità dei principi e delle garanzie fondamentali descritti al capo II. 5. Gli Stati membri comunicano periodicamente alla Commissione a quali paesi è applicato il concetto in questione a norma del presente articolo».*

[363] Art. 37, regolamento 2013/32/UE: «*1. Gli Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre una normativa che consenta, a norma dell'allegato I, di designare a livello nazionale paesi di origine sicuri ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale. 2. Gli Stati membri riesaminano periodicamente la situazione nei paesi terzi designati paesi di origine sicuri conformemente al presente articolo. 3. La valutazione volta ad accertare che un paese è un paese di origine sicuro a norma del presente articolo si basa su una serie di fonti di informazioni, comprese in particolare le informazioni fornite da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti. 4. Gli Stati membri notificano alla Commissione i paesi designati quali paesi di origine sicuri a norma del presente articolo*».

[364] Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, caso *Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

[365] Commissione, Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE , Bruxelles 13 luglio 2016, COM (2016) 467 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492849012914&uri=CELEX:52016PC0467.

accolta favorevolmente, quale segno della presa di coscienza dell'impossibilità di realizzare un sistema uniforme di protezione e procedure di asilo in Europea continuando a lasciare ampi margini di apprezzamento e discrezione agli Stati membri. Quindi, certamente costituisce un segno importante la scelta dello strumento normativo proposta dalla Commissione, tuttavia proprio per la forza di tale strumento occorre valutare bene quali norme saranno approvate da Parlamento europeo e Consiglio.

L'obiettivo dichiarato dalla Commissione è di compiere la riforma del sistema di asilo progredendo verso una politica in materia di asilo pienamente efficace, equa e umana, che sia adatta sia ai periodi di pressione migratoria normale sia a quelli di forte pressione migratoria, si legge nel comunicato stampa della Commissione: «*l'esperienza insegna che per un sistema di asilo più efficace e coerente sono necessarie norme comuni e armonizzate a livello UE. La Commissione pertanto propone di creare una procedura comune per la protezione internazionale, di uniformare gli standard di protezione e i diritti per i beneficiari di protezione internazionale e di armonizzare ulteriormente le condizioni di accoglienza nell'UE. Nel complesso, tali proposte mirano a semplificare e abbreviare la procedura di asilo e il processo decisionale, scoraggiare i movimenti secondari dei richiedenti asilo e favorire l'integrazione delle persone che hanno diritto alla protezione internazionale*».[366]

La proposta di sostituire la direttiva "procedure" con un regolamento appare la novità più incisiva in termini di armonizzazione e integrazione della politica europea di asilo. Come ha dichiarato la Commissione europea, la proposta di regolamento mira a: *a)*rendere le procedure di

[366] Comunicato stampa Commissione europea del 13 luglio 2016, *cit*., http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2433_it.htm.

asilo più semplici, chiare e brevi attraverso una semplificazione delle procedure e l'indicazione di un termine di durata massima di sei mesi per lo svolgimento delle stesse. Vengono, inoltre, previsti termini più brevi (da uno a due mesi), in particolare per le domande di asilo inammissibili o palesemente infondate o per quei casi in cui è prevista l'applicazione della procedura accelerata; sono altresì proposte nuove e più celeri scadenze per la presentazione dei ricorsi (da una settimana o un mese) e per le decisioni nella prima fase del ricorso (da due a sei mesi); *b)* sono introdotte misure volte al rafforzamento delle garanzie per i richiedenti asilo ai quali sarà garantito il diritto a un colloquio individuale e all'assistenza e alla rappresentanza legale gratuite già nel corso della procedura amministrativa. Sono fornite maggiori garanzie ai richiedenti asilo con esigenze particolari e ai minori non accompagnati, i quali dovrebbero essere affidati a un tutore entro cinque giorni dalla presentazione della domanda; *c)* garantire norme più severe per combattere gli abusi introducendo nuovi obblighi di cooperazione con le autorità e la previsione di pesanti conseguenze in caso di mancato rispetto degli stessi. In relazione a questo punto della proposta si precisa che in tal modo sarebbe resa obbligatoria l'applicazione di sanzioni in caso di abuso della procedura, omessa collaborazione e movimenti secondari - finora facoltativa. Le sanzioni comprendono il rigetto della domanda perché implicitamente ritirata o palesemente infondata o l'applicazione della procedura accelerata; *d)*armonizzazione delle norme sui Paesi sicuri rendendo obbligatoria l'applicazione del concetto di Paese sicuro. La Commissione europea propone, inoltre, di sostituire completamente le designazioni nazionali dei Paesi di origine sicuri e dei Paesi terzi sicuri con elenchi europei o designazioni a livello UE entro cinque anni dall'entrata in vigore del regolamento.

La comunicazione della proposta di regolamento costituisce senz'altro un passo in avanti nel processo d'integrazione europea. Attraverso il regolamento, le norme sulla procedura di esame della domanda da "comuni" potrebbero, se approvate, divenire norme "uniformi"; tuttavia occorre comprendere se questo passo verso la maggiore integrazione non costituisca invece un preoccupante indietreggiare sul terreno del rispetto dei diritti dei rifugiati. Parrebbe criticabile ad esempio la previsione di rendere obbligatorie le sanzioni in caso di abuso della procedura, omessa collaborazione e movimenti secondari, in tal modo gli Stati potranno rigettare la domanda perché implicitamente ritirata o palesemente infondata e avviare così la procedura accelerata.

In questa diversa prospettiva la proposta della Commissione parrebbe in verità una prostrazione al volere degli Stati membri il cui intento è solo quello di adottare procedure rapide e più stringenti per i migranti al fine di contenere l'attuale crisi migratoria.

3.3. (segue) La legge Minniti-Orlando: verso procedure accelerate

L'eco delle proposte della Commissione ha trovato un rapido riscontro a livello nazionale, infatti, il legislatore italiano ha recentemente adottato la c.d. legge Minniti- Orlando contenente "*disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*".[367] Come emerge chiaramente dalla lettura della legge Minniti, l'obiettivo principale del legislatore è quello di semplificare e accelerare la procedura relativa alla richiesta di protezione internazionale, anche attraverso l'abolizione del

[367] Legge 13 aprile 2017 n. 46 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonche' per il contrasto dell'immigrazione illegale. (17G00059) (GU Serie Generale n.90 del 18-04-2017).

secondo grado di giudizio in caso di rigetto dell'istanza, ferma restando la possibilità di ricorrere in Cassazione; inoltre, si prevede il potenziamento delle strutture giudiziarie con l'istituzione presso i Tribunali di 26 sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini nell'Unione europea.

Le modifiche introdotte dalla legge Minniti- Orlando riguardano anche la modifica della procedura prevista per il primo grado di ricorso avverso i provvedimenti di rigetto della domanda di protezione internazionale: è infatti prevista la trasformazione dell'attuale rito sommario di cognizione in un rito camerale *inaudita altera parte* e dunque senza contraddittorio, in cui il giudice prenderà meramente visione della registrazione del colloquio del richiedente asilo innanzi alla commissione territoriale.

La legge prevede che i richiedenti asilo ospitati nei centri di accoglienza e nel circuito della rete Sprar siano iscritti all'anagrafe della popolazione residente e che possano svolgere a titolo gratuito attività di utilità sociale a favore della collettività locale.

Per quanto concerne la gestione di flussi di massa, la legge Minniti-Orlando prevede l'identificazione nei centri di crisi o *hotspot* all'interno di strutture di prima accoglienza dei cittadini stranieri soccorsi durante le operazioni di salvataggio in mare o rintracciati come irregolari in caso di attraversamenti alla frontiera. In questa fase d'identificazione deve essere garantito: il diritto all'informazione sulla protezione internazionale; la ricollocazione in altri Stati Ue; il rimpatrio volontario assistito. È altresì previsto il trattenimento in caso di rifiuto reiterato di sottoporsi all'identificazione.

Uno degli aspetti più preoccupanti e critici della legge Minniti è il ripristino, sotto un nome diverso, dei vecchi CIE (centri di identificazione ed espulsione) oggi chiamati centri di permanenza per i rimpatri, i quali saranno dislocati su tutto il territorio nazionale, verranno monitorati quotidianamente e il cui accesso libero all'interno sarà consentito agli stessi soggetti ammessi a visitare le carceri.

Per quanto concerne la lotta all'immigrazione irregolare si prevede l'introduzione del rito abbreviato nei giudizi sui provvedimenti di espulsione di cittadini stranieri per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato e per motivi di terrorismo.

Anche le procedure di rimpatrio prevedono *iter* più veloci, auspicando di incentivare la cooperazione con i Paesi terzi attraverso gli accordi bilaterali.

Le disposizioni della legge Minniti- Orlando non si applicano ai minori non accompagnati per i quali è prevista una disciplina specifica.

Questa legge meriterebbe una più attenta analisi perché appare davvero foriera di futuri scontri giuridprudenziali e aspre critiche dottrinali, in particolare con riferimento all'abolizione del secondo grado di giudizio per il riconoscimento della protezione internazionale, nonché con riguardo alla modifica del rito previsto per il giudizio in primo grado. Infatti, la previsione di un rito camerale semplificato, in assenza di contraddittorio, lede non solo il diritto di difesa sancito dall'articolo 24 Cost., ma altresì non mette il giudice in condizione di operare una valutazione in concreto della persona del ricorrente e del suo percorso d'inclusione sociale ai fini della decisione sul riconoscimento della protezione internazionale.[368]

[368] In questo stesso senso si sono espresse molte associazioni, si veda per tutti: ASGI, *Decreti Minniti – Orlando sulla sicurezza : presidio davanti a Montecitorio. Decine le adesioni all'appello contro la*

4. Il regime stabilito dalle norme riconducibili al regolamento di Dublino. Il principio dello Stato di primo approdo: da principio fondativo a potenziale mera eccezione residuale

L'art. 78, comma 2 del TFUE *lett. e)* dispone che il "sistema europeo comune di asilo" deve comprendere criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo o di protezione sussidiaria. Questa norma costituisce la base giuridica del c.d. "sistema Dublino" che consta dell'omonimo regolamento(UE) n. 604/2013/UE che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata da un cittadino di paese terzo o apolide e del regolamento(UE) Eurodac n. 603/2013/Ue per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento Dublino e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità degli Stati membri e da Euoropol, e che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Entrambi questi regolamenti, nel momento in cui si scrive, sono sottoposti anch'essi a una nuova fase di riforma che sarà esaminata in seguito.[369]

L'esigenza di stabilire strumenti e meccanismi volti a individuare lo Stato responsabile dell'esame della domanda di protezione internazionale è questione particolarmente importante e sentita anche a livello globale, infatti, fu lo stesso Comitato esecutivo dell'UNHCR che

---

conversione dei provvedimenti . Anche l'ASGI aderisce al presidio, dell'11/04/2017, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/decreti-minniti-orlando-sulla-sicurezza-presidio-davanti-montecitorio/.

[369] Si veda capitolo V.

per primo rilevò la necessità di tali disposizioni per prevenire il fenomeno dei rifugiati in orbita; nelle sue conclusioni sul "*Refugee without an asylum country*"[370]si raccomandava che « […] *effort should be made to resolve the problem of identifying the country responsible for examining an asylum request by the adoption of common criteria*».[371]

In Europa fu elaborato un accordo dal Comitato di esperti sugli aspetti giuridici di asilo, rifugiati e apolidi[372]sulla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo quando il problema dei rifugiati in orbita diventò particolarmente grave e sentito.

Oggi il quadro delle norme che disciplinano la determinazione dello Stato responsabile all'esame della domanda di protezione internazionale e della ricollocazione dei richiedenti asilo è disciplinata da un particolare regime detto "sistema Dublino", la cui genesi risale alla Convenzione di Dublino del 1990 adottata quale misura di compensazione alla perdita del controllo delle frontiere da parte degli Stati membri dell'allora Comunità europea.[373]Come *supra* enunciato, fu dall'implementazione del capitolo VII della Convenzione *Schengen* del 1985 che prese avvio il processo di costruzione di quello che oggi è detto sistema Dublino, quale misura di accompagnamento all'abolizione dei controlli alle frontiere interne; dunque, in origine queste misure erano dettate da esigenze prettamente securitarie e volte ad assecondare richieste squisitamente statali.

---

[370] UNHCR, Refugee without asylum country, n. 15(XXX), 1979 reperibile su http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html

[371] *Ibidem*, paragrafo h.

[372] CHAR, *Committee of Expert on Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugee and Stateless Person*s, Draft agreement on responsability for examining asylum requests, 29 novembre 1988-2 dicembre 1988, riprodotto come allegato dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Raport on the right of asylum*, Working Paper Vol. III, Doc. 7052, 23 marzo 1994.

[373] Si veda JOLY, *Le droit d'Asile dans la Communauté Européenne*, IJRL n.1, 1989, p. 365.

Nella seconda metà degli anni 80 l'Unione europea visse la sua prima "*crisi dell'asilo*", il che comportò la revisione in senso restrittivo delle politiche migratorie dei Paesi dell'Europa occidentale.[374]L'aumento delle domande di asilo generò diversi problemi come: l'incremento dei costi dell'accoglienza; tempi eccessivamente lunghi nelle procedure di determinazione dello *status* di rifugiato; difficoltà nelle procedure di rimpatrio dei richiedenti le cui domande erano state respinte. È proprio in quegli anni, e con l'insorgere di politiche nazionali di controllo dei richiedenti protezione internazionale, che nacquero i concetti di "Paesi di primo asilo" e "Paesi terzi sicuri", attraverso i quali si legittima il trasferimento dei richiedenti, senza esame nel merito della domanda, verso un Paese terzo in cui i richiedenti hanno ottenuto o avrebbero potuto ottenere asilo.[375]In questa fase inizia il degrado delle condizioni giuridiche e materiali dei richiedenti asilo in Europa, e si sviluppa il fenomeno dei rifugiati in orbita.

Come si è già detto, il processo di comunitarizzazione di una politica di asilo europea prese l'avvio non solo per porre una soluzione alla crisi dell'asilo, che pur si stava vivendo, ma come corollario al processo di costruzione del ben più ampio progetto di costruzione di uno spazio europeo senza frontiere interne. Il primo strumento di accompagnamento all'abolizione dei controlli alle frontiere interne è proprio l'adozione di regole volte alla determinazione dello Stato competente per l'esame delle domande di asilo.

In origine, quindi, il "sistema Dublino", in quanto complesso di misure di accompagnamento all'abolizione delle frontiere interne, perseguiva lo scopo di evitare due precipue forme di "abuso del diritto di asilo": la

[374] Così F. MAINANI, *L'Unité familiale et le système Dublin*, ed. HELBING, LICHTENHAHN, VERLAG, Bâle, 2006, p. 422.
[375] *Ibidem*.

presentazione di domande di asilo successive o parallele presso più Stati membri (c.d. fenomeno delle domande multiple); lo sfruttamento dell'assenza di controlli alle frontiere al fine di poter scegliere lo Stato in cui presentare la propria domanda di asilo (c.d. fenomeno dell'*asylum shopping*).

In questa prima fase della politica di asilo europea, caratterizzata dal metodo intergovernativo, nell'ambito della cooperazione informale tra gli Stati appartenenti all'area *Schengen*, gli atti erano approvati senza alcuna base democratica e seguendo una logica prettamente securitaria il cui scopo essenziale era quello di costituire una misura di accompagnamento all'abolizione dei controlli alla frontiera; la Convenzione «*sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee*»[376]costituisce il primo atto vincolante adottato nella prima fase delle politica europea di asilo.

Nel tempo il sistema Dublino ha vissuto una vera e propria saga fatta di varie fasi di trasformazioni e modifiche: dalla Convenzione Dublino del 1990 si è passati al regolamento CE 343/2003[377] detto Dublino II, poi si è proseguito con il regolamento 604/2013/UE[378]c.d. Dublino III, e nel momento in cui si scrive la Commissione europea ha già presentato una

[376] Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990.
[377] 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.
[378] 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.

nuova proposta di riforma, dunque si attende il regolamento Dublino IV.[379]

Occorre osservare che il sistema Dublino (criticato, osteggiato, e più volte modificato) costantemente ritenuto inefficiente e fallimentare ha continuato, con la stessa costanza, a costituire il perno del sistema di asilo in tutti questi anni.

Ebbene, il sistema Dublino nella sua ossatura originaria si è fondato sui seguenti principi: ogni domanda di asilo è esaminata da uno Stato membro, salvo la possibilità di rinviare il richiedente in un Paese terzo "sicuro" in conformità alla propria legislazione nazionale e alla Convenzione di Ginevra del 1951[380] e, oggi diremo, nel rispetto della copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia; ogni domanda è esaminata da un solo Stato membro, c.d. Stato competente;[381]l'esame della domanda è condotto conformemente alla legislazione di tale Stato.[382]

Se questi sono i principi essenziali che ispirano il sistema Dublino, si deve osservare che oggi a essi se ne deveno aggiungere altri: il principio di reciproca fiducia e mutuo riconoscimento tra Stati membri.

---

[379] 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), Bruxelles 4 maggio 2016, COM (2016) 270 final, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0270(01)&from=IT.

[380] Così art. 3, par. 3 regolamento Dublino III; art. 3, par. 1 e 3 regolamento Dublino II e art. 3, par. 1 e 5 Convenzione Dublino.

[381] Così art. 3 par. 1 regolamento Dublino II e art. 3, par. 2 Convenzione di Dublino 1990.

[382] Così art. 2 lett. e) regolamento Dublino II e art. 3 par. 3 Convenzione Dublino 1990.

Due considerazioni sorgono immediatamente analizzando il ventennale, seppur mutevole, sistema Dublino. La prima concerne l'importanza dei criteri di determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di protezione internazionale quali fulcro intorno a cui ruota il sistema europeo comune di asilo. Infatti, tutta la normativa in materia di asilo perde di significato se non vi è uno Stato che assume, in conformità a criteri certi e oggettivi, la responsabilità di prendere in carico l'esame della domanda di asilo. La seconda considerazione deriva dalla mera osservazione di quella che abbiamo definito *saga* Dublino: infatti, l'insistenza del legislatore europeo su questo strumento normativo e l'incapacità di adottare soluzioni giuridiche alternative è la cartina al tornasole della difficoltà di far compiere agli Stati dell'Unione quel passo in più verso una coesione sempre più stretta tra i Paesi membri in tema di protezione internazionale. Ne deriva che è sul terreno dell'applicazione delle norme stabilite dal sistema Dublino che il castello europeo si disfa in mille granelli di sabbia e mostra tutte le fragilità di un'Unione ancora in divenire. Si afferma ciò perché questo strumento nato da esigenze intergovernative e poi informato dal principio comunitario della fiducia reciproca tra Stati rimane a oggi un'opera incompiuta che, mettendo in crisi se stessa, rischia di mettere in ginocchio l'Unione europea e la sua ragion d'essere.

Scopo principale del sistema Dublino è di garantire l'effettivo accesso alle procedure volte al riconoscimento della protezione internazionale così come emerge dai considerando iniziali[383] e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha affermato che:« *[…] obiettivo principale di tale regolamento il quale, come previsto nei suoi considerando 3 e 4, è volto a garantire l'effettivo accesso all'esame*

[383] Si veda il Considerando n.5 del regolamento (Ue) n. 604/2013.

dello status di rifugiato del richiedente».[384]Ebbene, se questo che abbiamo appena citato è lo scopo nobile del regolamento, dall'altro canto, come ovvio, questo strumento persegue un obiettivo molto caro agli Stati ovvero quello di prevenire la moltiplicazione delle domande di asilo entro l'Unione. La Corte di giustizia ha precisato, infatti, che il sistema Dublino, basato sul principio della fiducia reciproca, è stato creato «*al fine di razionalizzare il trattamento delle domande di asilo e di evitare la saturazione del sistema con l'obbligo per le autorità nazionali di trattare domande multiple introdotte da uno stesso richiedente, di accrescere la certezza del diritto quanto alla determinazione dello Stato competente a trattare la domanda di asilo e, così facendo, di evitare il forum shopping; tutto ciò con l'obiettivo principale di accelerare il trattamento delle domande nell'interesse tanto dei richiedenti asilo quanto degli Stati partecipanti*».[385]

Questo, dunque, è lo scopo del sistema Dublino, ma bisogna comprendere in che modo e quali criteri sono stati scelti dal legislatore europeo al fine della determinazione dello Stato membro responsabile della domanda di asilo, e valutare quanto questi criteri sono rispettosi dei diritti fondamentali dei migranti e dei loro legami familiari. Orbene, mentre l'UNHCR ha da sempre messo in risalto la necessità di tenere conto, per quanto possibile, delle aspirazioni del richiedente e dello stretto rapporto che questo potrebbe avere con uno degli Stati membri[386], il legislatore europeo si è per lo più sempre concentrato sulla scelte di

[384] Corte di giustizia sentenza del 6 giugno 2013, caso *Ma e altri c. Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, paragrafo n. 54.

[385] Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, caso *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 e C-493/10, paragrafo 79.

[386] CHAR, Committee of Expert on Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugee and Stateless Persons, Draft agreement on responsability for examining asylum requests, 29 novembre 1988-2 dicembre 1988, riprodotto come allegato dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Raport on the right of asylum*, Working Paper Vol.III, Doc. 7052, 23 marzo 1994.

criteri "obiettivi" che miravano a individuare come Stato responsabile della domanda quello che aveva permesso l'ingresso del richiedente nell'area Dublino. In questo senso, soprattutto nella prima fase del sistema Dublino, i criteri di determinazione dello Stato responsabile della domanda di asilo si risolvevano nella "caccia" dello Stato "responsabile" dell'ingresso del richiedente asilo, da qui l'individuazione del criterio del "Paese di primo ingresso" che finiva col penalizzare soprattutto gli Stati della frontiera esterna dell'Unione.

Il regolamento Dublino II, infatti, individuava nel primo Stato d'ingresso sul territorio dell'Unione europea il soggetto prioritariamente responsabile a esaminare il fondamento della richiesta di asilo, salvo casi particolari a tutela dell'unità familiare.[387]

Vent'anni di *saga* Dublino hanno dimostrato che un tale sistema fondato sul criterio del Paese di primo accesso è inadatto a svolgere in modo efficace ed efficiente le sue stesse funzioni di base, e per di più finisce col generare rilevanti costi per la società e disagio per le persone interessate.[388]

Lo stesso legislatore europeo mostra di essere consapevole delle difficoltà di attuazione e del funzionamento del sistema Dublino, tant'è che nei considerando iniziali del regolamento 604/2013/UE si legge che: «*alla luce dei risultati delle valutazioni effettuate dell'attuazione degli strumenti della prima fase, è opportuno in questa fase ribadire i principi che ispirano il regolamento (CE) n. 343/2003 apportando i*

[387] Art. 5, paragrafo 2 regolamento 343/2003/CE.

[388] In questo stesso senso e più diffusamente si veda: F. MAIANI e –M. GARLICK, *Reforming The Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, edito da V. CHETAIL, P.DE BRUYCKER, F. MAIANI, 2016; E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO- LAX, M. MOUZOURAKIS, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, 2014, Studi per la Commissione LIBE reperibili al sito http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU(2014)509989_EN.pdf (ultimo accesso 27 luglio 2016) par. 2.4 e 6.2.

miglioramenti necessari, in vista dell'esperienza acquisita, a migliorare l'efficienza del sistema di Dublino e la protezione offerta ai richiedenti nel contesto di tale sistema. Dato che il buon funzionamento del sistema di Dublino è fondamentale per il CEAS, i suoi principi e il suo funzionamento dovrebbero essere periodicamente riesaminati parallelamente all'introduzione di altre componenti del CEAS e di altri strumenti di solidarietà dell'Unione. Dovrebbe essere previsto un «controllo di qualità» completo sotto forma di esame fattuale, che contempli gli effetti giuridici, economici e sociali del sistema di Dublino, comprese le sue ripercussioni sui diritti fondamentali».[389]

Il capitolo III del Regolamento Dublino III è intitolato "criteri per determinare lo Stato membro competente" e all'art. 7 è indicato che la regola generale per l'applicazione degli stessi è quella gerarchica; i criteri devono essere esaminati e determinati seguendo l'ordine in cui sono enunciati e dunque quelli indicati alla fine dovrebbero essere considerati criteri residuali e applicabili solo ove i criteri superiori siano inapplicabili.

Il capo III del regolamento Dublino III, nell'indicare i criteri, ordinati gerarchicamente, per la determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di protezione internazionale pare compiere un passo in avanti verso una maggiore tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti. Infatti, l'ordine gerarchico seguito dal legislatore europeo è il seguente: norme specifiche per i richiedenti minori non accompagnati[390]; criteri di collegamento connessi ai legami familiari[391]; rilascio di titoli di soggiorno o visti[392]; ingresso/soggiorno illegale[393]; ingresso con

[389] Considerando n. 9 regolamento (UE) 604/2013.
[390] Art. 8 regolamento (UE) n. 604/2013.
[391] Artt. 9, 10, 11 regolamento (UE) n. 604/2013.
[392] Art. 12 regolamento (UE) n. 604/2013/UE.
[393] Art. 13 regolamento (UE) n. 604/2013/UE.

esenzione di visto[394]; la presentazione della domanda nella zona di transito o aeroporto.[395]

Senza esaminare nel dettaglio questi criteri, occorre specificare che la regola generale impone di seguire l'ordine gerarchico in cui sono indicati vale solo per i criteri indicati al capo III del regolamento. Questa specificazione è importante perché nel regolamento sono presenti norme specifiche volte a individuare altri criteri di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda; in particolare ci si riferisce alla norma contenuta nell'art. 3, comma 2 del regolamento in cui è precisato che qualora sia impossibile determinare lo Stato membro competente sulla base dei criteri indicati sarà competente lo Stato membro in cui è stata presentata la prima domanda; eccezioni ai criteri generali sono

[394] Art. 14 regolamento (UE) n. 604/2013/UE.
[395] Art. 15 regolamento (UE) n. 604/2013/UE.

indicate all'art. 16[396] che si occupa delle "persone a carico" e all'art. 17[397]dedicato alle clausole discrezionali: clausola di sovranità e clausola umanitaria.

Quel che in questa sede è opportuno rilevare è che nel lungo processo d'integrazione europea in materia di asilo, l'Unione ha cercato, nelle varie modifiche al sistema Dublino, di stabilire un ordine gerarchico di

[396] Art. 16 regolamento (Ue) 604/2013:« 1. Laddove a motivo di una gravidanza, maternità recente, malattia grave, grave disabilità o età avanzata un richiedente sia dipendente dall'assistenza del figlio, del fratello o del genitore legalmente residente in uno degli Stati membri o laddove un figlio, un fratello o un genitore legalmente residente in uno degli Stati membri sia dipendente dall'assistenza del richiedente, gli Stati membri lasciano insieme o ricongiungono il richiedente con tale figlio, fratello o genitore, a condizione che i legami familiari esistessero nel paese d'origine, che il figlio, il fratello, il genitore o il richiedente siano in grado di fornire assistenza alla persona a carico e che gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto.

2. Se il figlio, il fratello o il genitore di cui al paragrafo 1 risiede legalmente in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova il richiedente, lo Stato membro competente è lo Stato membro in cui il figlio, il fratello e o il genitore risiede legalmente, a meno che la salute del richiedente non impedisca allo stesso, per un periodo di tempo significativo, di recarsi in detto Stato membro. In tal caso, lo Stato membro competente è lo Stato membro in cui si trova il richiedente. Detto Stato membro non è soggetto all'obbligo di condurre il figlio, il fratello o il genitore del richiedente nel suo territorio.

3.Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 45 riguardo agli elementi di cui tenere conto per valutare il vincolo di dipendenza, ai criteri per accertare l'esistenza di legami familiari comprovati, ai criteri per valutare la capacità della persona in questione di occuparsi della persona a carico e agli elementi di cui tenere conto per valutare l'impossibilità di viaggiare per un periodo di tempo significativo.

4.La Commissione stabilisce, mediante atti di esecuzione, condizioni uniformi per la consultazione e lo scambio di informazioni tra Stati membri. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura di esame di cui all'articolo 44, paragrafo 2».

[397] Art. 17 regolamento (Ue) 604/2013: «1.In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento.

Lo Stato membro che decide di esaminare una domanda di protezione internazionale ai sensi del presente paragrafo diventa lo Stato membro competente e assume gli obblighi connessi a tale competenza. Se applicabile, esso ne informa, utilizzando la rete telematica «DubliNet» istituita a norma dell'articolo 18 del regolamento (CE) n. 1560/2003, lo Stato membro precedentemente competente, lo Stato membro che ha in corso la procedura volta a determinare lo Stato membro competente o quello al quale è stato chiesto di prendere o riprendere in carico il richiedente.

Lo Stato membro che diventa competente ai sensi del presente paragrafo lo indica immediatamente nell'Eurodac ai sensi del regolamento (UE) n. 603/2013,

criteri per la determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di asilo. In questo modo si è cercato di dare maggiore importanza a criteri di collegamento che permettono di ripristinare i legami familiari dei migranti o un loro precedente trascorso già vissuto in territorio europeo. Si legge nella proposta della Commissione del Regolamento Dublino III che «*il regolamento Dublino ha gettato la prima pietra del sistema comune europeo di asilo, perfezionando la convenzione con una serie d'innovazioni pur basandosi sugli stessi principi generali, in particolare sul fatto che la competenza per l'esame di una domanda ricada 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 familiare*».[398]Questo mostra il passaggio da una politica volta a individuare come responsabile della domanda di

aggiungendo la data in cui è stata adottata la decisione di esaminare la domanda.
2. Lo Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali, anche se tale altro Stato membro non è competente ai sensi dei criteri definiti agli articoli da 8 a 11 e 16. Le persone interessate debbono esprimere il loro consenso per iscritto.
La richiesta di presa in carico consta di tutti gli elementi a disposizione dello Stato membro richiedente che consentano allo Stato membro richiesto di valutare la situazione.
Lo Stato richiesto provvede a ogni necessaria verifica per esaminare i motivi umanitari invocati e risponde allo Stato membro richiedente entro due mesi dal ricevimento della richiesta avvalendosi della rete telematica «DubliNet» istituita a norma dell'articolo 18 del regolamento (CE) n. 1560/2003. L'eventuale risposta di rifiuto della richiesta deve essere motivata.
Se lo Stato membro richiesto accetta tale richiesta, la competenza dell'esame della domanda gli è trasferita».

[398] 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, Bruxelles 3/12/2008, COM(2008) 820, p.3.

asilo lo Stato che aveva permesso l'accesso nel territorio europeo, a una politica che cerca un compromesso tra esigenze di garanzie dei diritti fondamentali dei migranti forzati con gli altri obiettivi del regolamento (sistema Dublino II)[399], infine a un sistema di criteri gerarchizzati che vede in cima il rispetto dell'unità familiare dei migranti richiedenti asilo (sistema Dublino III).

Il criterio del Paese di primo accesso, per espressa disposizione del regolamento Dublino III, è un criterio residuale, si legge, infatti, che «*quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei criteri enumerati nel presente regolamento, è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata*».[400]

Tuttavia, non è possibile nascondersi dietro l'enunciazione dei criteri gerarchici indicati nel regolamento Dublino III per sostenere che è stato così risolto il problema dell'onere che devono pagare i Paesi di primo approdo. Occorre distinguere tra Stato competente all'esame della domanda di asilo e Stato di avvio del procedimento di determinazione dello Stato competente e che in seguito dovrà eseguire il trasferimento del richiedente asilo. In altri termini nel momento in cui la domanda di protezione internazionale è presentata in uno Stato su questo ricadono specifici obblighi: « *la procedura di determinazione dello Stato membro competente è avviata non appena una domanda di protezione internazionale è presentata per la prima volta in uno Stato membro […]Quando una domanda di protezione internazionale è presentata alle autorità competenti di uno Stato membro da un richiedente che si trova nel territorio di un altro Stato membro, la determinazione dello Stato membro competente spetta allo Stato membro nel cui territorio si trova*

[399] Per un approfondimento circa la compatibilità del sistema Dublino II con il rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo si veda F. MAINANI, *L'Unité familiale et le système Dublin*, ed. Helbing, Lichtenhahn, Verlag, Bâle, 2006.
[400] Art. 3, par. 2 Regolamento 604/2013/UE.

il richiedente. Tale Stato membro è informato tempestivamente della presenza del richiedente dallo Stato membro che ha ricevuto la domanda di protezione internazionale e, ai fini del presente regolamento, è considerato lo Stato nel quale la domanda è stata presentata. […]Lo Stato membro nel quale è stata presentata per la prima volta la domanda di protezione internazionale è tenuto, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29 e al fine di portare a termine il procedimento di determinazione dello Stato membro competente, a riprendere in carico il richiedente che si trova in un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno o ha presentato colà una nuova domanda di protezione internazionale dopo aver ritirato la prima domanda presentata in uno Stato membro diverso durante il procedimento volto a determinare lo Stato membro competente».[401]È proprio questa *procedura nella procedura* che si è rivelata inefficace.[402] Inoltre, benché come si è visto, sia il regolamento Dublino II che il regolamento Dublino III inseriscono una lista di criteri di collegamento ordinati gerarchicamente, che vedono al primo posto la tutela dell'unità familiare e una particolare attenzione ai diritti dei minori, il sistema Dublino nel suo complesso continua a mantenere solido il suo impianto centrale e di base fondato sull'unicità della competenza in capo a un solo Stato membro e l'inclinazione ad attribuire tale responsabilità allo Stato che ha svolto il maggior ruolo in relazione all'ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio degli Stati membri. Ciò si evince dalla lettura dell'art. 13 del regolamento Dublino III ove si legge che quando è

[401] Art. 20 Regolamento 604/2013/UE.

[402] Si veda Rapporto di valutazione della Commissione europea sul sistema Dublino del marzo 2016, Evaluation of the implementation of the Dublin III, 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo 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;

accertato – attraverso prove o circostanze indiziarie, inclusi ovviamente i dati sulle impronte digitali raccolte attraverso il sistema Eurodac – «*che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un Paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente*»[403] e la sua responsabilità cessa 12 mesi dopo l'attraversamento clandestino della frontiera.[404]

L'aver mantenuto questo meccanismo di ripartizione della competenza, ancorato al criterio dello Stato di primo accesso, costituisce la base dei cedimenti strutturali del sistema di riparto delle competenze. Questo meccanismo finisce per concentrare le domande di protezione soprattutto negli Stati della frontiera meridionale dell'Unione che sono maggiormente interessati dai flussi migratori, favorendo l'insorgere in essi di crisi sistemiche e, dunque, il rischio di violazioni dei diritti fondamentali dei richiedenti.[405]

La procedura Dublino e in particolare i meccanismi di trasferimento mirano a far ricadere la responsabilità dell'esame della domanda in capo allo Stato che non riesce a osservare i tempi stabiliti dal regolamento stesso, o in altri termini "punisce" l'inefficienza o l'inerzia degli Stati membri nella procedura.

In tema di applicazione del regolamento Dublino bisogna sforzarsi di comprendere quanto le norme in esso sancite sono obiettivamente in grado di regolare il fenomeno migratorio dal momento che come si evince dalle valutazioni del sistema Dublino questo trova scarsa efficacia

[403] Art. 13 regolamento 604/13/ue.
[404] Da ultimo si veda Corte di giustizia, sentenza del 26 luglio 2017, cause riunite C-490/16 e C- 646/16, caso *A.S. c. Repubblica di Slovenia e Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*.
[405] Così O. FERACI, *il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo,* Osservatorio sulle fonti, 2/2013, p. 7.

proprio con riferimento ai trasferimenti[406]; basta osservare la giurisprudenza italiana sui ricorsi avverso i c.d. trasferimenti Dublino[407]per comprendere come il sistema Dublino tende, necessariamente, a essere derogato al fine di garantire un nocciolo duro di diritti fondamentali legati a doppio nodo al diritto di asilo quali la tutela della dignità umana e il divieto di subire trattamenti inumani e degradanti.

Inoltre, considerato che uno dei criteri di determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di asilo è il riterio dell'ingresso illegale, è evidente che in occasione dei numerosi sbarchi di migranti, laddove non vi siano altri criteri Dublino da invocare, lo Stato di primo approdo sarà lo Stato competente all'esame della domanda; ciò inevitabilmente penalizza gli Stati della frontiera meridionale e impedisce, alla base, un'equa ripartizione delle domande di asilo entro l'Unione.

---

[406] Rapporto di valutazione della Commissione europea sul sistema Dublino del marzo 2016, Evaluation of the implementation of the Dublin III, 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo 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.

[407] Si veda *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 27 settembre 2016 n. 4004; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 8 settembre 2015 n. 4200; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 8 settembre 2015 n. 4199; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza 16 maggio 2012 n. 4435; Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza 13 giugno 2012 n. 5403; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza 18 maggio 2011 n. 4315; Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza 19 aprile 2011 n. 3418; Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza 19 aprile 2011 n. 3495; Tar Lazio- Roma, sez. II quater sentenza del 13 marzo 2012 n. 2481; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 16 maggio 2012 n. 4432; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 17 aprile 2012 n. 3478; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 7 marzo 2012 n. 2303; Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza del 15 febbraio 2012 n. 1551; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 21 febbraio 2012 n. 1764; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 15 febbraio 2013 n. 1710; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 31 gennaio 2012 n. 1070; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 23 gennaio 2012 n. 706; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 17 maggio 2011 n. 4276; Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 19 aprile 2011 n. 3451; Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza del 7 settembre 2012 n. 7619.

5. I minori stranieri non accompagnati e la loro disciplina specifica

Un approfondimento specifico merita la disciplina prevista per determinazione dello Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo presentata da un minore non accompagnato.

Il minore straniero non accompagnato è un soggetto particolarmente vulnerabile a cagione del convergere, in capo ad esso di più condizioni di vulnerabilità: egli è vulnerabile in ragione della propria minore età; del proprio *status* di migrante (o di migrante richiedente asilo) e del fatto che non è protetto da alcun familiare adulto o tutore.[408]

Quanto alla qualifica di minore straniero non accompagnato, occorre distinguere il minore straniero non accompagnato che giunge nel territorio dell'Unione da solo o che ivi è immediatamente abbandonato e che non ha alcun familiare, fratello, parente o tutore all'interno dell'Unione (potremmo definirlo minore non accompagnato "*puro*"), dal minore non accompagnato separato, cioè colui che pur arrivando nel territorio dell'Unione non accompagnato, tuttavia ha, in uno dei Paesi membri, un familiare, fratello o parente con il quale si potrà ricongiungere.

A livello internazionale i diritti del minore sono garantiti e tutelati dalla Convenzione sui diritti del fanciullo siglata a New York il 20 novembre 1989.[409]In questa importante Convenzione è definito e cristallizzato il principio del superiore interesse del minore e il principio di non discriminazione. Questa Convenzione è di grande rilievo, in quanto, la normativa dell'Unione è applicata e interpretata alla luce dei principi in essa stabiliti. In particolare l'interesse superiore del minore è previsto, garantito e sancito dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali

[408] N. PARISI, *La protezione internazionale del minore migrante non accompagnato nella normativa internazionale ed europea*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI, a cura di, *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, pp. 91-110.

[409] Convenzione sui diritti del fanciullo siglata a New York il 20 novembre 1989.

dell'Unione europea.[410]

Le problematiche sottese all'arrivo del minore non accompagnato nei Paesi membri dell'Unione sono inquadrate entro la politica relativa ai migranti. L'Unione europea attraverso una disciplina di *soft law* ha stabilito principi e obiettivi circa la tutela dei minori migranti non accompagnati. Questa disciplina è caratterizzata da numerose comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo. Tra le tante si veda ad esempio il Commissione COM (2010) 2013, Piano di azione per i minori non accompagnati (2010-2014), del 6 maggio 2010; Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'EU. L'Unione nell'ambito della competenza a essa conferita dagli artt. 3, n.2 lett. j TUE, nonché 67, e 76-80 TFUE adotta norme di diritto derivato che definiscono lo statuto del migrante e comprendono anche lo statuto del minore migrante non accompagnato. Con riferimento alle norme di diritto derivato si applica, quindi, al minore migrante non accompagnato la direttiva rimpatri e il c.d. pacchetto asilo.

[410] Per un approfondimento si veda A. ANNONI, P. MORI (a cura di), *Diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, Giappichelli, 2015.

Di tale disciplina appare opportuno mettere in luce le debolezze. Uno degli aspetti che merita particolare attenzione è quello dell'individuazione dello Stato competente a esaminare la domanda di asilo del minore straniero non accompagnato che non abbia nel territorio dell'Unione alcun familiare, fratello o parente. A tal proposito occorre precisare che l'attuale assetto normativo previsto dal regolamento Dublino III appare insufficiente nell'indicare criteri certi di determinazione dello Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo del minore non accompagnato "puro" che abbia presentato più domande di asilo. Esso riproduce con qualche piccola messa a punto, la normativa previgente del regolamento Dublino II. Quest'ultimo all'art. 6 conteneva una norma ambigua circa i criteri di determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di asilo del minore non accompagnato che ha presentato più domande di asilo, la norma, infatti, non contemplando questa ipotesi risultava di incerta interpretazione e applicazione data la sua formulazione aperta:« *in mancanza di un familiare, è competente per l'esame della domanda lo Stato membro in cui il minore ha presentato la domanda d'asilo».*[411]Tale ambiguità si rifletteva in un'assenza di certezza per il minore straniero non accompagnato nella procedura Dublino. I giudici di Lussemburgo aditi *ex* art. 267 TFUE nella causa C- 640/2011 *MA e altri c. Secretary of State for the Home Departmen*[412], hanno chiarito che l'art. 6 del regolamento Dublino II (e per converso art. 8 del regolamento Dublino III) deve essere interpretato nel senso che, in circostanze che riguardano un minore non accompagnato, sprovvisto di familiari, fratelli o parenti che si trovino legalmente nel territorio di uno Stato membro, e che ha presentato una domanda in più di uno Stato membro, lo Stato membro

[411] Art. 8, par. 4 regolmento (ue) 604/2013.
[412] Corte d giustizia ue, sentenza del 6 giugno 2013, caso *Ma e altri c. Secretary of State for the Home Department*, C-648/11.

competente a esaminare la domanda è lo Stato membro, investito della domanda di asilo, nel quale il minore si trova. Si legge nella sentenza «*poiché i minori non accompagnati costituiscono una categoria di persone particolarmente vulnerabili, la procedura di determinazione dello Stato membro competente non dev'essere prolungata più di quanto strettamente necessario, il che implica che, in linea di principio, essi non siano trasferiti verso un altro Stato membro.[…] Pertanto, benché l'interesse del minore sia menzionato esplicitamente solo al primo comma dell'articolo 6 del regolamento n. 343/2003, l'articolo 24, paragrafo 2, della Carta, letto in combinato disposto con l'articolo 51, paragrafo 1, di quest'ultima, produce l'effetto che, in tutte le decisioni che adottano gli Stati membri sul fondamento del secondo comma del citato articolo 6, l'interesse superiore del minore deve parimenti essere considerato preminente. […] Tale presa in considerazione dell'interesse superiore del minore impone, in linea di principio, che, in circostanze come quelle che caratterizzano la situazione dei ricorrenti in via principale, l'articolo 6, secondo comma, del regolamento n. 343/2003 sia interpretato nel senso che designa come competente lo Stato membro nel quale il minore si trova dopo avervi presentato una domanda»*.[413]Riguardo a quest'aspetto si precisa che nella fase di negoziazione del regolamento 604/2013/UE, Parlamento europeo e Consiglio esplicitamente rinviarono la riformulazione della norma in attesa della pronuncia della Corte di giustizia nella causa C-648/2011.

A seguito della sentenza della Corte di giustizia, infatti, la Commissione, recependo interamente le indicazioni della Corte, nel 2014 ha presentato una proposta di refusione dell'art. 8 del regolamento Dublino III.[414]Con

[413] Corte di giustizia sentenza *MA e altri c. Secretary of State for the Home Departmen,* punti 55, 59,60.

[414] Commissione, Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una

la proposta s'indicano nuovi criteri per la determinazione dello Stato competente. Tali criteri sembrerebbero ampliare la tutela del minore straniero non accompagnato nella misura in cui prevedono che sia data la possibilità al minore non accompagnato di presentare una nuova domanda di asilo nello Stato in cui si trova qualora non lo avesse già fatto, o se lo ritiene, in virtù del suo superiore interesse, di chiedere che sia l'ultimo Stato in cui ha presentato la domanda a essere competente per l'esame della stessa.

Sino alla nuova proposta della Commissione europea del maggio 2016[415], in una prospettiva *de iure condendo,* dunque, era parso potersi ritenere che l'Unione stava cercando di ampliare la tutela del minore straniero non accompagnato offrendo, oltre a una maggiore certezza del diritto nella procedura Dublino, la possibilità per il minore non accompagnato di "scegliere" lo Stato competente a esaminare la domanda di asilo.

In soli due anni, stante l'impossibilità di raggiungere un accordo sulla proposta del 2014, la Commissione ha deciso di andare in direzione contraria alla giurisprudenza *MA*, si legge, infatti, nella proposta del 2016: «*la presente proposta prevede inoltre nuove norme per determinare lo Stato membro competente per l'esame di una domanda presentata da un minore non accompagnato; in particolare stabilisce che, in mancanza di parenti, la competenza spetta allo Stato membro in cui è stata presentata la prima domanda, a meno che ciò non vada contro l'interesse superiore del minore. Questa regola permetterà una rapida determinazione dello Stato membro competente e quindi un*

domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro Bruxelles, 26.06.2014, COM(2014) 382, *final*.

[415] Commissione, 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), Bruxelles, 4.5.2016, COM (2016) 270 *final* p. 5.

rapido accesso alla procedura per questo gruppo vulnerabile di richiedenti, anche grazie al proposto abbreviamento dei termini. Dato che tale norma differisce da quanto previsto nella proposta della Commissione del giugno 2014, la Commissione intende ritirare quest'ultima, sulla quale è stato finora impossibile raggiungere un accordo».[416]

La proposta della Commissione del maggio 2016 merita di essere fortemente criticata in quanto costituisce davvero un pericoloso passo indietro in tema di protezione internazionale dei minori non accompagnati, pertanto si ritiene che nelle more della riforma del regolamento Dublino andrebbe seguita l'interpretazione della Corte di giustizia.

La necessità di adottare una disciplina specifica per i minori non accompagnata è stata avvertita dal legislatore italiano che il 29 marzo 2017 ha approvato una legge recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati[417]in cui sono state introdotte modifiche alla disciplina vigente[418]al fine di rafforzare gli strumenti di tutela garantiti dall'ordinamento in favore dei minori stranieri.

In particolare le novità più significative introdotte con la legge 47/2017 riguardano: le misure per l'accoglienza dei minori e, più in generale, il rafforzamento dei diritti e delle tutele in favore dei minori. Inoltre, il legislatore italiano ha inserito tra i principi della legge il divieto assoluto di respingimento alla frontiera dei minori non accompagnati,

[416]*Ibidem,* p. 5.

[417] Legge n. 47/2017 recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

[418] Con il d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142 il legislatore italiano ha dato attuazione alle direttive 2013/32/UE (procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale) e 2013/33/UE (relativa all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale).

esplicitando che il respingimento non può essere eseguito in alcun caso.[419] Anche con riguardo ai minori stranieri il legislatore italiano ha introdotto delle modifiche al regime di espulsione, stabilendo che un provvedimento di espulsione può essere adottato esclusivamente per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, prescrivendo ulteriormente che, in ogni caso, tale provvedimento può essere adottato a condizione che non comporti un rischio di danni gravi per il minore. È altresì specificato che la decisione del tribunale per i minorenni, che ha la competenza in materia, deve essere assunta tempestivamente e comunque nel termine di 30 giorni.

Quanto alle misure di accoglienza il legislatore italiano ha previsto: la riduzione da 60 a 30 giorni del termine massimo per il trattenimento dei minori nelle strutture di accoglienza; la fissazione del termine massimo di 10 giorni per le operazioni di identificazione, prima dell'intervento legislativo non vi era l'indicazione di alcun termine; infine ha introdotto in via generale il principio di specificità delle strutture di accoglienza riservate ai minori.

All'art. 5 della legge 47/2017 è stata introdotta un'importante novità concernente l'elaborazione di una procedura unica per l'identificazione del minore che costituisce il passaggio fondamentale e propedeutico alla fase dell'accertamento della minore età cui è legata la possibilità di misure di protezione a favore dei minori non accompagnati. Questa procedura specifica prevede: un colloquio del minore con personale qualificato e sotto la direzione dei servizi dell'ente locale; la richiesta di un documento anagrafico in caso di dubbio sull'età e, eventualmente, di esami socio-sanitari, con il consenso del minore e con modalità il meno

[419] Il legislatore ha così inserito il nuovo comma 1-*bis* all'art. 19 del T.U. immigrazione.

invasive possibile; la presunzione della minore età anche nel caso in cui permangono dubbi sull'età in seguito all'accertamento.[420]

All'art. 9 della legge n. 47/2017 è prevista l'istituzione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali di un sistema informativo nazionale dei minori stranieri non accompagnati, in esso confluiranno le cartelle sociali dei minori non accompagnati, compilate dal personale qualificato che svolge il colloquio con il minore nella fase di prima accoglienza. La cartella include tutti gli elementi utili alla determinazione della soluzione di lungo periodo per il minore, nel suo superiore interesse.[421]

Per quanto concerne la rete di accoglienza, il legislatore ha esteso l'accesso ai servizi del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati - SPRAR a tutti i minori non accompagnati, a prescindere dai posti disponibili, come attualmente previsto. La capienza del Sistema dovrà pertanto essere commisurata alle effettive presenze dei minori sul territorio nazionale ed è comunque stabilita nei limiti delle risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo.[422]

Scopo precipuo della legge 47/2017 è quello di ampliare la tutela dei minori non accompagnati, pertanto sono state introdotte discipline specifiche sul c.d. rimpatrio assistito che consiste nel rimpatrio del minore finalizzato a garantire il diritto all'unità familiare dello stesso. Di fatti il provvedimento di rimpatrio può essere adottato solo se, in seguito a un'indagine specifica (c.d. indagini familiari) si ritiene che il rimpatrio sia opportuno nell'interesse del minore.[423]

[420] Art. 5 legge n. 47/2017.
[421] Art. 9 legge n. 47/2017.
[422] Art. 12 legge n. 47/2017.
[423] Così art. 6-8 legge 47/2017.

La legge mira a rendere più celere l'attivazione delle indagini familiari e introduce il criterio dell'affidamento preferibile ai familiari rispetto al collocamento in comunità di accoglienza. Inoltre, il legislatore ha spostato la competenza ad adottare i provvedimenti di rimpatrio assistito dal Ministero del lavoro al tribunale per i minorenni; inoltre, sempre presso il Tribunale per i minorenni il legislatore ha previsto l'istituzione di elenchi di tutori volontari disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato.[424]

Infine il legislatore italiano ha predisposto delle misure volte a rafforzare singoli diritti dei minori non accompagnati già previsti nella disciplina previgente, segnatamente: a) è estesa la piena garanzia dell'assistenza sanitaria ai minori non accompagnati prevedendo la loro iscrizione al Servizio sanitario nazionale, che la normativa vigente considera obbligatoria solo per i minori in possesso di un permesso di soggiorno, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, dopo il ritrovamento a seguito della segnalazione (attualmente è comunque garantita a tutti i minori la tutela della salute); b) all'art. 14 della legge è favorita l'adozione di specifiche misure da parte delle istituzioni scolastiche e delle istituzioni formative accreditate dalle regioni idonee a favorire l'assolvimento dell'obbligo scolastico e formativo da parte dei minori, anche mediante convenzioni volte a promuovere specifici programmi di apprendistato; c) agli artt. 15 e 16 è previsto rispettivamente l'implementazione delle garanzie processuali e procedimentali a tutela del minore straniero, mediante la garanzia di assistenza affettiva e psicologica dei minori stranieri non accompagnati in ogni stato e grado del procedimento e il riconoscimento del diritto del minore a essere informato dell'opportunità di nominare un legale di fiducia, anche attraverso il tutore nominato o i legali rappresentanti delle

[424] Si vedano artt. 7 e 11 legge 47/2017.

comunità di accoglienza, e di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento; d) all'art. 17 è stata prevista disposizioni che introducono misure speciali di protezione per specifiche categorie di minori non accompagnati, in considerazione del particolare stato di vulnerabilità in cui si trovano, come i minori non accompagnati vittime di tratta.

La legge italiana sui minori non accompagnati è la prima legge specifica per questa categoria di soggetti vulnerabili introdotta da uno Stato membro dell'Unione europea; di questa, che a una prima lettura appare una buona legge, se ne avvertiva fortemente il bisogno stante l'urgenza di definire con misure specifiche e appropriate una disciplina per questa categoria di soggetti che sono *più vulnerabili* tra i vulnerabili e che potremmo definire categoria di "*soli al mondo*"; di talché per la loro condizione soggettiva richiedono una disciplina derogatoria rispetto a quella prevista per i richiedenti asilo *tout court*.

Da ultimo, anche la Commissione europea ha presentato il 12 aprile 2017 delle linee guida sulla protezione dei minori migranti.[425]UNHCR e UNICEF hanno subito accolto con entusiasmo la Comunicazione della Commissione europea evidenziando che i punti chiave della nuova politica proposta riguardano: la nomina di un tutore per il minore, l'aumento della protezione dei bambini a tutti i livelli e negli *hotspot*, una migliore raccolta dei dati per garantire un adeguato monitoraggio dei minori, adottando un approccio globale per l'individuazione di soluzioni durevoli, nonché un migliore monitoraggio e cooperazione tra gli Stati.[426]

[425] Si veda Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, la protezione dei minori migranti, Bruxelles, 12 aprile 2017, COM(2017) 211 *final*.

[426] Si veda Comunicato, UNICEF e UNHCR accolgono con favore la nuova politica UE che protegge i bambini migranti e rifugiati, pubblicato il 12 aprile 2017 e reperibie all'indirizzo https://www.unhcr.it/news/unicef-unhcr-accolgono-favore-la-nuova-politica-ue-protegge-bambini-migranti-rifugiati.html.

Ebbene, è senz'altro importante che la Commissione inviti gli Stati membri a implementare a livello nazionale le linee guida presentate -e ad avviso di chi scrive il modello italiano, così come brevemente descritto, può costituire un significativo modello di riferimento per gli altri Stati membri- tuttavia si manifesta perplessità per la proposta di riforma del regolamento Dublino presentata dalla Commissione il 4 maggio 2016. In termini più espliciti la preoccupazione che si solleva è che con riferimento ad una politica decisiva per la tutela dei diritti fondamentali di soggetti particolarmente vulnerabili come i minori non accompagnati la Commissione laddove avrebbe potuto proporre norme direttamente applicabili negli Stati membri abbia invece fatto un passo indietro, relegando la propria azione alla mera indicazione di linee guida, così declinando ogni scelta attuativa alla discrezionalità degli Stati membri.

CAPITOLO IV

I PRINCIPI FONDANTI IL "REGIME COMUNE EUROPEO" DI ASILO FRA ESIGENZE D'INTEGRAZIONE E RISPETTO DELLE IDENTITA' NAZIONALI. LE CLAUSOLE DISCREZIONALI

SOMMARIO: 1. Il rispetto dei diritti fondamentali della persona come criterio informatore della politica comune di asilo. – 2. Il rispetto dei diritti fondamentali e la gestione delle crisi sistemiche. – 2.1. Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo e le eventuali divergenze rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione: il dialogo costruttivo fra Corti internazionali. – 2.2. L'apporto delle Corti nazionali: inglesi e tedesche. – 2.3. (*segue)* La posizione del Consiglio di Stato. – 2.4. La teoria del "gioco al ribasso" sulla tutela dei diritti umani. Una tesi da confutare. – 3. La fiducia reciproca tra gli Stati membri e il principio del mutuo riconoscimento: colonne portanti di una struttura instabile. – 3.1(*segue)* Fiducia reciproca e mutuo riconoscimento: le ragioni di un parere (2/13) discutibile. – 4. La clausola di sovranità: esercizio di un potere discrezionale o un obbligo positivo? – 4.1. *(segue)* il più recente orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia Ue. – 4.2. La clausola umanitaria. – 5. Il principio del mutuo riconoscimento e la sua applicazione meramente negativa ai fini della materia trattata.

1. Il rispetto dei diritti fondamentali della persona come criterio informatore della politica comune di asilo

La presente indagine ha preso le mosse dall'affermazione, provocatoria, che il diritto di asilo sia un diritto fondamentale della persona il cui riconoscimento si è realizzato solo grazie a una reinterpretazione/evoluzione del diritto internazionale generale e che, in via di principio, potrebbe trovare piena e migliore attuazione nell'ordinamento dell'Unione europea.

Il diritto trova la sua ragion d'essere nel rappresentare un'alternativa alla violenza, sotto tale punto di vista si potrebbe dire che il diritto di asilo costituisce la più nobile alternativa alla violenza, esso, infatti, dovrebbe concretizzarsi non solo nel diritto a ricevere protezione e a non essere *refouler* ma anche nel "diritto ad avere diritti".

La connessione tra diritto di asilo e diritti umani è strettissima, nonché necessaria, a tal proposito si rammentano le parole della filosofa Hannaha Arendt, la quale era pervasa dall'idea che il limite dei diritti umani fosse quello di trovare attuazione e tutela solo per chi aveva lo *status* di cittadini, rimanendo esclusi dal novero dei beneficiari di tali diritti tutti coloro che *non avevano più un posto nel mondo*.[427]

In questa ricerca al diritto umano all'asilo occorre fermarsi per un attimo a riflettere sulla tutela dei diritti umani *tout court* nell'ordinamento dell'Unione europea. Come si è detto il diritto di asilo nel panorama internazionale delle "carte dei diritti" trova esplicita menzione solo all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si è già analizzato nei capitoli precedenti, come sia frutto dell'Unione europea quel sistema di norme che garantiscono ai richiedenti protezione internazionale una disciplina, almeno in astratto, idonea a offrire: uno *status* uniforme di protezione, procedure di asilo e *standard* di accoglienza.

---

[427] La filosofa Hannaha Arendt, riferendosi agli apolidi della seconda guerra mondiale, scriveva: «*gli individui costretti a vivere fuori di ogni comunità sono confinati nella loro condizione naturale, nella loro mera diversità, pur trovandosi nel mondo civile. Essi sono sottratti a quella tremenda livellatrice di tutte le differenze che è la cittadinanza; e, poiché sono esclusi dalla partecipazione all'attività edificatrice degli uomini, appartengono alla razza umana allo steso modo che degli animali a una determinata specie animale. Il paradosso è che la perdita dei diritti umani coincide con la trasformazione in uomo generico- senza professione, senza cittadinanza, senza un'opinione, senza un'attività con cui identificarsi e specificarsi - e in individuo generico, rappresentante nient'altro che la propria diversità assolutamente unica, spogliata di ogni significato perché privata dell'espressione e dell'azione in un mondo comune. […] La concezione dei diritti umani è naufragata nel momento in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana*.» così H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, 1951.

Il diritto di asilo europeo per funzionare richiede una presunzione: il rispetto dei diritti umani nell'Unione europea. Requisito questo che va declinato in duplice modo: tutti gli Stati membri rispettano i diritti umani; l'Unione europea adotta norme nel rispetto dei diritti umani e riesce ad apprestare controllo e tutela su tale rispetto.

Per questa via è d'obbligo soffermarsi a esaminare, senza alcuna pretesa esaustiva, il tema della tutela dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione europea e più precisamente con riferimento alla protezione internazionale dello straniero.[428]

I diritti umani sono tali in quanto innati alla persona, inoltre hanno portata universale e dunque non sono passibili di un'applicazione discriminata. Ebbene, il richiedente asilo è una persona che, in ragione delle condizioni che subisce nel proprio Paese di origine o di abituale residenza, richiede protezione internazionale in uno Stato diverso dal proprio; in quanto essere umano, al richiedente protezione internazionale andrebbero garantiti non solo gli specifici diritti previsti dal "sistema ginevrino" sullo *status* di rifugiato ma anche tutti i diritti previsti dal diritto internazionale dei diritti umani e tutti quei diritti fondamentali della persona che l'ordinamento europeo ha riconosciuto e cristallizzato nella sua Carta dei diritti fondamentali.

L'ordinamento giuridico internazionale classico disciplina separatamente il diritto dei rifugiati e il diritto internazionale umanitario[429]ed è per tale ragione che la disciplina del diritto dell'Unione europea, in una

[428] Per un approfondimento si veda, tra gli altri, S. AMADEO, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo,* in A. ADINOLFI, S. AMADEO, M. BOLBONI, P. DE PASQUALE, P. GIANGASPERO, A. LANG, P. MARTUCCI, F. MUNARI, B. NASCIMBENE, R. NUNIN, F. SPITALERI, S. TONOLO (*a cura di*) F. SPITALERI, S. AMADEO, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, 2015, p. 343 ss.

[429] Vedi *supra* I capitolo.

prospettiva ideale costituirebbe una novità per il diritto dei rifugiati. Infatti, la politica comune europea di asilo si fonda sul rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951 e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come emerge chiaramente da tutti i preamboli della normativa in materia.

Quel che dunque occorre esaminare e verificare è la reale conformità della disciplina europea in tema di protezione internazionale con l'impianto europeo e internazionale in tema di tutela dei diritti umani.

Nell'ordinamento dell'Unione europea i diritti umani «*hanno una valenza fondativa in virtù del principio di diritto internazionale humana dignitas servanda est, tale da condizionare alla radice la validità di un ordinamento. Essi costituiscono, dunque, elementi fondanti e, normativamente, caratterizzanti la stessa configurazione di un ordinamento giuridico; esprimono una valenza giuridico - costituzionale (interna e internazionale) che concorre alla determinazione degli argini entro cui può specificarsi ed esplicarsi il potere di governo di un sistema giuridico. Ciò significa che, al pari degli ordinamenti degli Stati, anche il livello di governo europeo, nella misura in cui è idoneo a incidere in via pregiudizievole sullo statuto della persona, deve garantire ideone modalità di tutela dei diritti fondamentali della persona la cui applicazione prescinde dallo status civitatis*».[430]

L'art. 2 del TUE[431] è dedicato ai valori fondanti il diritto dell'Unione europea, tale norma riserva un'attenzione particolare alla tutela e rispetto

[430] N. PARISI, V. PETRALIA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2016, p. 267.

[431] Art. 2 TUE: «*l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*».

dei diritti umani. In special modo la "dignità umana" è collocata al primo posto, così come accade per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nella versione adattata a Strasburgo nel 2007, ove all'art. 1 è sancito che: « *la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*»[432].

Sulla portata giuridica dell'art. 2 TUE, basti qui richiamare la tesi sostenuta da autorevole dottrina secondo la quale la norma enumererebbe principi generali, qualificabili come costituzionali.[433]

In dottrina[434]è stata evidenziata una differenza tra i principi elencati al primo comma dell'art. 2 (rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze) cd. "*criteri di Copenhagen*", e quelli indicati al comma secondo (pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e parità tra uomini e donne) considerati questi ultimi quali valori comuni agli Stati membri che costituirebbero i caratteri del modello di società europeo. Il secondo comma della norma, infatti, assumerebbe la funzione di tratteggiare il modello di società europeo, senza che i caratteri menzionati dalla norma assurgano a rango di veri e propri valori dell'Unione,[435]pertanto sarà possibile attivare la procedura di sospensione prevista dall'art. 7 TUE[436] solo per la violazione dei valori di cui al primo comma dell'art. 2 TUE.

---

[432] Art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[433] L. FUMAGALLI, in A. TIZZANO, *Trattati sull'Unione europea* ove si legge: «*l'art. 2 TUE costituisce il nucleo essenziale del "processo costituente" dell'Unione europea, riproducendo parzialmente il contenuto del previgente art. 6, par. 1, TUE*» *cit*. p. 13.

[434] L. FUMAGALLI, in A. TIZZANO, *Trattati sull'Unione europea, cit.* p.14.

[435] *Ibidem*; M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, UBlire, p. 37.

[436] Art. 7 TUE:

Come si vedrà in seguito, gli strumenti procedurali di tutela dei diritti umani offerti dall'ordinamento dell'Unione europea costituiranno il nodo da sciogliere del presente lavoro di ricerca. Se, infatti, l'ordinamento dell'Unione enuncia principi generali di tutela dei diritti umani, occorrerà capire, ove gli strumenti giuridici adottati dall'Unione si rivelassero fallimentari (in special modo nell'applicazione del c.d. sistema Dublino), quali procedure di allarme e rimedio l'ordinamento dell'Unione è stato in grado di concepire ed è capace di offrire allo stato attuale. Ciò, inoltre, potrebbe costituire uno spunto di riflessione circa la portata costituzionale di tali valori. Detta in altri termini, se l'Unione europea ha tra i suoi principi il rispetto della dignità umana e dei diritti umani, quali strumenti di tutela offre in caso di violazione?

Come si è detto, i diritti fondamentali rappresentano un insieme di diritti essenziali e inalienabili della persona umana. L'espressione "diritti fondamentali" assume nel diritto dell'Unione dei caratteri specifici, propri del sistema comunitario, frutto di un lungo processo evolutivo e oggi sintetizzato all'art. 6, par. 1 TUE che attribuisce ai diritti, le libertà ei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Com'è noto, nei Trattati istitutivi delle Comunità europee non compariva alcuna norma riguardante la tutela dei diritti fondamentali. Certamente i Trattati contenevano principi quali la libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi di capitali, nonché, il divieto di discriminazione a motivo di nazionalità o sesso, tuttavia questi principi erano strettamente funzionali all'integrazione economica e alla realizzazione del mercato comune. L'individuo era beneficiario di tali principi e diritti

non in quanto essere umano ma in quanto centro di imputazione di interessi economici.[437]

Fu per prima la Corte di giustizia a elaborare con la sua giurisprudenza una teoria dei principi generali di diritto dell'Unione europea volta a tutelare gli individui dall'impatto che su di essi potevano avere gli atti europei, ritenendo insufficiente il mero riferimento alle tutele offerte dalle singole costituzioni nazionali.

La ricostruzione di una teoria dei principi generali del diritto dell'Unione europea da parte della Corte di giustizia si formò, inizialmente, dallo studio e dai continui riferimenti a testi giuridici esterni come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le stesse tradizioni costituzionali comuni, tuttavia la Corte si «*esercitava in una lettura autonoma di questi testi, "funzionale" alle esigenze proprie del diritto dell'Unione*».[438] Nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* la Corte di giustizia affermò che: «*la tutela dei diritti fondamentali costituisce, infatti, parte integrante dei principi generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*».[439]

Il riconoscimento di un diritto europeo dei diritti fondamentali ha dunque attraversato una fase di costruzione lenta, ad opera soprattutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia con il contributo dei giudici nazionali. In particolare, la Corte di giustizia sino

[437] B. NASCIMBENE, in A. TIZZANO, *Trattato sull'Unione europea*, *cit*. p. 56.
[438] R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI a cura di, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2016, p. XI.
[439] Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, p. 114, paragrafo 4.

alla metà degli anni 60'aveva cercato di concentrare la propria azione nella difesa della libertà di azione degli organi europei, necessaria ad assicurare l'autonomia del diritto comunitario, e quindi dichiarando la propria incompetenza in tema di diritti fondamentali.[440]Solo a partire dal 1969 con la famosa sentenza *Stauder*[441], la Corte di giustizia iniziò a mutare orientamento, si rammentano, infatti, le parole utilizzate dai giudici di Lussemburgo in sentenza: «*così interpretata, la disposizione di cui è causa non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l' osservanza*».[442]

Parimenti al cambiamento giurisprudenziale anche le istituzioni delle allora Comunità europee cominciarono dalla metà degli anni 70' a sviluppare l'ambizione di proteggere i diritti fondamentali in ambito comunitario.[443]

---

[440] Si vedano le sentenze: Corte di giustizia, 4 febbraio 1959, *Stork. Alta Autorità*, C-1/58; Corte di giustizia 12 febbraio 1960, *gli uffici di vendita del carbone della Ruhr "Geitling", "Präsident", "Mausegatt" e le imprese affiliate c. Alta Autorità CECA,* cause C- 17/59 e 18/59; Corte di giustizia 1 aprile 1965, *Sgarlata e altri c. Commissione CEE*, causa C-40/64.

[441] Corte di giustizia sentenza del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, causa C- 29/69, punto n.7.

[442] *Ibidem.*

[443] A titolo di esempio si segnalano i seguenti atti, quali prime manifestazioni di un interesse delle istituzioni europee a occuparsi della tutela dei diritti fondamentali: nel 1977 fu adottata da parte del Parlamento, della Commissione e del Consiglio la Dichiarazione riguardante il rispetto dei diritti fondamentali e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; il 14 febbraio 1984 fu adottato dal Parlamento europeo il Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea, c.d. Progetto Spinelli, il cui art. 4 sanciva l'impegno dell'Unione a tutelare la dignità dell'individuo e a riconoscere a ogni persona diritti e libertà fondamentali discendenti dai principi comuni delle costituzioni degli Stati membri nonché dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; nel preambolo dell'Atto unico europeo per la priva volta si fa espressamente riferimento ai diritti fondamentali, in esso infatti si legge che le parti contraenti si erano «*decise a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia*

In particolare non può sottacersi il parallelismo tra l'ampliamento delle competenze dell'Unione europea in tema di libera circolazione delle persone e il sempre maggiore riferimento a uno spazio di competenza europeo in tema di diritti fondamentali, si legge, infatti, nel preambolo della Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali adottata dal Parlamento europeo nel 1989: «*considerato che, allo scopo di proseguire e rilanciare l'opera di unificazione democratica dell'Europa, avuto riguardo alla creazione di uno spazio interno senza frontiere e tenuto conto della particolare responsabilità del Parlamento europeo per quanto concerne il benessere degli uomini e delle donne, è indispensabile che l'Europa ribadisca l'esistenza di una comunità di diritto fondata sul rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali, dato che misure incompatibili con i diritti fondamentali non possono essere ammesse, e ricordando che tali diritti derivano dai trattati che istituiscono le Comunità europee, dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dagli strumenti internazionali vigenti, e sono sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, il Parlamento europeo adotta la seguente dichiarazione quale espressione di questi diritti*».[444]

È con il Trattato di Maastricht che i diritti fondamentali trovano spazio all'interno di un Trattato, l'art. F, infatti, stabiliva che «*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali*

sociale».

[444] Parlamento europeo, Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali, adottata il 12 aprile 1989, doc A 2-3/89.

comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».[445]

L'importanza e la rilevanza del rispetto dei diritti fondamentali divenne sempre più evidente, nel Trattato di Amsterdam si legge all'art. 6 che l'Unione si fonda «*sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri*».[446]Tuttavia, il Trattato di Amsterdam pur riconoscendo rilevanza ai diritti fondamentali non era stato in grado di offrire un sistema efficace di sanzioni nei confronti degli Stati membri che si rendevano responsbili di una violazione grave e persistente dei principi sanciti nell'art. 6, comma 1 del Trattato.[447]

Si cominciò ad avvertire l'esigenza di una codificazione dei principi generali del diritto europeo e quindi dei diritti fondamentali. Sia la relazione sui diritti sociali fondamentali e sul loro futuro nell'Unione europea elaborata dal Comitato dei Saggi e presieduta da Maria De Lourdes Pintasilgo del 1996, che la relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduta da Spiros Simitis del 1999 suggerivano l'inserimento di un elenco di diritti fondamentali nei Trattati.[448]

[445] Trattato di Maastricht art. F.
[446] Trattato di Amsterdam art. 6.
[447] In questo senso F. PAPPALARDO, *Commento al preambolo* in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2016, p. XI ,cit. p. 7.
[448] *Ibidem.*

Al termine del Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999 fu dato mandato a un organo detto "Convenzione"[449] di elaborare una Carta dei diritti fondamentali.

Il 9 dicembre 2009 con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona terminò il processo di riconoscimento formale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la cui proclamazione a Nizza risaliva al 7 dicembre 2000. Infatti, seppur la Carta di Nizza non è stata inglobata materialmente nel Trattato di Lisbona, così come invece prevedeva l'ambizioso progetto del *Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa* del 2005, mai adottato, ad opera dell'art. 6 del TUE si prevede un esplicito rinvio recettizio alla Carta di Nizza, in tal modo consacrando l'impegno assunto dall'Unione in tema di rispetto dei diritti fondamentali.

La genesi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[450]induce alla riflessione su un neonato costituzionalismo europeo, caratterizzato dalla progressiva formazione di un diritto costituzionale europeo influenzato dall'interazione di diverse fonti costituzionali, per tale ragione si parla di un costituzionalismo multilivello.[451]Come si osserva in dottrina, in questo costituzionalismo europeo multilivello «*la tutela dei diritti fondamentali avviene mediante*

[449] La "Convenzione" era composta da delegati di capi di Stato e di governo e dal Presidente della Commissione europea, nonché dai membri del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali e con poteri differenti dai rappresentanti della Corte di giustizia, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e infine era composto da gruppi sociali ed esperti. L'organo era presieduto da Roman Herzog.

[450] Per un approfondimento si veda in dottrina: N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in Il diritto dell'Unione europea, anno XIV, fasc. 3, 2009, pp. 653-678.

[451] In questo senso: D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 67 ss.; BILANCIA, DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 328, ss.

un processo continuo di endosmosi e di esosmosi tra il livello nazionale, quello internazionale e quello dell'ordinamento dell'Unione europea, tra il formante giurisprudenziale, quello normativo, sia esso a livello dei trattati, delle convenzioni o a livello delle norme costituzionali e quello dottrinale [...] che garantisce l'equilibrio del sistema».[452]

Ci si è chiesti sin dalla premessa di questo lavoro di ricerca se fosse possibile individuare un diritto fondamentale all'asilo e quale fosse l'ordinamento che meglio di tutti si presta al riconoscimento di tale diritto. Si è analizzato il livello internazionale della Convenzione di Ginevra del 1951, si è analizzata la disciplina europea volta alla costruzione di un sistema europeo comune di asilo e si è intravisto in luce la possibilità che il riconoscimento di un diritto fondamentale all'asilo risiedesse proprio nell'ordinamento europeo. A sostegno di questa tesi, appare opportuno richiamare tutta quella giurisprudenza della Corte di giustizia sulla disciplina della protezione internazionale dello straniero in cui sono stati ribaditi principi fondamentali che trovano riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali.

Esiste una giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di protezione internazionale dello straniero e rispetto dei diritti fondamentali, e ciò perché, come si è già detto all'inizio di questo paragrafo, non esiste disposizione normativa europea in tema di protezione internazionale dei richiedenti asilo che non richiami nel proprio testo la Carta dei diritti fondamentali e non dichiari in modo espresso nei propri considerando iniziali il rispetto a essa. Da questa giurisprudenza sarebbe possibile ricavare un potenziale sistema di salvaguardia dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale, salvo poi osservare quanto sia

[452] F. PAPPALARDO, *cit*. p.9.

divenuto insostenibile per alcuni Stati membri rispettare tali diritti fondamentali.

È dall'analisi sistematica di questa giurisprudenza che s'intende ricostruire una teoria del diritto di asilo contemporanea e rispettosa dei diritti fondamentali.

In particolare, trovano rilievo quelle sentenze della Corte di giustizia in materia di asilo e immigrazione in cui sono stati sanciti e cristallizzati i seguenti principi di diritto: rispetto della dignità umana,[453]proibizione della tortura o trattamenti inumani e degradanti.[454]Segnatamente, in tema di rispetto della dignità umana rilevano le seguenti sentenze: caso *Moussa Abdida*[455]in cui la Corte era stata chiamata a interpretare le norme concernenti la direttiva "accoglienza", la direttiva "qualifiche", la direttiva "procedure", la direttiva "rimpatri" nonché gli articoli da 1 a 4, 19, paragrafo 2, 20, 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nella citata sentenza i giudici di Lussemburgo scrivono: «*occorre sottolineare che l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2008/115 dev'essere effettuata, come rammenta il considerando 2 della stessa, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità delle persone interessate*».[456]

Il rispetto della dignità della persona, quale diritto fondamentale assoluto e inalienabile, è spesso richiamato in tema di allontanamento delle persone illegalmente presenti sul territorio di uno degli Stati membri;

[453] Art. 1 della Carta dei diritti fondamentali.
[454] Art. 4 della Carta dei diritti fondamentali.
[455] Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2014, C- 562/13, caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*.
[456] *Ibidem,* punto 42.

copiosa in materia è la giurisprudenza della Corte di giustizia[457] e della Corte europea dei diritti dell'uomo.[458]

Altrettanto interessante è la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di rispetto dei diritti connessi e strumentali al riconoscimento del diritto di asilo in cui s'inserisce un riferimento precipuo alla tutela della dignità della persona, si segnala, infatti, la sentenza *Saciri e altri*[459] in tema di accoglienza[460] in cui i giudici di Lussemburgo dapprima hanno riaffermato l'obbligo degli Stati membri di garantire le prestazioni dovute al richiedente e alla propria famiglia sin dal momento di presentazione della domanda di asilo, e dunque la privazione anche temporanea dei benefici connessi e dovuti, violerebbe la direttiva e in particolare «*le prescrizioni dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale la dignità umana deve essere rispettata e tutelata*».[461]

Significativa appare anche la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Cimade e GISTI,*[462] in cui in un passaggio sull'interpretazione della direttiva "accoglienza" i giudici di Lussemburgo scrivono:

[457]A titolo di esempio si richiama la sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia, 28 aprile 2011, C-61/11.
[458]A titolo di esempio si richiama la sentenza della Corte Edu, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 23 febbraio 2012.
[459]Corte di giustizia, sentenza del 23 febbraio 2014, *Saciri e a.,* C-79/13.
[460]In particolare la controversia verteva sul diritto del rifugiato a percepire un sussidio nei casi in cui, come quello oggetto della controversia, lo Stato membro scelga questa soluzione come legittima alternativa al riconoscimento in natura delle prestazioni inerenti l'accoglienza.
[461]Corte di giustizia, sentenza del 23 febbraio 2014, *Saciri e a.,* C-79/13, punto 35, ove si legge:« *D'altro canto, l'economia generale e la finalità della direttiva 2003/9 nonché il rispetto dei diritti fondamentali – e segnatamente delle prescrizioni dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale la dignità umana deve essere rispettata e tutelata – ostano a che un richiedente asilo venga privato – anche solo per un periodo temporaneo dopo la presentazione di una domanda di asilo, della protezione conferita dalle norme minime dettate dalla citata direttiva*».
[462]Corte di giustizia ue, sentenza del 27 settembre 2012, C-179/11, caso Cimade e Gisti.

«*l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2003/9 deve altresì essere effettuata alla luce dell'economia generale e della finalità di quest'ultima nonché, come stabilito dal considerando 5 di detta direttiva, nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti, segnatamente, dalla Carta. A mente di tale considerando, la direttiva mira in particolare a garantire il pieno rispetto della dignità umana e a promuovere l'applicazione degli articoli 1 e 18 della Carta*. […] *L'economia generale e la finalità della direttiva 2003/9 nonché il rispetto dei diritti fondamentali – e segnatamente delle prescrizioni dell'articolo 1 della Carta, a norma del quale la dignità umana deve essere rispettata e tutelata – ostano, come evidenziato ai punti 42-45 della presente sentenza, a che un richiedente asilo venga privato – anche solo per un periodo temporaneo dopo la presentazione di una domanda di asilo, e prima che egli venga effettivamente trasferito nello Stato membro competente – della protezione conferita dalle norme minime dettate dalla citata direttiva*».[463]

Il rispetto della dignità umana come sancito dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ha assunto il ruolo di parametro anche per la valutazione degli atti compiuti dagli Stati membri in ordine al riconoscimento o meno della domanda di protezione internazionale. Sull'argomento è opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di riconoscimento della protezione internazionale di richiedenti asilo omosessuali. Di evidente interesse è la sentenza nelle tre cause riunite *A. B. C.,*[464]in cui le richieste di soggiorno/asilo erano state presentate da persone omosessuali per il fondato timore di essere perseguitate nel loro

[463]*Ibidem*, punti 42 e 56.
[464]Corte di giustizia, sentenza del 2 dicembre 2014, C-148/13, C-149/13, C-150/13.

Paese di origine a causa della loro omosessualità.[465]La Corte in via preliminare precisa che l'interpretazione della direttiva "qualifiche" deve essere effettuata, così come stabilito nel considerando n. 10 della stessa, in conformità ai diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali. Inoltre precisa che la direttiva "qualifiche" non contiene norme procedurali applicabili all'esame della domanda di protezione internazionale e che dunque occorre fare riferimento alla direttiva "procedure" con preciso riguardo ai mezzi di acquisizione e formazione della prova dell'omosessualità dei richiedenti asilo. Fatte queste precisazioni preliminari, la Corte di giustizia enuncia il seguente principio di diritto:«*le modalità di valutazione, da parte delle autorità competenti, delle dichiarazioni e degli elementi di prova documentali o di altro tipo presentate a sostegno di tali domande devono essere conformi alle disposizioni delle direttive 2004/83 e 2005/85 nonché, come emerge, rispettivamente, dai considerando 10 e 8 di tali direttive, ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, quali il diritto al rispetto della dignità umana, sancito all'articolo 1 della Carta, nonché il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 7 della medesima*».[466]La Corte chiarisce che la richiesta di compimento di atti omosessuali, così come l'assoggettamento a *test* per accertare l'omosessualità dei richiedenti, o la produzione di prove documentali, quali ad esempio la registrazione video dei loro atti intimi, sarebbero tutte richieste idonee a ledere la dignità umana il cui rispetto è garantito dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali.

Quel che si sta dimostrando è che la normativa europea in tema di asilo e immigrazione, non solo in astratto è per sua stessa enunciazione

[465]F. PAPPALARDO, *cit*, p.38.
[466]Corte di giustizia, sentenza del 2 dicembre 2014, cause riunite C-148/13, C-149/13, C-150/13, caso *A. B. C. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* punto 53.

rispettosa dei diritti fondamentali, ma è altresì arricchita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti fondamentali.

Come si è osservato in precedenza, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo non è presente una vera e propria norma sul diritto di asilo, tuttavia dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 3 è possibile ricostruire l'ossatura del diritto di asilo. Com'è altrettanto noto, alcune norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ricalcano le norme della Convenzione europea. In questi casi, in cui vi è una coincidenza dei testi, come nel caso dell'art. 4 della Carta in tutto sovrapponibile all'art. 3 della Convenzione, trova applicazione l'art. 52, comma 3 della Carta dei diritti fondamentali il quale specifica che laddove le norme della Carta sanciscano diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea «*il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione*» salva sempre la possibilità che il diritto dell'Unione europea conceda una protezione più estesa ai diritti in esame.

Come si osserverà, alcune esigenze specifiche del diritto dell'Unione europea, come ad esempio l'applicazione dei principi di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca tra gli Stati membri, necessari per il corretto funzionamento del sistema Dublino, hanno indotto la Corte di giustizia ad accogliere soluzioni interpretative in parte difformi da quelle accolte nel sistema della CEDU.

In dottina, è stato messo in evidenza il ruolo fondamentale offerto dalla Corte di giustizia nel riconoscimento dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo, rilvando altresì i profili problematici sorti nella prassi applicativa del c.d. sistema Dublino, si è a tal proposito osservato che: «*la Corte ha sperimentato soluzioni innovative per*

garantire la conformità del diritto nazionale ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea, secondo quanto previsto dal diritto primario dell'Unione. L'unico settore in cui si manifestano tensioni tra le due concezioni dei diritti risiede nel problematico "diritto di Dublino", ambito speciale in cui la loro garanzia incide sulle relazioni di reciproca fiducia tra Stati membri. In tale ambito la Corte tende a distanziarsi sia dai canoni interpretativi consolidati sia dallo standard di tutela su base casistica imposta dalla Cedu».[467]

2. Il rispetto dei diritti fondamentali e la gestione delle crisi sistemiche

Il sistema Dublino si fonda, tra gli altri, sul principio secondo il quale tutti gli Stati dell'Unione sono da considerarsi sicuri, tale presupposto costituisce la base per il corretto funzionamento del sistema e della costruzione di una politica comune europea di asilo, ciò emerge chiaramente dalla lettura del considerando n. 3 del regolamento Dublino III, ove si legge: «*Il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha deciso di lavorare all'istituzione del CEAS basato sulla piena e completa applicazione della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, quale integrata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967 («convenzione di Ginevra»), garantendo in tal modo che nessuno sia rinviato in un paese nel quale rischia di essere nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di «non respingimento» (non-refoulement). Sotto tale profilo, e senza pregiudizio dei criteri di competenza definiti nel presente regolamento, gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati*

[467] Così S. AMADEO, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo*, *cit.*, p. 347.

sicuri per i cittadini di paesi terzi».[468]Questa presunzione si fonda sull'assunto che tutti i 32 Stati facenti parte del sistema Dublino hanno sottoscritto le convenzioni internazionali a tutela dei diritti dei rifugiati e del rispetto dei diritti umani, dunque, essendone obbligati se ne presume l'osservanza dei diritti in esse sanciti.[469] Inoltre, a garanzia di questa presunzione vi sarebbe la sottoposizione degli Stati membri agli obblighi derivanti dalle direttive dell'Unione che, come si è visto, creano un autonomo *standard* di tutela e di protezione rispetto a quello fornito dal diritto internazionale.

Tuttavia, non è possibile considerare tale presunzione assoluta, poiché il rispetto dei diritti umani da parte di uno Stato membro può essere meramente presunto e sempre confutato. È la Corte di giustizia che fornisce questa precisa interpretazione del regolamento Dublino II, stabilendo che: «*un'applicazione del regolamento n. 343/2003 sulla base di una presunzione assoluta che i diritti fondamentali del richiedente asilo saranno rispettati nello Stato membro di regola competente a conoscere della sua domanda è incompatibile con l'obbligo degli Stati membri di interpretare e di applicare il regolamento n. 343/2003 in conformità ai diritti fondamentali».*[470] Pertanto, sebbene per il corretto funzionamento del sistema Dublino gli Stati membri sono presuntivamente considerati sicuri, deve essere sempre ammessa la possibilità di addurre prove contrarie. Tale conclusione della Corte di giustizia trae origine dalla definizione di

[468] Considerando n. 3 regolamento Dublino III.

[469]Così Corte di giustizia, sentenza *NS* e altri, C- 411/10, par. 78 ove si legge: «*risulta dall'esame dei testi che istituiscono il sistema europeo comune di asilo che quest'ultimo è stato concepito in un contesto che permette di supporre che l'insieme degli Stati partecipanti, siano essi Stati membri o paesi terzi, rispettosi dei diritti fondamentali, compresi i diritti che trovano fondamento nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo del* 1967, nonché nella CEDU e che gli Stati membri possono fidarsi reciprocamente a tale riguardo».

[470]*Ibidem*, punto 99.

Paese sicuro fornita dall'allora art. 36 della direttiva 2005/85 secondo cui è da ritenersi tale quel Paese che oltre ad aver aderito alla Convenzione di Ginevra ne rispetta le disposizioni[471]; ne deriva che «*la mera ratifica delle convenzioni da parte di uno Stato non può comportare l'applicazione di una presunzione assoluta che esso rispetti tali convenzioni. Il medesimo principio è applicabile tanto agli Stati membri quanto agli Stati terzi».*[472] Dunque, il ragionamento della Corte di giustizia è il seguente: gli obblighi internazionali cui sono sottoposti gli Stati membri rendono possibile fondare il sistema Dublino su una presunzione di sicurezza reciproca (da cui deriva la possibilità di costruire il sistema sulla base del principio del mutuo riconoscimento), tuttavia, tale presunzione deve necessariamente essere considerata relativa e confutabile, in quanto, la mera adesione alla Convenzione di Ginevra del 1951 e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non ne assicurano il rispetto delle norme da queste disposte.

La giurisprudenza *N.S.* della Corte di giustizia, appena richiamata, ha trovato pieno ingresso nel regolamento Dublino III. Il legislatore europeo, infatti, ha codificato il *dictum* giurisprudenziale all'art. 3, par. 2, comma 2 del regolamento Dublino III stabilendo che nel caso in cui è impossibile determinare lo Stato competente in base ai criteri in esso stabiliti, lo Stato competente è quello in cui viene presentata per la prima volta la domanda. La norma prosegue specificando che è impossibile determinare la competenza di uno Stato quando vi sono fondati motivi per ritenere che in esso sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza, che implicano il rischio di un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei

[471] Art. 36, n. 2 *lett. a)* e *c)* direttiva 2005/85/CE.
[472] Corte di giustizia, *NS* e altri, C- 411/10, punto. 103.

diritti fondamentali dell'Unione europea.[473] Ove avvenga questa ipotesi lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente.

In dottrina è stata evidenziata la sussistenza di alcune discrepanze tra la nuova formulazione della norma e alcuni passaggi fondamentali della sentenza *N.S.*[474] Secondo la giurisprudenza *N.S.* *«[...] al fine di permettere all'Unione e ai suoi Stati membri di rispettare i loro obblighi di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo «Stato membro competente» ai sensi del regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta*».[475]Diversamente, l'art. 3, paragrafo 2 del regolamento nella sua formulazione letterale dispone che si abbiano: «*fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante*»[476] evitando così di prescrivere che lo Stato che deve determinare la competenza *non può ignorare le carenze sistemiche*. Questa differenza potrebbe potenzialmente diventare molto rilevante, tuttavia è chiaro che

[473]Art. 3, par. 2 regolamento 604/2013/UE.
[474]HRUSCHKA, F. MAINANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, in *Eu migration and asylum law*, *cit*., p. 1498.
[475]Corte di giustizia Ue, sentenza *N.S*., caso C-411/10, punti 94.
[476] Art. 3, par. 2 regolamento Dunlino II.

l'intenzione del legislatore era quella di codificare la giurisprudenza della Corte di giustizia, pertanto l'art. 3 dev'essere interpretato alla luce del caso *N.S.*[477]

Quel che è importante rilevare, al di là delle valutazioni che più oltre si svilupperanno circa il confronto tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è che il legislatore europeo con la riforma del regolamento Dublino del 2013 ha voluto tener conto dell'applicazione pratica del regolamento Dublino II dalla quale era emersa l'impossibilità di considerare in modo assoluto che tutti i Paesi membri sono reciprocamene sicuri tra loro.

La presa di coscienza del verificarsi entro gli Stati membri di situazioni tali da implicare la violazione di diritti fondamentali contiene in se il rischio della disfunzione del sistema Dublino che si fonda sul principio della fiducia reciproca. Per cui, il legislatore europeo precisa che il rischio di trattamenti inumani e degradanti deve derivare da crisi sistemiche e non da qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro competente; precisa la Corte di giustizia nel caso *N.S.*: « *ne va, infatti, della ragion d'essere dell'Unione e della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, più in particolare, del sistema europeo comune di asilo, fondato sulla fiducia reciproca e su una presunzione di osservanza, da parte degli altri Stati membri, del diritto dell'Unione, segnatamente dei diritti fondamentali*».[478] La Corte indica, inoltre, che se ogni violazione delle singole disposizioni delle direttive di armonizzazione del sistema comune europeo di asilo, da parte dello Stato membro competente, dovesse avere la conseguenza che lo Stato membro in cui è stata

[477] HRUSCHKA, F. MAINANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, *cit*., p. 1498.
[478] Corte di giustizia ue, *N.S.*, C- 411/10, punto 82.

presentata una domanda di asilo non possa trasferire il richiedente in tale primo Stato, ciò avrebbe l'effetto di aggiungere ai criteri di determinazione dello Stato membro competente enunciati nel regolamento Dublino un criterio supplementare di esclusione in base al quale: violazioni minime delle regole delle direttive summenzionate, commesse in un determinato Stato membro, potrebbero avere l'effetto di esonerare quest'ultimo dagli obblighi che derivano dal regolamento Dublino. Una tale conseguenza svuoterebbe detti obblighi del loro contenuto e comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di designare rapidamente lo Stato membro competente a conoscere di una domanda di asilo presentata nell'Unione.[479]

Dunque, occorre che le carenze siano sistemiche e che non sia possibile per gli Stati membri ignorarle, sulla base delle valutazioni effettuate sul campo e riprodotte in *report* affidabili che consentono di valutare il funzionamento del sistema di asilo.[480]L'avvocato generale Jääskinen nel caso *Puid* prova a specificare la portata della giurisprudenza *N.S.* e quindi chiarire in quali casi uno Stato membro non può trasferire il richiedente asilo verso un altro Stato membro perché lì il richiedente correrebbe il rischio di trattamenti inumani e degradanti, in altre parole: quando le carenze sistemiche sono così evidenti da costituire fatto notorio. Ad avviso di chi scrive, le indicazioni dell'avvocato generale rimangono tuttavia eccessivamente generiche, egli, infatti, scrive semplicemente: «*definirò situazioni eccezionali quelle che rispondono ai limiti tanto sostanziali quanto probatori definiti dalla Corte nella sentenza N.S. La condizione sostanziale era stata specificata dalla Corte come una situazione in cui sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello*

[479] *Ibidem*, punto. 85.
[480] *Ibidem*, punti 90-92.

Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo ai sensi del regolamento n. 343/2003, che implichino trattamenti disumani o degradanti. La Corte ha fissato la condizione probatoria nel senso che lo Stato membro, che in via normale trasferirebbe il richiedente asilo, non può ignorare le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale altro Stato membro. Di fatto, è assunto a criterio probatorio la notorietà del fatto che i richiedenti asilo non possono essere trasferiti verso lo Stato membro interessato».[481]

Questa giurisprudenza della Corte di giustizia e la stessa formulazione dell'art. 3, paragrafo 2 del Regolamento Dublino III fanno sorgere diverse questioni problematiche: la prima concerne la possibilità di prendere in considerazione, al fine di impedire i c.d. trasferimento Dublino, la violazione di diritti fondamentali per il singolo richiedente e dunque l'applicazione di una valutazione caso per caso, oggettiva e individuale; la seconda questione impone di chiedersi se la giurisprudenza *N.S.* e l'art. 3, paragrafo 2 del regolamento hanno individuato un'unica ipotesi d'impedimento dei trasferimenti Dublino nel requisito delle "carenze sistemiche".

La Corte di giustizia, con un primo orientamento giurisprudenziale, ha confermato l'interpretazione restrittiva, infatti, nella sentenza *Abdullahi* si ribadisce che quando si è innanzi a una situazione in cui uno Stato membro accetta la domanda di presa in carico «*il richiedente asilo può contestare la scelta di tale criterio soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che tale richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4*

[481] Conclusioni avvocato generale Jääskinen, caso *Puid*, causa C- 4/11, par. 61.

della Carta».[482]

L'art. 3 del regolamento Dublino indica i meccanismi da adottare nel caso in cui sia impossibile designare uno Stato membro competente sulla base dei criteri indicati nel regolamento stesso al capo III. La regola generale è che in tali circostanze è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata.[483]

Qualora sia impossibile trasferire il richiedente in uno Stato perché vi è il fondato motivo di ritenere che sussistano in esso crisi sistemiche nelle procedure di asilo e nelle condizioni di accoglienza, e che tali carenze implicano il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato competente.[484]

Quand'anche sia impossibile trasferire il richiedente verso un altro Stato membro designato, in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione della domanda diventa lo Stato membro competente.[485]

Quel che occorre evidenziare è che l'art. 3, paragrafo 2 del vecchio regolamento Dublino II conteneva la c.d. clausola di sovranità prevedendo che: «*ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. In*

[482] Corte di giustizia Ue, sentenza del 10 dicembre 2013, caso *Abdullahi*, causa C-394/12, punto 60.
[483] Art. 3, par.2 regolamento 604/2013/UE.
[484] Art. 3, par. 2 (2) regolamento 604/2013/UE.
[485] *Ibidem*.

tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del presente regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza. Eventualmente, esso ne informa lo Stato membro anteriormente competente, lo Stato membro che ha in corso la procedura volta a determinare lo Stato membro competente o quello al quale è stato chiesto di prendere o riprendere in carico il richiedente asilo».[486] Ebbene, come si è visto questa norma è stata totalmente riscritta, codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia del caso *N.S.*; la clausola di sovranità, invece, è stata inserita in un'apposita norma del regolamento Dublino III: l'art. 17.

Ciò significa, evidentemente, che il legislatore europeo ha voluto gestire le "crisi sistemiche" attraverso i meccanismi previsti dall'art 3, evitando di far discendere da esse un preciso obbligo di esame delle domande d'asilo, interpretazione che si era tentato di far discendere dalla clausola di sovranità.

Il legislatore europeo nei casi di crisi sistemiche fissa due meccanismi: in via principale l'applicazione dei criteri stabiliti al capo III e in via residuale il criterio del Paese di prima presentazione della domanda o del Paese di determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda.

L'art. 3 nella sua nuova formulazione, almeno formalmente, non pare imporre in capo allo Stato un obbligo di esame della domanda, e tale tesi è corroborata dalla lettura del nuovo art. 17 del regolamento dedicato alla clausola di sovranità.

Inoltre, l'art. 3 contiene una norma di chiusura che permette agli Stati di mantenere la possibilità di inviare un richiedente in un Paese terzo sicuro, nel rispetto delle norme e delle garanzie previste dalla direttiva

[486] Art. 3, par. 2 regolamento 343/2003/CE.

2013/32/UE.[487]

Ciò significherebbe che pur in presenza di crisi sistemiche e dell'impossibilità di individuare uno Stato membro competente sulla base dei criteri di Dublino, anche se in via residuale sarebbe competente lo Stato che ha proceduto all'esame della domanda, non sussiste un vero obbligo di esaminare la domanda di protezione poiché lo Stato manterrebbe sempre la possibilità di trasferire il richiedente verso un Paese terzo sicuro.

Si osserva che questa norma era prevista anche nel regolamento Dublino II, tuttavia la Commissione nella proposta di refusione del regolamento apportò le seguenti modifiche: lo Stato membro competente mantiene la possibilità di trasferimento del richiedente verso un Paese terzo "sicuro"[488]non più conformemente alla propria legislazione nazionale e nel rispetto della Convenzione di Ginevra, ma nel rispetto delle norme e delle garanzie previste dalla direttiva 2013/32/Ue.

Recentemente la Corte di giustizia nel caso *Mirza*[489]si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 3, paragrafo 3 del regolamento Dublino III, precisando che « *il fatto che uno Stato membro si sia dichiarato competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale in applicazione del regolamento Dublino III non osta a che tale Stato membro invii, successivamente, il richiedente in un paese terzo sicuro*».[490]

In tal modo la Corte di giustizia chiarisce che nessun limite, nemmeno derivante dall'applicazione dell'art. 18 del regolamento Dublino, può essere opposto alla possibilità di uno Stato membro di inviare il

[487]Art. 3, par. 3 regolamento 604/2013/UE.
[488]Anche l'aggettivo "sicuro" è una novità del regolamento Dublino III.
[489]Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 2016, causa C- 695/15, caso *Mirza.*
[490] Core di giustizia ue, *Mirza*, *cit*. paragrafo 46.

richiedente verso un Paese terzo sicuro.[491]

La formulazione dell'art. 3 così come lo si è appena analizzato sembrerebbe porre diverse questioni problematiche: per quanto riguarda le ipotesi d'impossibilità di trasferimento, esso prende in considerazione solo i casi di crisi sistemiche nelle procedure di asilo e di accoglienza, dalle quali deriverebbe il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, evitando qualsiasi riferimento alle circostanze in cui tale rischio deriverebbe per specifiche situazioni individuali. Inoltre, nell'operazione di modifica del regolamento Dublino la clausola di sovranità è stata scissa dall'art. 3 con la motivazione ufficiale di rendere la norma più chiara.[492]

Una tale interpretazione del sistema Dublino, ad avviso di chi scrive, non è pienamente conforme alla tutela dei diritti fondamentali della persona così come previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della sua Corte.

È per questo che l'analisi fin qui svolta del regolamento Dublino è solo

---

[491]Nella sentenza della Corte di giustizia, *Mirza*, si legge che con riferimento agli obblighi derivanti dall'art. 18 del regolamento Dublino III, che esso non limita la portata dell'art. 3, comma *3 «in particolare con riferimento a uno Stato membro che, nell'ambito di una procedura di ripresa in carico, si dichiara competente per l'esame della domanda di protezione internazionale presentata da un richiedente che si sia allontanato da tale Stato membro prima di una decisione sul merito di primo grado* […] *vietare a uno Stato membro di esercitare la possibilità di cui all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento Dublino III in circostanze come quelle di cui al procedimento principale avrebbe come conseguenza che un richiedente che sia fuggito, senza attendere la pronuncia definitiva in merito alla sua domanda, in uno Stato membro diverso da quello in cui l'ha presentata si troverebbe, in caso di ripresa in carico da parte dello Stato membro competente, in una situazione più favorevole rispetto a colui che avrebbe atteso la conclusione dell'esame della propria domanda nello Stato membro competente»,* paragrafi 49-51; per un approfondimento di veda PIERRE-FRANCOIS LAVAL, *L'appréciation portée par la Cour de justice dans l'affaire Shiraz Baig Mirza*, in Revue de l'Union européenne, n. 599- giugno 20, p. 342 a 345.

[492]Commissione europea COM(2008)820, *final, cit.*: «*ai fini di chiarezza, la clausola di sovranità e la clausola umanitaria sono riunite nello stesso capitolo, intitolato "clausole discrezionali", e sono rivedute. Si propone di ricorrere alla clausola di sovranità principalmente per motivi umanitari e caritatevoli.*», pag. 8.

parziale, poiché tutto il sistema necessita di essere informato, come vedremo, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2.1 Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo e le eventuali divergenze rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione: il dialogo costruttivo fra corti internazionali

Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di protezione dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale è stato decisivo non solo perché ha ispirato la normativa dell'Unione ma soprattutto perché è attraverso questa prassi che è possibile ricostruire l'essenza del diritto di asilo stesso; nonostante, come si è detto all'inizio del presente lavoro, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo non contenga alcuna norma esplicita sul diritto di asilo, a differenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La giurisprudenza della Corte Edu in materia di rifugiati è copiosa[493] e riguarda la potenziale violazione dell'art. 3 della Convenzione, nonché

[493] Si segnalano le prime pronunce d'inammissibilità dei ricorsi proposti rese nelle decisioni del 7 marzo 2000, caso *T.I. c. Regno Unito*, ricorso n. 43844/98, e del 2 dicembre 2008, caso *K.R.S. c. Regno Unito*, ricorso n. 32733/08; per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte Edu si vedano le seguenti pronunce: sentenza *M.S.S. c, Belgio e Greda* [GC], ricorso n. 30696/09, del 21 gennaio 2011; sentenza *Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n, 27725/10, decisione del 2 aprile 2013; sentenza *L.H. e v.s, c. Belgio*, ricorso n.67429/10, decisione del 7 maggio 2013; sentenza *Daytbegova e Magomedova c, Austria*, ricorso n, 6198/12, decisione del 4 giugno 2013; sentenza *Mohammed c, Austria*, ricorso n. 2283/12, decisione del 6 giugno 2013; sentenza, decisioni del 18 giugno 2013; sentenza *Mohammed Hassan e altri c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n. 40524/10 e *Miruts Hagos c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n, 9053/10, decisioni del 27 agosto 2013; sentenza *Hussein Diirshi e altri c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n. 2314/10, decisione del 10 settembre 2013; sentenza *H.Y c. Svezia*, ricorso n. 32314/12, decisione del 12 novembre 2013; sentenza *M.D. c. Belgio*, ricorso n. 56028/10, decisione del 14 novembre 2013; sentenza *Sharifi c. Austria*, ricorso n. 60104/08, decisione del 5 dicembre 2013; sentenza *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, decisione del 4 novembre 2014.

dell'art. 2 e dell'art. 1 protocollo 13 della Convenzione.[494]

Infatti, queste norme della Convenzione sono state interpretate anche con riguardo ai casi di allontanamento di una persona da parte di uno Stato al di fuori del proprio territorio per ragioni legate all'estradizione, all'espulsione, al respingimento o a qualsiasi altro titolo (come l'applicazione dei meccanismi di trasferimento previsti dal sistema Dublino), e ciò perché in tali casi gli Stati hanno l'obbligo di evitare che la persona allontanata sia esposta al rischio di subire la violazione del diritto alla vita in uno Stato terzo o altri trattamenti inumani e degradanti.[495] La consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si fonda sul principio secondo il quale un Paese parte della Cedu, che consegni un individuo a un altro Stato, può essere chiamato a rispondere di eventuali violazioni dei diritti convenzionalmente tutelati che l'individuo stesso subisca nello Stato di consegna.[496]

Cercando di circoscrivere il campo di analisi all'implicazione della giurisprudenza della Corte europea sull'applicazione del regolamento Dublino occorre innanzitutto ricordare, com'è noto, che la giurisprudenza *N.S.* della Corte di giustizia è chiaramente ispirata alla coeva sentenza *M.S.S*. della Corte europea dei diritti dell'uomo.[497]

---

[494]S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 61.

[495]M. SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 216.

[496]Corte Edu, sentenza *Soering*, *cit*; in dottrina si veda P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, 2002, p. 24; M. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani,* Torino, 2006, p. 46.

[497] Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia ue si vedano *ex multis* le seguenti pronunce: sentenza *Migrationsverket c. Edgar Petrosian e altri*, causa C· 19/08, del 29 gennaio 2009; sentenza *N.S. c. Secretary of State for the Home Department, e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform* (GC), cause riunite C-4lI e 493/10, del 21 dicembre 2011; sentenza *Kastrati*, causa C-620/10, del 3 maggio 2012; sentenza *Cimade e GISTI*, causa C-179/11, del 27 settembre 2012; sentenza *K c.*

Come si è osservato in dottrina il confronto/ dialogo tra queste due Corti in tema di asilo è cruciale poiché: « *mostra plasticamente l'approccio tra una Corte specializzata nella tutela dei diritti umani e una che invece si preoccupa di salvaguardare gli obiettivi dell'Unione nel rispetto dei diritti umani*».[498]

Ai fini del presente lavoro, il richiamo alla giurisprudenza *M.S.S.* e alla successiva giurisprudenza del caso *Tarakhel* è necessario nonché prodromico allo sviluppo della tesi che qui s'intende sostenere: l'esistenza di un diritto individuale all'asilo che non può essere in alcun modo derogato, pena la violazione dei diritti fondamentali della persona. Questa prospettiva conduce a una concezione del diritto di asilo quale contenitore di diritti fondamentali: la protezione internazionale offerta al rifugiato o al beneficiario di protezione sussidiaria può definirsi tale solo ove essa contempli tutte quelle misure volte ad assicurare il rispetto di altri diritti fondamentali, primo fra tutti quello alla dignità umana.

Ebbene, il ragionamento che si propone è il seguente. L'art. 3 della Convenzione prevedendo che «*nessuno può essere sottoposto a tortura né a trattamenti inumani e degradanti*»[499], stabilisce un divieto che ha carattere fondamentale, assoluto e inderogabile poiché volto a proteggere «*il principio essenziale della dignità di ogni essere umano*».[500] Questo divieto non può subire alcuna eccezione che ne diminuisca la portata

---

Bundesasylamt causa C-245/11, del 6 dicembre 2012; sentenza *Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerkia savet,* causa C-528/11, del 30 maggio 2013; sentenza *M.A., B. T. e D.A. c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-648/11, del 6 giugno 2013; sentenza *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, causa C-4/11, del 14 novembre 2013; sentenza *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, causa C-394/12, del 10 dicembre 2013.

[498] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 3, p. 711.

[499] Art. 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[500] S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea*, *cit.,* p. 65.

precettiva; l'inderogabilità dell'art. 3 si ricava dalla stessa Convenzione Edu che all'art. 15 stabilisce che le eventuali deroghe richieste dagli Stati contraenti in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, non possono essere autorizzate per gli artt. 2, 3, 4 paragrafo 1 e 7.[501] Dall'inderogabilità del divieto di tortura e dal suo carattere assoluto deriva un altro principio elaborato dalla Corte Edu[502]e accolto dalla dottrina: « *l'esclusione della possibilità di operare un qualsiasi bilanciamento fra i valori tutelati dall'art. 3 e altri valori o obiettivi generali pur meritevoli di tutela da parte degli Stati contraenti, es.[…] il rispetto delle regole in tema d'immigrazione*».[503]

Questa tesi, come osservato in dottrina[504], è stata fortemente osteggiata dal Regno Unito nel caso *Chahal*[505]ove il governo inglese sostenne la necessità e l'importanza di procedere a un bilanciamento dei valori nelle ipotesi in cui si tratta di sindacare la legittimità del comportamento di uno Stato contraente in materia di espulsone o estradizione di un individuo dal territorio di uno Stato, posizione questa che venne rigettata dalla Corte, la quale non mutò idea neanche nel caso *Saadi*[506] in cui il Regno Unito la ripropose in qualità di Stato interventore.

Dalla prassi giurisprudenziale citata ne deriva che «*la CEDU garantisce un livello di protezione più ampio di quello riconosciuto da altre fonti*

[501]Art. 15 Convenzione Edu: « *In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.*

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7».

[502]Si veda: Corte Edu, sent. del 7/7/2009, *Grori c. Albania*, paragrafo 131; Corte Edu, sent. del 25/4/1978, *Tyrer c. Regno Unito*, paragrafo 31; Corte Edu, sent. del 21/1/2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, paragrafo 216.

[503]S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea*, *cit.,* p. 66.

[504]*Ibidem*.

[505]Corte Edu, sent. del 15/11/1996, *Chahal* c. Regno Unito, paragrafo 76.

[506]Corte Edu, sent. del 28/2/2008, *Saadi* c. Italia, paragrafo 120-122.

internazionali, nella specie la Convenzione di Ginevra del 28.7.1951 sullo status di rifugiati, che prevede, infatti, una tutela più limitata in quanto sottoposta a specifiche condizioni (artt. 32-33) dell'individuo richiedente asilo in uno Stato parte della Convenzione».[507]

La giurisprudenza della Corte Edu permette di compiere un passo avanti circa la questione che concerne gli obblighi che l'art. 3 imporrebbe agli Stati in tema di trattamento degli stranieri richiedenti asilo.[508] Tutta la questione ruota attorno a due tesi: la prima secondo la quale dall'art. 3 deriverebbe l'imposizione di obblighi meramente negativi che si sostanziano nell'astenersi dall'adottare provvedimenti di espulsione o estradizione nei confronti d'individui che rischino, nel Paese di destinazione, di subire trattamenti inumani e degradanti[509]; la seconda tesi, invece, farebbe discendere da tale norma specifici obblighi di *facere.*[510] Quanto a questa seconda tesi, gli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 della Convenzione riguardano lo svolgimento d'indagini appropriate al fine di escludere la sussistenza di un rischio reale per l'individuo di subire trattamenti inumani e degradanti.

È proprio dalla prassi giurisprudenziale della Corte Edu che è possibile far discendere l'obbligo per gli Stati contraenti in via preliminare di esaminare la sussistenza di un rischio effettivo per l'individuo e qualora fosse accertato tale rischio reale lo Stato dovrà astenersi dall'allontanare il richiedente protezione internazionale; inoltre, la Corte Edu riconosce dei veri e propri obblighi positivi di protezione nel caso in cui lo

[507]S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea*, *cit.,* p. 66.

[508]Per un approfondimento si veda PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in RC, 2008, p. 187 ss.

[509] In questo senso si veda GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 452.

[510]In questo senso si veda A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement*, in riv. Diritti Umani e Diritto Internazionale, 2010, p. 47 ss.

straniero richiedente protezione internazionale si trovi in una situazione di totale dipendenza dal sostegno dello Stato, il quale ad avviso della Corte avrebbe un obbligo positivo di assistenza anche economica nei confronti del richiedente.[511]

La giurisprudenza *M.S.S.* è di particolare importanza perché costituisce espressione e sviluppo di questa prassi della Corte Edu volta a un riconoscimento sempre più evidente del diritto alla dignità umana del richiedente asilo quale bene fondamentale da contrapporre alla sovranità degli Stati.[512] Inoltre, la Corte Edu qui, a differenza che nel caso *Saadi*, esamina il rispetto dei diritti fondamentali da parte di Paesi membri dell'Unione.

La questione può essere così brevemente riassunta: il caso concerne la legittimità della decisione assunta dal governo belga in merito all'esame di una domanda di asilo presentata da un cittadino afgano, il quale era entrato sul territorio dell'Unione europea attraverso la Grecia, presentando poi la domanda di asilo in Belgio. Il governo belga pertanto invocava innanzi alla Corte Edu l'applicazione in proprio favore del regolamento Dublino II che individuava nel Paese di primo approdo sul territorio dell'Unione il soggetto prioritariamente responsabile

[511]Corte Edu, sent. *M.S.S.*, *cit*, paragrafo 253 ss.

[512] Per un approfondimento si veda in dottrina: E. REBASTI, "*Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*", in riv. Diritti umani e diritto internazionale, 2011, p. 343 ss.; L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo "par ricochet" o protezione "par moitié"? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento Dublino II* , in Rivista di diritto internazionale 2011, p. 824 ss.; N. HERVIEU, *Réadmission vers la Grèce: la confiance mutuelle au sein de l'UE à l'épreuve de la CEDH*, disponibile su www.combatsdroitshommc.blog.lemonde.fr; T. SYRING, *European Court of Human Rights'Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: M.S.S. V. Belgium and Greece*, in ASIL Imights, voI. 15, n. 5, disponibile su www.asil.org/insights; E. DOBOUT, *Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste*, in La Semaine juridique 18 avril 2011, p. 760 ss.; C. RAUX, *La politique d'asile de l'Union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Revue trimestrielle des droits de l'homme 2011, p. 1023 ss.

dell'esame della domanda di asilo, salvo casi particolari che ad avviso del governo belga non rientravano nel caso di specie.

Innanzi alla Corte Edu, dunque, si poneva uno specifico caso di potenziale conflitto fra diritto dell'Unione europea e Convenzione.

I potenziali conflitti fra diritto dell'Unione europea e Convenzione nel 2005 furono "risolti" attraverso la giurisprudenza *Bosphorus*[513]con la quale si affermò il principio della tutela equivalente. Tale principio si fonda sulla presunzione che il sistema di protezione dei diritti fondamentali previsto nell'Unione europea è equivalente a quello predisposto dalla Cedu. La sentenza *M.S.S.* non sconfessa tale principio tuttavia aggiunge che, nel caso in cui lo Stato parte della Convenzione e dell'Unione europea abbia utilizzato il proprio margine di apprezzamento[514]nell'applicazione del diritto dell'UE in modo non conforme alla Cedu, il criterio della protezione equivalente non trova applicazione.[515]

È evidente il contributo fornito dalla Corte Edu, questa giurisprudenza, infatti, ha costituito un monito per la Corte di giustizia nel caso *N.S.* e per la modifica dell'art. 3 del regolamento Dublino III che ne ha codificato il principio.

Il dialogo tra Corte europea e Corte di giustizia sul tema è stato certamente proficuo e per un periodo anche coerente; a tal proposito si legge una certa continuità tra la sentenza *M.S.S.* della Corte Edu, la coeva sentenza *N.S.* della Corte di giustizia e la sentenza *Mohammed*

[513] Corte Edu G.C., *sent*. del 30/06/2005, caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* c. Irlanda.
[514]Per un approfondimento sul concetto di margine di apprezzamento si veda R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Milano*, 1991.
[515] Corte Edu, *M.S.S.* c. Belgio e Grecia, cit., paragrafi 338-340.

Hussein contro Paesi Bassi e Italia nuovamente della Corte Edu[516] nella quale la Corte, valutata la mancata sussistenza di carenze sistemiche in Italia, dichiara manifestamente infondato il ricorso contro un trasferimento in Italia dai Paesi Bassi ai sensi del regolamento Dublino.

Tuttavia, occorre osservare che la giurisprudenza della Corte Edu da ultimo, con la sentenza *Tarakhel,* ha adottato un'interpretazione più restrittiva, rispetto al passato, del criterio della protezione equivalente, così da porre in essere uno scrutinio più rigoroso dei comportamenti che gli Stati adottano nel quadro del margine di apprezzamento a essi concesso in sede di applicazione del diritto dell'UE. Non è un caso che autorevole dottrina, già analizzando la sentenza *M.S.S.* aveva rilevato come essa fosse espressione di una progressiva insofferenza della Corte Edu circa l'ammissibilità di deroghe al rispetto integrale della Cedu in base all'applicazione dell'UE.[517]

Con la sentenza *Tarakhel*, la Corte Edu ripercorre il ragionamento svolto in *M.S.S*. ma lo amplia stabilendo che: « *in the case of "Dublin" returns, the presumption that a Contracting State which is also the "receiving" country will comply with Article 3 of the Convention can therefore validly be rebutted where "substantial grounds have been shown for believing" that the person whose return is being ordered faces a "real risk" of being subjected to treatment contrary to that provision in the receiving country. The source of the risk does nothing to alter the level of protection guaranteed by the Convention or the Convention obligations of the State ordering the person's removal. It does not exempt that State from carrying out a thorough and individualised*

[516] Corte edu, sent. del 2/4/2013, Samsam MOHAMMED HUSSEIN e altri\l contro Paesi Bassi e Italia, ricorso n. 27725/10.
[517] S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea*, *cit.,* p. 87.

examination of the situation of the person concerned and from suspending enforcement of the removal order should the risk of inhuman or degrading treatment be established».[518]

Da questa sentenza emerge una novità fondamentale: la valutazione sul rischio che il richiedente possa subire, una volta trasferito, trattamenti inumani e degradanti non è più ancorata alla sussistenza di carenze sistemiche, ma connessa all'esame approfondito e personalizzato della situazione della persona interessata.

Nel caso di specie la Corte Edu, a differenza di quanto aveva fatto nel caso *Mohammed Hussein* contro Paesi Bassi e Italia, ha ritenuto di dover attribuire maggiore importanza alla presenza di minori e quindi è pervenuta a una valutazione negativa del sistema di accoglienza italiano, in quanto, il governo italiano non ha fornito informazioni dettagliate e affidabili sul centro di accoglienza, dove i ricorrenti sarebbero stati ospitati e sull'esistenza di condizioni di accoglienza adeguate all'età dei minori e idonee a preservare l'unità familiare.

Autorevole dottrina[519]ha evidenziato la notevole differenza tra il requisito della "crisi sistemica dei diritti umani" e quello della "violazione di uno specifico diritto o di una situazione individuale", mettendo in luce che il riferimento alle "carenze sistemiche, indiscriminate o generalizzate" non è una prassi estranea alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto tale requisito è invocato «*in relazione al livello di prova richiesto alla "vittima" per dimostrare il*

[518] Corte Edu, grande camera, sentenza del 4 novembre 2014, caso Tarakhel c. Svizzera, ricorso n. 29217/12, p. 104.

[519] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 3, p. 713.; M. MARCHEGGIANI, *Sistema Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.1, pp. 159-182.

rischio individuale di violazione dell'art. 3: tanto più esiste un rischio generalizzato tanto meno sarà necessario produrre prove volte a dimostrare l'esistenza di un rischio individuale».[520] Nella prospettiva della Corte europea, infatti, la circostanza delle crisi sistemiche serve a liberare il singolo dal provare la sussistenza di rischi specifici per la propria persona, onerando invece lo Stato membro a procedere alla «*determinazione di un altro Stato membro competente, o in mancanza a dichiararsi esso stesso competente in base alla clausola di sovranità di cui all'art. 3, paragrafo 2 del Regolamento».*[521] Tuttavia, la Corte europea, a differenza della Corte di giustizia, considera quale motivo di non trasferimento dei richiedenti asilo ai sensi del regolamento Dublino, tutto uno spettro di violazioni individuali dei diritti fondamentali che, pur non essendo espressione di una crisi sistemica, sono comuque idonee a violare il diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 della Cedu e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte europea, in particolare, mette in stretta relazione la condizione di vulnerabilità di taluni soggetti con il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. In questa prospettiva la giurisprudenza della Corte europea sembra superare la giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, sebbene voglia spingersi ad assurgere la funzione di giudice dei diritti fondamentali appare comunque imbrigliata dal necessario bilanciamento tra i diritti fondamentali dell'individuo e le logiche di un sistema europeo comune di asilo fondato sul necessario presupposto della fiducia reciproca tra gli Stati membri, detto in altri termini: la Corte di giustizia cerca di salvaguardare l'effetto utile del regolamento Dublino.

---

[520] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 3, p. 713.
[521] *Ibidem*.

Inoltre, la sentenza *Tarakhel* richiama la giurisprudenza della Corte suprema britannica, caso *EM*.[522] nella parte in cui quest'ultima aveva precisato che: «*the system referred to in this para is the system of the "treatment of asylum seekers in all member states" (see para 80). What is contemplated in para 81 is that this system may experience major operational problems in a particular member state. The circumstance that the general system may experience major operational problems in specific settings is not the same as the system having intrinsic deficiencies. The Court of Appeal in para 46 of its judgment suggested that CJEU had taken care to distinguish "a true systemic deficiency" from "operational problems". With respect, I do not agree. What the CJEU recognised was that any system, however free from inherent deficiency, might experience operational difficulties which would cause a substantial risk that asylum seekers would be treated in a manner incompatible with their fundamental rights. The source of the risk was not systemic deficiencies (in the sense of the deficiencies* deriving *from intrinsic weaknesses in the system) but rather, major operational problems in a given member state»*.[523] La Corte europea, dunque, segue l'interpretazione che la Corte Suprema britannica ha operato della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con la sentenza *Tarakhel* il dialogo tra Corte europea e Corte di giustizia muta i toni rendendo più evidenti alcune questioni problematiche che sono meritevoli di più approfondita attenzione. In particolare, si può osservare che la Corte Edu nell'operare un controllo sul rispetto dei diritti umani da parte degli Stati contraenti nell'applicazione del diritto

[522]Corte Edu, *Tarakhel*, punto 104: *«The Court also notes that this approach was followed by the United Kingdom Supreme Court in its judgment of 19 February 2014 (see paragraph 52 above)».*

[523] Corte Suprema del Regno Unito, sent. del 19 febbraio 2014, *E.M. (Eritrea) c. Secretary of State for the Home Department*, punto. 52.

dell'Unione, segnatamente nell'applicazione del sistema Dublino, ha messo in luce il superamento della giurisprudenza *Bosphorus*. Da questa giurisprudenza derivano, ad avviso di chi scrivere, una serie di criticità contenute nel parere n. 2/2013 del 18 dicembre 2014 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla Cedu. E ancora, sin dalla giurisprudenza *M.S.S.* il principio del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione europea sono messi alla prova e non si può non rilevare che l'importanza di tali principi è tale da ritenere che dalla loro tenuta dipenderà il futuro della politica comune europea di asilo.

Infine, si ritiene che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha certamente ampliato e arricchito la nozione di diritto di asilo. Nella strada verso il riconoscimento del diritto di asilo inteso come diritto fondamentale e assoluto, ha molto contribuito anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, seppur con i limiti che si sono analizzati. Affinché questo diritto trovi piena applicazione e tutela, gli Stati membri dovrebbero interpretare e applicare la disciplina nazionale ed europea in materia di asilo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, elevando sempre di più gli standard di tutela. Solo in questo modo sarà possibile costruire un sistema comune europeo di asilo capace di riconoscere un diritto alla protezione internazionale fondato sul rispetto dei diritti fondamentali della persona.

2.2. L'apporto delle corti nazionali inglesi e tedesche.

Le Corti nazionali, in special modo quelle del Regno Unito e della Germania, hanno fornito un apporto essenziale nello sviluppo della prassi giurisprudenziale in tema di trasferimento del richiedente protezione internazionale verso un Paese membro dell'Unione europea

presuntivamente sicuro.

La questione problematica posta innanzi alla Corte Suprema britannica concerneva l'interpretazione e quindi applicazione del regolamento Dublino, segnatamente il quesito che si poneva era il seguente: se il richiedente protezione internazionale debba dimostrare, al fine di evitare il rinvio, che nel Paese di destinazione vi sono "carenze sistemiche" nel sistema di accoglienza o nella procedura di asilo da cui può discendere il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti.

I fatti della controversia possono essere così sinteticamente riassunti: tra il 2008 e il 2010 un cittadino iraniano (*EH*) e tre cittadini eritrei (*EM*, *AE* e *MA*) facevano ingresso in Europa attraverso l'Italia ove presentavano domanda di asilo; l'Italia riconosceva lo *status* di rifugiato ad *AE* e *MA*. Tuttavia, tra il 2008 e il 2011, i quattro lasciavano l'Italia per recarsi nel Regno Unito ove presentavano una nuova domanda di protezione internazionale. In ottemperanza ai criteri del Regolamento Dublino le autorità inglesi disponevano provvedimenti per il trasferimento degli stessi verso l'Italia. Avverso il provvedimento di trasferimento ricorrevano i quattro adducendo che, stante le lacune nel sistema di accoglienza italiano, essi non avrebbero avuto accesso a nessuna struttura di accoglienza, quindi lamentavano la mancanza di garanzie del sistema di accoglienza italiano nel fornire un alloggio o un intervento che ne favorisse l'integrazione. Date queste premesse, ad avviso dei ricorrenti se fossero stati rinviati in Italia avrebbero subito trattamenti inumani e degradanti in violazione dell'art. 3 Cedu e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, *EH* era un soggetto con problemi psicologici poiché era stato vittima di tortura in Iran e quindi richiedeva trattamenti psicologici adeguati che il sistema italiano non era in grado di assicurare; *EM*, *AE* e *MA* nel periodo trascorso in Italia erano stati costretti a vivere per strade

poiché non avevano avuto accesso ai sistemi di accoglienza; *AE* e *MA*, pur avendo ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato lamentavano di essere state entrambe violentate durante il periodo in Italia, infine *MA* era madre di due figli minori.

Il ricorso dei quattro era giudicato infondato dall'Hight Court e dalla Court of Appeal, in particolare quest'ultima interpretando la giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *NS*, concludeva che si poteva non procedere al rinvio solo se le carenze nel sistema asilo e accoglienza del Paese di destinazione potevano dirsi sistemiche. Poiché, secondo la Corte di Appello, le carenze italiane non erano sistemiche, i richiedenti asilo potevano essere rinviati nel nostro Paese ai sensi del regolamento Dublino senza che ciò comportasse alcuna violazione della CEDU o della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Pertanto ricorrevano alla Corte Suprema britannica la quale ribaltava l'interpretazione della Corte di appello stabilendo che non sono necessarie carenze sistemiche nel sistema di asilo e accoglienza per stabilire che il trasferimento ai sensi del regolamento Dublino di un richiede protezione internazionale possa comportare il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti.

La Corte britannica perviene a questa conclusione proprio esaminando le condizioni personali e particolari dei singoli richiedenti. Infatti, i giudici inglesi, ad esempio, hanno preso atto delle gravissime condizioni psicologiche di *EH*, determinate da un disturbo post-traumatico da stress, e hanno ritenuto che il rischio per *EH* di ritrovarsi in Italia senza un alloggio adeguato costituiva un rischio reale che questo soggetto sarebbe finito a vivere in strada, il che avrebbe compromesso fortemente la sua situazione tanto da fargli patire trattamenti inumani e degradanti. In questo caso tale rischio di trattamenti inumani e degradanti prescinde dall'accertamento di una carenza sistemica nel sistema di accoglienza. Il

principio individuato dai giudici inglesi si sostanzia nell'assunto secondo il quale un rischio di trattamento inumano o degradante non necessariamente deriva dal fallimento di un sistema nel suo complesso.[524]

La Corte Suprema britannica, quindi, rinvia ai giudici *a quo* per un esame caso per caso delle singole circostanze individuali dei richiedenti ed eventualmente anche delle pregresse situazioni negative vissute in Italia.

La decisione sul trasferimento dei richiedenti protezione internazionale va dunque presa in conformità a una valutazione caso per caso delle circostanze individuali, solo in tal modo è possibile scongiurare il rischio di trattamenti inumani e degradanti; l'esistenza di tali "*carenze sistemiche*" potrà casomai essere solo uno dei mezzi a disposizione dello Stato che intende procedere al rinvio, al fine di valutare i possibili effetti sul richiedente asilo.

Anche la giurisprudenza tedesca con la sua prassi, ha fornito un apporto essenziale in tema di gestione delle crisi sistemiche e rischio di trattamenti inumani e degradanti connessi al trasferimento dei richiedenti asilo verso altri Paesi membri dell'Unione, e in particolare verso l'Italia.

Il Tribunale Amministrativo di Francoforte[525]con una sentenza del 9 luglio 2013 ha ritenuto che l'Italia non fosse un Paese sicuro per rifugiati[526], bloccando così un trasferimento verso l'Italia di un giovane

[524] Si veda, *Corte Suprema UK: per impedire un rinvio ai sensi del Regolamento Dublino non occorre provare l'esistenza di "carenze sistemiche" nel Paese di destinazione*, 25 marzo 2014 reperibile all'indirizzo http://asiloineuropa.blogspot.it/2014/02/corte-suprema-uk-per-impedire-un-rinvio.html.

[525]Verwaltungsgerich Frankfurt am Main 9.07.2013.

[526]Cosi G. SATTA, *Tribunale di Francoforte: l'Italia è un Paese pericoloso per i rifugiati. L'identificazione dello straniero non è sufficiente per la riammissione ai*

richiedente asilo afghano, attraverso l'attivazione della clausola di sovranità prevista all'art. 3.2 del regolamento Dublino II. In sintesi i fatti di causa sono così di seguito indicati: il giovane ragazzo afghano, dopo avere attraversato la Grecia era giunto in Italia, precisamente a Lecce, ove era stato indentificato attraverso il prelievo forzato delle impronte digitali, identificazione avvenuta nel caso di specie mentre il giovane si trovava ricoverato in ospedale. Il giovane abbandonava l'Italia e dopo un passaggio in Francia giungeva in Germania ove presentava domanda di asilo. Le autorità amministrative tedesche, tuttavia, rilevavano l'identificazione effettuata in Italia e dunque chiedevano alle autorità italiane di assumere la responsabilità per l'esame della domanda; l'Italia acconsentiva alla domanda di ripresa in carico del richiedente e quindi ne disponeva il trasferimento in Italia; il giovane afghano presentava ricorso al Tribunale amministrativo di Francoforte avverso il provvedimento di trasferimento. Il Tribunale amministrativo di Francoforte, al termine di un accurato esame del sistema di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo in Italia, accoglieva il ricorso ritenendo impossibile un trasferimento forzato in Italia del richiedente e ne autorizzava l'esame della domanda in Germania.

Come hanno osservato i commentatori della sentenza, i giudici tedeschi hanno preso atto del fatto che: «*il sistema di accoglienza italiano è tortuoso e segmentato: prevede la presa in carico dei richiedenti in centri di accoglienza chiamati CARA per una permanenza di 20 giorni durante i quali avviene l'identificazione. In tutto il paese ci sono 9 CARA gestiti da privati scelti dalle prefetture secondo una procedura di*

---

sensi del regolamento Dublino, in http://www.meltingpot.org/Tribunale-di-Francoforte-l-Italia-e-un-Paese-pericoloso-per.html#.V6tqdkt5mg1; F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un Paese sicuro per richiedenti asilo*, http://www.questionegiustizia.it/doc/Nota_a_sentenza_Trib._amministrativo_Francoforte.pdf.

scelta con domanda scritta. Esistono inoltre dei centri, non per richiedenti asilo, ma che li accolgono ugualmente, chiamati CDA. Successivamente, passati i 35 giorni, il richiedente è preso in carico dallo SPRAR, il sistema di protezione per i domandanti asilo e i rifugiati. Tali centri sono gestiti dai comuni, dalle province, e da organizzazioni private che ricevono una sovvenzione su richiesta scritta. Tutte queste strutture sarebbero in fase di miglioramento se ci fossero i fondi. Attualmente sono paragonabili a gironi danteschi in cui sovraffollamento, promiscuità sono i fenomeni meno gravi».[527]

Il Tribunale Amministrativo di Francoforte nell'indicata sentenza ha specificato che dal mero prelevamento delle impronte digitali e il loro inserimento nel sistema *Eurodac* non possa farsi discendere la volontà di presentazione della domanda di asilo da parte del richiedente, occorrendo invece che tale volontà sia espressa in modo chiaro attraverso un atto formale scritto e sottoscritto, dopo una manifestazione anche verbale della volontà di richiedere protezione internazionale.[528]

Come osserva autorevole dottrina, l'Italia ha vissuto nel 2013 una forte crisi del sistema di accoglienza e nelle procedure di asilo, tanto da indurre molti migranti forzati a sottrarsi all'identificazione tramite prelievo delle impronte digitali e darsi alla fuga per raggiungere altri Paesi europei, inoltre ciò indusse ad esempio la Svezia ad attivare la clausola di sovranità prevista dall'art. 3, paragrafo 2 del regolamento

[527] G. SATTA, *Tribunale di Francoforte: l'Italia è un Paese pericoloso per i rifugiati. L'identificazione dello straniero non è sufficiente per la riammissione ai sensi del regolamento Dublino, cit.*

[528] F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un Paese sicuro per richiedenti asilo,* ove è riportato il passo della sentenza: «*Sofern ein Asylgesuch gestellt worden ist, muss es im Aktenbestand der italienischen Behörden dagegen entweder ein von dem Antragsteller ausgestelltes schriftliches Dokument geben, das in der Regel von ihm unterzeichnet sein wird, oder eine amtliches Protokoll, dessen Inhalt entweder durch die Unterschrift der befugten Amtspersonen und/oder durch die des Antragstellers bestätigt wird*», p. 3.

Dublino II riconoscendo il diritto alla protezione internazionale a tutti i siriani transitati dall'Italia.[529]

Pertanto, il Tribunale amministrativo tedesco ritendendo che il sistema di accoglienza italiano non garantisse il rispetto degli *standard* minimi previsti dalla normativa europea sulla protezione internazionale, e richiamata la giurisprudenza *M.S.S.* della Corte europea e *N.S.* della Corte di giustizia dell'Unione europea, concludeva stabilendo che il trasferimento in Italia del giovane afghano avrebbe violato il divieto di trattamenti inumani o degradanti affermato dall'art. 3 della CEDU e ribadito dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, fonte primaria di diritto dell'Unione che tutti gli stati sono tenuti a rispettare; si legge, infatti, nella sentenza: «*die Kammer ist überzeugt, dass die Aufnahmebedingungen für Asylsuchende in Italien systematische Mängel aufweisen, die ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Kläger im Falle seiner Überstellung nach Italien gemäß der DublinVO tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung im Sinne des Art. 4 EU-GrRCh ausgesetzt zu werden (vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2011 verb. Rs C-411/10 u.a. N.S. gegen Secretary of State for the Home Department u.a., EuGRZ 2012, 24, Rn 94)*».[530]

La giurisprudenza tedesca di quegli anni stava subendo un mutamento, mentre con la sentenza del Tribunale Amministrativo di Monaco[531]si era disposto il trasferimento del richiedente asilo verso l'Italia, con le successive sentenze del Tribunale Amministrativo di Stoccarda, del Tribunale di Amministrativo di Karlsruhe e del Tribunale Amministrativo di Hannover i trasferimenti dei richiedenti asilo verso

[529] F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un Paese sicuro per richiedenti asilo*, *cit.,* p. 3.
[530] Verwaltungsgerich Frankfurt am Main 9.07.2013, p. 9.
[531] Verwaltungsgericht München, am 2 August 2012.

l'Italia erano stati bloccati a causa del quadro legislativo e delle prassi applicative della polizia di frontiera in Italia.[532]

Come si è osservato in dottrina, la prassi giurisprudenziale tedesca imponeva di non considerare l'Italia un Paese sicuro, perché *« nelle diverse sentenze si rileva la cronica assenza d'interpreti e mediatori nelle fasi immediatamente successive all'ingresso nel territorio nazionale, le carenze sistematiche del sistema di protezione e si dubita fortemente che in Italia i richiedenti asilo possano decidere liberamente se presentare una istanza di protezione internazionale, ed in caso affermativo, che possano avere corretto accesso alla procedura. Anche altre sentenze più risalenti, come la decisione del Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, del 16 novembre 2010, imponevano di non considerare l'Italia come un "paese sicuro" ai fini dell'applicazione del regolamento Dublino II, in quanto si dubitava che le domande di asilo potessero essere presentate in Italia nel rispetto delle garanzie offerte dalle direttive comunitarie e dal Regolamento Eurodac».*[533]

Ciò dimostra come in Germania si fosse consolidato in quel periodo un orientamento ben preciso nei confronti del sistema di accoglienza e di procedura di asilo italiano, e di questo tenne conto il Tribunale Amministrativo di Francoforte tanto da scrivere che « *in Italien nicht an den zu fordernden und bei Einfügung des § 27a AsylVfG vorausgesetzten union– bzw. völkerrechtlichen Standard heranreichen. Insbesondere ist fraglich, ob die Antragsteller ihre Asylgründe in Italien noch uneingeschränkt vorbringen können*».[534]

In modo particolare nella sentenza del Tribunale Amministrativo di Francoforte è stata esaminata la procedura italiana volta all'ottenimento

[532] Così F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un Paese per richiedenti asilo*, cit. p. 5.
[533] *Ibidem*.
[534] Verwaltungsgerich Frankfurt am Main 9.07.2013.

dell'accoglienza, ebbene a nulla sono valse le rassicurazioni fornite dall'Italia sull'esistenza di adeguati e idonei centri di accoglienza. Un ruolo essenziale per la determinazione del Tribunale amministrativo di Francoforte è stato offerto dai *report* delle associazioni *Bordeline Europa*[535]e *Pro Asyl*[536]dai quali mergeva la grave crisi del sistema di accoglienza italiano e si menzionava segnatamente il caso del CARA di Mineo.[537]

A fronte delle gravi crisi nel sistema di accoglienza e procedure di asilo i giudici tedeschi stabilirono che fosse necessario attivare la clausola di sovranità contenuta nell'allora art. 3, paragrafo 2 del regolamento (UE) n. 343/2003/CE c.d. Dublino II.

La giurisprudenza citata sinora è rilevante ai fini del presente lavoro di ricerca perché mostra l'esistenza di una prassi consolidata di applicazione della clausola di sovranità al fine di impedire il trasferimento dei c.d. *dublinati* verso quei Paesi membri dell'Unione che non possono dirsi sicuri.

Da questa giurisprudenza discende da un lato l'obbligo di valutare caso per caso se il richiedente corra il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, giurisprudenza della Corte Suprema britannica che rappresenta l'orientamento poi seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Tarakhel*; dall'altro lato la prassi giurisprudenziale

[535] http://www.borderline-europe.de/.
[536] https://www.proasyl.de.
[537] Verwaltungsgerich Frankfurt am Main 9.07.2013 ove si legge: «*Eine EU-Delegation inm Mineo hat dort festgestellt, dass Zwangsprostitution und kriminelle Machenschaften an der Tagesordnung ist und die medizinische Versorgung unzureichend ist. Zugleich wird berichtet, dass der italienische Innenminister das CARA Mineo als das fortschrittlichste Aufnahmelager für Flüchtlinge in Italien bezeichnet.(S. 35) Der Menschenrechtskommissar des Europarates bezeichnet einige CARAs als Einrichtungen, die einem Gefängnis gleichen, sowie von numerischen und qualitative Mängeln beim Personal, von berfüllung und mangelndem Platz für spezielle Dienste wie etwa Sozialoder Rechtsberatung*».

tedesca mostra l'impossibilità di considerare i Paesi membri dell'Unione sicuri, inducendo gli Stati a ricorrere alla clausola di sovranità.

Una tendenza parzialmente diversa può desumersi dalla più recente giurisprudenza tedesca, la quale ha mutato orientamento nei confronti dei trasferimenti in Italia dei richiedenti asilo. Infatti, in una sentenza emessa nel maggio 2016, il Tribunale Amministrativo di Nordreno-Vestfalia ha dichiarato che i richiedenti asilo che sono arrivati in Germania transitando per l'Italia, non rischiano un trattamento disumano e degradante se vi rientrano, poiché ad avviso dei giudici tedeschi in Italia non esisterebbero carenze sistemiche nelle procedure di asilo e le mancanze che esistono non sono tali da far temere un trattamento disumano e degradante.[538]

2.3. (Segue) La posizione del Consiglio di Stato

Con sentenza del 7 luglio 2016 il Consiglio di Stato[539], accogliendo il ricorso proposto avverso una sentenza del Tar Lazio[540], ha annullato il provvedimento di trasferimento in Ungheria di un richiedente asilo, giacché tale trasferimento esporrebbe il ricorrente alla possibilità di subire trattamenti in contrasto con i principi umanitari e con l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. La sentenza in esame è particolarmente interessante poiché il Consiglio di Stato nel valutare l'Ungheria quale Paese non sicuro tiene conto, oltre che alle carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizione di accoglienza, anche del clima culturale e politico di avversione al fenomeno dell'immigrazione.

[538] Tribunale Amministrativo di Nordreno-Vestfalia del 20 maggio 2016.
[539] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, ric. n. 00731/2016.
[540] Tar Lazio, sez. II *Quater*, sentenza del 18 novembre 2015, n. 13072.

Il richiamo al clima di odio nei confronti dei migranti, appare particolarmente significativo in quanto la sentenza del Consiglio di Stato è fondata su un giudizio fortemente negativo a proposito delle scelte operate da un altro Stato membro in tema di politica migratoria; in sentenza, infatti si legge: «*si apprende dai media (il giornale italiano delle Nazioni Unite online del luglio 2015; Repubblica del 3 dicembre 2015) che il Parlamento ungherese ha approvato nel luglio 2015 alcune modifiche alla legge sull'immigrazione nei cui confronti si sono levate voci critiche e accuse di razzismo. Si prevede la realizzazione di un "muro anti migranti" (una barriera munita di filo spinato che terrà profughi e migranti lontano dal Paese) e che bene rappresenta il clima culturale e politico di avversione al fenomeno dell'immigrazione e della richiesta di protezione dei rifugiati*».[541]

Il Consiglio di Stato, a differenza del Tar Lazio che aveva richiamato in modo vago e impreciso un solo rapporto dell'ECRI[542], motiva la propria decisione richiamando una pluralità di fonti e rapporti, così com'erano state dalla difesa del richiedente puntualmente indicate nel ricorso. Pertanto in sentenza sono state inserite le seguenti fonti di prova: *a)* le critiche sollevate dall'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati in ordine tanto alle procedure accelerate di espulsione degli immigrati dall'Ungheria quanto alle nuove norme che limitano la concessione dell'asilo e permettono alle autorità di cancellare le richieste di asilo in caso di allontanamento per più di 48 ore dei richiedenti dai centri di accoglienza designati, queste osservazioni erano state rese note dalla pubblicazione di più articoli di inchiesta[543]; *b)* è richiamato il *report* di

[541] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, ric. n. 00731/2016, punto 5.5.

[542] Rapporto ECRI, adottato il 19 marzo 2015 e pubblicato il 9-6-2015 reperibile sul sito http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp

[543] Si veda su punto: l'articolo pubblicato su http://www.onuitalia.com/2015/07/08/immigrazione-in-ungheria-il-murocol_filo-

Human Right Watch riguardo alla prassi consolidata della detenzione dei richiedenti asilo in Ungheria applicata senza distinzione di sesso, età e condizioni fisiche anche alle donne in gravidanza e ai minori non accompagnati[544]; *c)* sono richiamate in sentenza le preoccupazioni sollevate dall'UNHCR sugli emendamenti proposti dal Parlamento ungherese nel luglio e nel settembre 2015, in particolare la sentenza si riferisce ad un comunicato stampa dell'UNHCR e l'ODIHR in cui si invitava il legislatore ungherese ad astenersi da politiche e pratiche che promuovo l'intolleranza, la paura e la xenofobia contro rifugiati e migranti, inoltre si esprimeva la preoccupazione per il contrasto tra le nuove norme e i principi morali e i minimi standard umanitari; *d)* il Consiglio di Stato richiama anche le raccomandazioni evidenziate da *Amnesty International* nel rapporto del 2015[545] in cui l'organizzazione «*aveva raccomandato agli Stati che aderiscono al regolamento Dublino di non trasferire i richiedenti asilo in Ungheria per carenze nel sistema di accoglienza e nelle procedure di asilo e per il rischio concreto di respingimento in Paesi non sicuri»*[546]*; e)* i giudici del Consiglio di Stato

spinato-e-legge/; e l'articolo pubblicato sul sito web del *Il Fatto Quotidiano* del 7 luglio 2015 in cui si legge:« *Non si è fatta attendere la presa di posizione dell'Onu che ha criticato duramente le nuove regole che permetteranno alle autorità di cancellare le richieste d'asilo, nel caso in cui i richiedenti lasceranno per più di 48 ore e senza autorizzazione la loro residenza*», http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/07/07/ungheria-muro-con-serbia-ed-espulsioni-rapide-il-parlamento-approva-lalegge/1852976 .

[544] Per un approfondimento sul tema delle condizione di detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nei Paesi dell'est Europa si veda: *Hungary: Draft Law Tramples Asylum Seekers' Rights EU Should Seek To Halt Plan to Hold Asylum Seekers in Transit Zones,* pubblicato in internet https://www.hrw.org/news/2017/02/27/hungary-draft-law-tramples-asylum-seekers-rights; G. VOYNOV, H. FRANKOVÁ, A. BAKONYI, M. GÓRCZYŃSKA, M. NABERGOJ, *Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States* http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/pushed_back.pdf .

[545] Rapporto Amnesty International, *Fanced out,* del 7 ottobre 2015, https://www.amnesty.org/en/documents/eur27/2614/2015/en/.

[546] Comunicato UNHCR e ODHIR disponibile al link: http://www.unhcr.it/news/ungheria-invitata-ad-astenersi-da-politiche-epratiche-che-

tengono conto anche della giurisprudenza delle Corti nazionali di altri Stati membri dell'Unione di annullamento dei trasferimenti Dublino verso l'Ungheria in quanto ritenuto Paese non sicuro[547]; *f)* infine, il Consiglio di Stato richiama la notizia lanciata su Eunews (notiziario online) il 10 dicembre 2015 delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti dell'Ungheria per le modifiche adottate nel luglio 2015 alla legge sul diritto di asilo.[548]

L'insieme delle fonti di prova fornite dalla difesa e accolte e riconosciute dal Consiglio di Stato hanno condotto all'annullamento del provvedimento di trasferimento del richiedente asilo in Ungheria; i fatti denunciati nei vari rapporti citati costituirebbero: «*circostanze notorie sufficienti a far ritenere fondato il rischio che il provvedimento impugnato esponga il ricorrente alla possibilità di subire trattamenti in contrasto con i principi umanitari e con l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*».[549]

Con una pronuncia gemella a quella appena commentata, il Consiglio di Stato annullava un altro provvedimento di trasferimento ai sensi del regolamento Dublino verso la Bulgheria.[550] Il Consiglio di Stato,

promuovono-odio-e-intolleranza.

[547] Alta Corte federale amministrativa dell'Austria, la decisione dell'8 settembre 2015 (Ra 2015/18/0113); Raad van State (Corte amministrativa olandese), decisione del 26 novembre 2015 (Uitspraak 201507248/1/V3), si segnala che questa decisione era stata preceduta da altre decisioni dei giudici amministrativi olandesi, segnatamente: caso V. Rechtbank den Haag AWB 15/11534 e caso Rechtbank den Haag AWB 15/2751.

[548] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, ric. n. 00731/2016, punto 5.8 ove si legge: «*secondo la Commissione, su diversi punti le nuove regole non rispettano i diritti dei migranti: per quanto riguarda la procedura di asilo, non è possibile presentare nuovi fatti e circostanze in caso di ricorsi e l'Ungheria non applica, in questi casi, nessuna sospensiva automatica costringendo così i richiedenti asilo ad abbandonare il proprio territorio anche mentre la procedura è ancora in corso. Secondo la Commissione, l'Ungheria non sta rispettando le regole fissate dall'Europa relativamente alle modalità di richieste di asilo*».

[549] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, ric. n. 00731/2016, punto 6.

[550] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, 00198/2016.

rigettava il primo motivo di gravame fondato sull'insufficienza della fonte di prova citata dal TAR Lazio a fondamento della presunta condizione di Paese sicuro della Bulgaria[551], poiché ad avviso del Consiglio di Stato anche dal mero rapporto ECRI, relativo alla Bulgaria, emergeva l'evoluzione del sistema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Bulgaria, tale da renderla sussumibile sotto l'ambito applicativo dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Anche nei confronti della Bulgaria, così come per l'Ungheria, i giudici prendono in considerazione, ai fini della determinazione del rischio per il richiedente asilo di subire trattamenti inumani e degradanti se trasferito, il clima culturale e d'intolleranza e discriminazione che si respira nella società civile e nei leader del governo nei confronti dei rifugiati entrati massicciamente nel Paese, specie a seguito del conflitto in Siria.[552]

Questa giurisprudenza del Consiglio di Stato è significativa perché pare spingersi a una valutazione complessiva e di merito della politica migratoria e di protezione internazionale di questi Paesi dell'Unione, non limitandosi a valutare meramente le condizioni dei centri di accoglienza o la durata della procedura di asilo, elementi questi già di per se sufficienti stante la loro gravità in termini di conformità alle rispettive direttive europee "accoglienza" e "procedure", a bloccare i trasferimenti verso la Bulgaria.[553] Il giudice nazionale, infatti, si riporta ai numerosi

[551] Anche in questa circostanza, il Tar Lazio aveva fatto riferimento al mero rapporto ECRI, relativo alla Bulgaria.

[552] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, 00198/2016, punto 1.5.

[553] In ordine alle condizioni di accoglienza, si legge in sentenza: «*Dalle notizie pubblicate nella stampa italiana (Repubblica.it del 20 gennaio 2015) si apprende che i richiedenti asilo vivono in centri di accoglienza sovraffollati (il campo di Harmanli pensato per 450 persone ne ospita oltre 1000), senza cure mediche e oggetto di violenze inaudite da parte di gruppi xenofobi (cfr. la morte del giovane ventenne Khaled Hassan nel gennaio 2015) e anche da parte della polizia bulgara. Si legge che a gennaio 2014 l'UNHCR ha chiesto agli Stati europei di sospendere il trasferimento verso la Bulgaria dei richiedenti asilo secondo le regole di Dublino,*

rapporti di denuncia delle più importanti organizzazioni internazionali ponendoli a fondamento della propria decisione. Inoltre, il Consiglio di Stato si spinge a una valutazione sulle scelte di polica interna di gestione delle frontiere, richiamando ad esempio, nel caso dell'Ungheria, la costruzione del muro anti migranti; mentre nel caso della Bulgaria sono richiamate le preoccupazioni espresse dall'UNHCR a proposito delle misure di controllo praticate al confine con la Turchia, luogo in cui i profughi sono respinti dalle guardie di frontiera bulgare, in violazione dell'obbligo di *non refoulement*. Inoltre, nelle stesse denunce dell'UNHCR, richiamate dal Consiglio di Stato e poste a fondamento della decisione, si segnala l'uso della forza da parte della polizia di frontiera bulgara, tali pratiche sarebbero emerse dalle dichiarazioni dei richiedenti asilo respinti alla frontiera, i quali avrebbero testimoniato di aver subito atti di violenza e la confisca del denaro e dei loro pochi averi.[554]

L'analisi di questa prassi giurisprudenziale del Consiglio di Stato[555] è interessante se si considerata lo scrupoloso vaglio che i giudici hanno compiuto sulla condizione di tutela dei diritti fondamentali in Ungheria e Bulgaria. In entrambe le sentenze si perviene a una pronuncia di annullamento del provvedimento di trasferimento ai sensi del regolamento Dublino senza la necessità di invocare il requisito della "crisi sistemica", si legge, infatti, nella pronuncia sul trasferimento in Bulgaria: «*tali circostanze sono sufficienti a far ritenere fondato il rischio che il provvedimento impugnato esponga il ricorrente alla*

perché i richiedenti asilo in Bulgaria corrono il rischio di trattamenti inumani e degradanti a causa delle carenze delle condizioni di accoglienza e delle procedure di asilo», Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, 00198/2016, punto. 1.7.

[554] UNHCR comunicato del 15 settembre 2015.

[555] Recentemente questo orientamente giurisprudenziale è stato confermato con la sentenza del Consiglio di Stato III sez. del 27 aprile 2017 n. 00200/2016 REG. RIC, pubblicata il 15/05/2017.

possibilità di subire trattamenti in contrasto con i principi umanitari e con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE».[556]

2.4 La teoria del "gioco al ribasso" sulla tutela dei diritti umani. Una tesi da confutare

Una parte della dottrina, prendendo atto della prassi ormai consolidata delle Corti nazionali ed europee e dell'ormai consolidato orientamento secondo cui sarebbe prevalente l'esigenza di tutela dei diritti dell'individuo rispetto all'esigenza dello Stato di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza (tipici aspetti della sovranità statale), ha mostrato perplessità «*su questa ricostruzione delle Corti europee (e nazionali) del punto di equilibrio giuridico tra esigenze dello Stato (ossia della collettività) e dell'individuo*».[557] Chi sostiene questa tesi ritiene che tra i Paesi membri dell'Unione si scateni un "gioco al ribasso" nella tutela dei diritti umani degli stranieri, in quanto, la deroga ai criteri stabiliti dal regolamento Dublino innescherebbe l'effetto perverso di liberare lo Stato meno rispettoso dei diritti umani dagli onori connessi all'esame e all'accoglimento della domanda di asilo a scapito degli Stati più virtuosi.[558]

La giurisprudenza della Suprema Corte britannica e la giurisprudenza

---

[556] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, 00198/2016, punto 2.

[557] Si veda: P. BARGIACCHI, *La sentenza 19 febbraio 2014 della Supreme Court britannica limita ulteriormente il diritto dello Stato di trasferire lo straniero, richiedente protezione internazionale, allo Stato competente ad esaminarne la domanda*, in https://www.researchgate.net/publication/262686209_La_sentenza_19_febbraio_2014_della_Supreme_Court_britannica_limita_ulteriormente_il_diritto_dello_Stato_di_trasferire_lo_straniero_richiedente_protezione_internazionale_allo_Stato_competente_ad_esamin; ZANGHÌ –P. BARGIACCHI, Evoluzione storica della cooperazione internazionale ed europea in materia di sicurezza e recenti sviluppi nello spazio europeo di libertà , sicurezza e giustizia , in MOSCA, MORCELLINI (a cura di), *La Sapienza della Sicurezza* , Roma, 2014.

[558] P. BARGIACCHI, *La sentenza 19 febbraio 2014 della Supreme Court britannica limita ulteriormente il diritto dello Stato di trasferire lo straniero, richiedente protezione internazionale, allo Stato competente ad esaminarne la domanda, cit.p.4.*

della Corte europea dei diritti dell'uomo del caso *Tarakhel* sanciscono un passaggio fondamentale ritenendo non costitutivo «*l'elemento della violazione "sistemica" e quindi giungendo, da un lato, ad ampliare ulteriormente la tutela dei diritti individuali nei rapporti tra Stati europei e, dall'altro, a onerare il giudice nazionale di una valutazione (caso per caso e sulla base di elementi sostanziali e non meramente formali) circa la "real possibility" che l'individuo, dopo il return, possa subire un trattamento lesivo dei diritti garantiti dalla Convenzione di Roma (che informa anche l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'UE)*».[559]

Ed è proprio con riferimento a questa novità espressa dalla giurisprudenza della Corte Suprema britannica e dalla Corte europea che si genera la critica della tesi del gioco al ribasso e del rischio dello stallo nel corretto funzionamento del sistema Dublino. Le preoccupazioni avanzate si sono espresse in questi termini: «*[…] Questa impostazione comporta che, in linea di principio, il sistema intraeuropeo di ritorni fondato sul Regolamento Dublino II potrebbe trovarsi ad operare raramente e solo in quei casi in cui si possa escludere in concreto la "real possibility" di una violazione dell'art. 3 della CEDU. Le conseguenze politiche e giuridiche di una così frammentata operatività del sistema dei ritorni (che si risolverebbe in una deroga generalizzata della competenza a esaminare la domanda di asilo prevista dal Regolamento) non sono al momento facilmente prevedibili ma senza dubbio renderebbero, da un lato, ancora più difficile il dialogo tra gli Stati membri dell'UE su un tema già complesso e delicato come quello della gestione dei flussi migratori e umanitari […] e, dall'altro, aumenterebbero la distanza di posizioni e vedute tra gli Esecutivi degli*

[559] *Ibidem*, *cit*., p.5.

Stati e le Corti non solo europee ma anche nazionali».[560]

Ad avviso di chi scrive questa tesi merita di essere confutata, in quanto, dalla prassi giurisprudenziale descritta è possibile far derivare una nuova visione dell'asilo, quale diritto fondamentale della persona. Questa giurisprudenza permette di considerare a pieno titolo l'asilo tra i diritti umani fondamentali, al quale deve essere riconosciuto un primato sugli altri diritti che potrebbero entrare in bilanciamento con esso. Il rispetto della tutela dell'individuo a non subire trattamenti inumani e degradanti prevale su ogni esigenza di sistema. L'unico modo per far funzionare il sistema Dublino è di cambiare prospettiva: occorre ribaltare la tesi del "gioco al ribasso" sulla tutela dei diritti umani con una nuova concezione del principio di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento. La fiducia reciproca tra Stati dovrebbe esplicarsi nella certezza di poter fare affidamento in caso di "mal funzionamento di uno Stato" sugli altri Stati i quali verrebbero in soccorso nell'assunzione della responsabilità dell'esame della domanda di asilo. Solo in tal modo sarebbe possibile assicurare il pieno rispetto dei diritti umani, che non può ammette eccezione.

In questa prospettiva, le ipotesi di non trasferimento del richiedente protezione internazionale verso il Paese membro giudicato inidoneo a garantire i diritti umani non costituirebbero deroga al sistema del mutuo riconoscimento ma regola base del sistema stesso, nella misura in cui i Paesi membri ripartirebbero tra essi in modo equo e solidale la responsabilità della tutela dei diritti fondamentali nell'applicazione del sistema Dublino.

3. La fiducia reciproca tra gli Stati membri e il principio del mutuo riconoscimento: colonne portanti di una struttura instabile

[560] *Ibidem*, p. 5.

Il regolamento Dublino costituisce il perno del sistema europeo comune di asilo, poiché esso rappresenta il presupposto necessario per l'avvio della procedura dell'esame della domanda di protezione internazionale. Si ricorda, infatti, che i richiedenti asilo in attesa della determinazione dello Stato competente all'esame della propria domanda di asilo, c.d. *dublinati*, vivono in una tale condizione di precarietà e incertezza che spesso li induce, stante la loro vulnerabilità, a tentare il suicidio[561] o ad abbandonare i centri di accoglienza.[562]

È per tale ragione che la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo, nella prospettiva del legislatore europeo, dovrebbe essere quanto più possibile rapida e certa, si legge, infatti, nei considerando iniziali del regolamento Dublino che lo stesso dovrebbe garantire l'applicazione di criteri oggettivi ed equi sia per le persone interessate che per gli Stati membri tali da consentire «*di determinare con rapidità lo Stato membro competente al fine di garantire l'effettivo accesso alle procedure volte al riconoscimento della*

---

[561] Si veda Medici Senza Frontiere, *MSF alla Grecia: "Stop alla detenzione sistematica e prolungata dei migranti",* 2 aprile 2014, ove si legge: « *La detenzione è anche dannosa per la loro salute mentale: molti manifestano sintomi di ansia, depressione e manifestazioni psicosomatiche e non è raro che migranti disperati facciano lo sciopero della fame o arrivino a compiere atti di autolesionismo e perfino tentativi di suicidio*», consultabile http://www.medicisenzafrontiere.it/notizie/msf-alla-grecia-%E2%80%9Cstop-alla-detenzione-sistematica-e-prolungata-dei-migranti%E2%80%9D.; Medici Senza Frontiere, rapporto Fuori Campo. Mappa dell'accoglienza che esclude, 12 aprile 2016, consultabile http://www.medicisenzafrontiere.it/notizie/news/fuori-campo-mappa-dell%E2%80%99accoglienza-che-esclude.

[562] Si veda, Ministero dell'intero, Rapporto sull'accoglienza dei migranti e dei rifugiati in Italia. Aspetti, procedure e problemi, ottobre 2015, consultabile http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/ministry_of_interior_report_on_reception_of_migrants_and_refugees_in_italy_october_2015.pdf; G. PIPITONE, *Minori stranieri, uno su due di quelli arrivati in Italia scompare. "Scappano o finiscono sfruttati dalla criminalità",* articolo pubblicato su Il Fatto Quotidiano del 10 dicembre 2015, cunsultabile http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/10/minori-stranieri-uno-su-due-di-quelli-arrivati-in-italia-scompare-scappano-o-finiscono-sfruttati-dalla-criminalita/2291062/.

protezione internazionale e non dovrebbe pregiudicare l'obiettivo di un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale».[563]

Il regolamento Dublino per potersi definire efficiente dovrebbe permettere l'individuazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale in tempi rapidi, per tale ragione nelle sue prime versioni (Convenzione Dublino, Regolamenti I e II) «*la presunzione di sicurezza era formulata in termini assoluti, senza permettere alcun sindacato agli Stati membri circa l'effettiva tutela dei diritti fondamentali nello Stato competente in base al regolamento*».[564]

Come si è analizzato nei capitoli precedenti il percorso di armonizzazione della normativa in materia di protezione internazionale è stato lento, ciononostante il sistema Dublino per anni ha retto proprio grazie all'invocazione dei principi di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca entro gli Stati membri.[565]

Il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri è fondato sul presupposto che ogni Stato membro rispetta la Convenzione di Ginevra del 1951 nonché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché sulla condivisione comune dei valori fondanti dell'Unione così come sanciti all'art. 2 del TUE.

Il principio del mutuo riconoscimento è invece fondato sul riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie emanate dagli Stati membri, nonché in tema di asilo sul coordinamento e la collaborazione e comunicazione tra le c.d. Unità Dublino di ogni Stato membro. Il principio del mutuo riconoscimento, com'è noto, rappresenta il fondamento della costruzione dell'Unione come spazio di libertà,

[563] Considerando n. 5 regolamento 604/2013 *cit*.
[564] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 706
[565] *Ibidem.*

sicurezza e giustizia.[566]Quel che non si può omettere di osservare è che questo principio, non nuovo all'ordinamento comunitario il quale lo aveva già sperimentato nell'ambito della circolazione delle merci e dei fattori di produzione, basti ricordare il caso del *Cassis De Dijon*[567], con il Consiglio di Tampere divenne principio necessario per il conseguimento dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, rivestendo quindi un ruolo centrale in materia di cooperazione giudiziaria sia civile che penale; tale principio fino a quel momento era stato adottato e rodato per la mera circolazione delle merci, si è pertanto osservato in dottrina: «*tradizionalmente infatti nel diritto UE il mutuo riconoscimento è stato il veicolo per proseguire nella strada dell'integrazione europea nonostante le difficoltà nella definizione di norme comuni. È quanto avvenuto nella realizzazione del mercato interno, rispetto al quale, se non fosse stato per l'applicazione del mutuo riconoscimento, la piena realizzazione delle libertà fondamentali sarebbe stata ostacolata irrimediabilmente dalle difficoltà nell'armonizzazione delle legislazioni nazionali*».[568]

L'armonizzazione e l'integrazione normativa in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia fu quindi necessaria per facilitare l'operatività dei principi di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca i quali presuppongono un collegamento fra ordinamenti che: «*non si istaura tra*

[566] Punto 33 delle conclusioni del Consiglio di Tampere del 16 ottobre 1999, è rubricato "Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie" e stabilisce che « *il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie*».

[567] Corte di giustizie unione europea, sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe-zentral ag contro Bundesmonopolverwaltung fuer branntwein*, C-120/78.

[568] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 707.

compartimenti stagni, essendo necessaria una verifica ad casum, volta ad assicurare che la prestazione dell'assistenza richiesta non comporti un'inosservanza dei principi fondamentali dell'organizzazione sociale» ma che opera invece allorquando «*si desidera prestare appoggio a chi condivide gli stessi principi, valori ed impegni, costruendo una struttura istituzionale dotata di proprie fonti del diritto, di efficacia diversa, ma pur sempre vincolanti, che mirano a prevenire e combattere la criminalità, in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia, mediante la facilitazione della cooperazione tra Stati membri e l'armonizzazione della loro normativa in materia penale*».[569]

Si è detto che questi principi costituiscono il fondamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia entro il quale si colloca il sistema europeo comune di asilo, e si è anche detto che il perno di questo sistema è il regolamento Dublino che a sua volta rappresenta un tipico strumento di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca. Ebbene, a quasi 30'anni dalla Convenzione di Dublino del 1990, il suo sistema non ha prodotto i risultati sperati ma, al contrario, ha messo più volte in crisi se stesso e tutta l'operatività del principio di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca sul quale dovrebbe fondarsi.

Ne è prova, non solo la giurisprudenza esaminata in precedenza, ma anche l'oggettiva difficoltà del funzionamento del sistema Dublino, il quale con l'aumento dei flussi migratori e il raddoppiarsi delle domande di asilo[570], ha rivelato la propria insufficienza e mal funzionamento reso

[569] Conclusioni Avvocato generale Ruiz- Jarabo Colomer, procedimento C-303/05, *Advocated voor de Wereld VZW*.

[570] Nel 1992 nell'Europa a 15 Stati si registrarono 672 mila richieste di asilo, nel 2015 nell'Europa a 28 Stati si sono registrate 1,3 milioni di richieste di asilo. Fonte eurostat http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics. Il 16 marzo 2017 Eurost ha comunicato che le domande di asilo in Europa nel 2016 sono scese un po' rispetto al 2015 raggiungendo il numero di 1.204.300 domande http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921609/3-16032017-BP-EN.pdf/e5fa98bb-5d9d-4297-9168-d07c67d1c9e1.

evidente dall'elevato numero di c.d. *dublinati* in attesa di trasferimento.[571]

Il fallimento del sistema Dublino induce a più di una riflessione: la prima si fonda sul fatto che questo strumento è stato adottato nel presupposto che gli Stati membri sono da considerarsi reciprocamente sicuri e quindi idonei a offrire una tutela equivalente sul piano del rispetto dei diritti degli individui. Tale assunto, necessario a consentire la fiducia reciproca tra Stati, è stato sancito prima ancora di essere sperimentato, poiché in tema di asilo non vi era ancora una piena normativa armonizzata, la cui costruzione è stata complessa, tortuosa e ancora non del tutto completata.[572]

Si fanno proprie le parole di autorevole dottrina con le quali si è evidenziato che: «*la politica europea di asilo è dunque uno di quei casi nei quali l'esistenza della fiducia reciproca non può essere solo "certificata" con una disposizione normativa, ma deve essere anche costruita attraverso il ravvicinamento o l'armonizzazione seppur limitata, delle legislazioni nazionali. Il principio della reciproca fiducia funge così al tempo stesso da presupposto ai fini dell'applicazione del mutuo riconoscimento e da obiettivo da perseguire attraverso l'armonizzazione delle norme nazionali, di modo che esista una comunanza di regole che le autorità giurisdizionali amministrative nazionali siano poi preposte ad applicare. Il problema è che con il regolamento Dublino si è prima data una disciplina sulla premessa di una reciproca fiducia/presunzione di sicurezza addirittura in termini assoluti, considerando equivalenti i sistemi di asilo nazionali; solo*

[571] Nel 2015 i richiedenti asilo in attesa di trasferimento erano 14.873, fonti eurostat http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_dubtpeno&lang=en .
[572] Comunicazione Commissione europea, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, COM(2016) 197 final.*

successivamente si è proceduto ad istituire quel sistema europeo comune di asilo necessario a creare un livello paritario di tutela dei diritti tra gli Stati membri».[573]

Nella lunga strada verso l'armonizzazione della disciplina, volta a costruire un sistema unico di asilo, lo strumento giuridico che per definizione doveva rappresentare il funzionamento del sistema stesso non ha retto ai colpi delle censure giurisprudenziali tanto della Corte europea dei diritti dell'uomo quanto delle Corti nazionali che iniziarono a bloccare i trasferimenti dei c.d. *dublinati* in taluni Stati membri dell'Unione. Se il sistema Dublino è sopravvissuto lo si deve all'azione della Corte di giustizia la quale valorizzandolo ha cercato di circoscrivere alle sole crisi sistemiche i casi di non trasferimento dei richiedenti asilo, ma come si vedrà più avanti da ultimo anche la Corte di giustizia pare stia mutando orientamento.

Con le sentenze *M.S.S.* e *Tarakhel* la Corte Edu ha metaforicamente aperto il vaso di pandora di un sistema costruito su una fiducia reciproca del tutto supposta e sconfessata nei fatti. Come si è osservato, questa giurisprudenza ha poi influenzato la Corte di giustizia e lo stesso legislatore europeo che nel 2013 ha portato a compimento l'approvazione del pacchetto asilo. Tuttavia la questione non può dirsi ne sopita ne risolta dall'armonizzazione della normativa, in quanto il sistema appare essere ancora insufficiente e si registra una prassi nelle Corti nazionali di sospensione dei trasferimenti Dublino verso taluni Stati membri (ad esempio trasferimenti verso Bulgari e Ungheria).

Stante l'ormai nota e oggettiva difficoltà di alcuni Stati membri di assicurare *standard* di tutela dei diritti umani equivalenti, occorre trovare

[573] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 707-708.

soluzioni giuridiche differenti e idonee a far si che il sistema europeo comune di asilo non imploda sotto le ceneri dei suoi principi fondamentali.

La questione che si pone è la seguente: può continuare ad applicarsi uno strumento giuridico basato sul mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca tra gli Stati membri come il regolamento Dublino nonostante l'assenza di una tutela equivalente dei diritti umani entro l'ordinamento dell'Unione? A questo interrogativo, ad avviso di chi scrive, sono state offerte due soluzioni: la prima è quella proposta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di valorizzazione della clausola di sovranità e una tutela individuale e oggettiva del rispetto della persona da trattamenti inumani e degradanti[574];la seconda è quella prospettata dalla Corte di giustizia con la giurisprudenza *N.S.* e riaffermata con il parere 2/13 in ordine all'adesione dell'Unione alla Cedu ancorata al criterio della fiducia reciproca derogabile solo in caso di crisi sistemiche; sebbene da ultimo, come si analizzerà più avanti, la Corte di giustizia pare abbia mutato approccio riconoscendo anch'essa una tutela oggettiva e individuale da trattamenti inumani e degradanti.

Il ruolo della Corte di giustizia è stato e continuerà a essere fondamentale; i giudici di Lussemburgo, infatti, storicamente hanno avuto e continueranno ad avere un ruolo decisivo nell'orientare le decisioni del legislatore europeo, è per tale ragione che occorre puntare la lente d'ingrandimento sulle pronunce della Corte di giustizia, la quale,

[574] In questo senso si veda in dottrina: C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 710 ove si legge: «[…] *A questo fine la Corte europea valorizza l'art. 3, par.2, del regolamento in base al quale gli Stati possono derogare ai criteri di attribuzione della competenza ivi stabiliti ed affermare la propria giurisdizione applicando la c.d. clausola di sovranità, considerandosi competenti anche quando non sarebbero tali in virtù dei criteri previsti*»; M. MARCHEGGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudente europea recente, cit.*

solo se lasciata libera dalle pressioni politiche degli Stati membri, riesce a svolgere pienamente il ruolo di giudice dei diritti, anche umani.[575]

3.1. Fiducia reciproca e mutuo riconoscimento: le ragioni di un parere (2/13) discutibile

L'art. 6 del TUE al paragrafo 2 utilizzando l'indicativo presente, il tempo verbale della "realtà"[576], sancisce che «*l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»[577], ma com'è noto questa norma è completata dal protocollo n. 8, composto da tre articoli la cui finalità è quella di tutelare l'autonomia del diritto dell'Unione europea delimitando il perimetro entro cui negoziare l'adesione alla Cedu. Inoltre, com'è altrettanto noto, la Corte di giustizia con il parere 2/13 del 18 dicembre 2014 ha nettamente bocciato il progetto di adesione dell'Unione europea alla Cedu[578], valorizzando ancora una volta la propria giurisprudenza in tema

[575] La Corte di giustizia dell'Unione europea ha ricoperto un ruolo fondamentale nella costruzione di un sistema europeo comune di asilo pienamente rispettoso dei diritti fondamentali, il contributo dei giudici di Lussemburgo è stato decisivo nell'elaborazione della normativa in tema di accoglienza, procedure e qualifica dello *status* di beneficiario di protezione internazionale, ed è a tale giurisprudenza che si rinvia così come puntualmente citata nel presente lavoro.

[576] Il presente del modo indicativo è il tempo verbale usato per presentare un evento come simultaneo rispetto al momento dell'enunciazione. Fonte Treccani, http://www.treccani.it/enciclopedia/indicativo-presente (La-grammatica-italiana)/ .

[577] Art. 6, par. 2 TUE.

[578] Per un approfondimento in tema di adesione dell'Unione europea alla Cedu si veda in dottrina: G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia,* in RIDU, 1992, p. 426 ss.; A. TIZZANO, *La gerarchia delle fonti comunitarie,* in DUE, 1996, p.57 ss.; MAZZARINI, *sub art 344 Tr. FUE,* in (a cura di), TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea,* Milano, 2014, pp. 2505 ss.; R. ADAM, *sub art. 51 Tr. UE,* in (a cura di), TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea,* Milano, 2014, p. 343; J.P. JACQUÉ, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Right and Fundamental Freedoms*, CMLR, 2011, p. 987 ss; MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standard interazionali*, Napoli, 2011, p. 359 ss.; ROSAS, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union*

di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento, quali principi regolatori dell'ordinamento dell'Unione europea ed espressione dell'autonomia dell'ordinamento stesso.[579]

Il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione è una questione centrale e dirimente per l'adesione dell'Unione alla Cedu; ciò è dovuto alla natura peculiare dell'ordinamento dell'Unione che si ricorda: «*non è*

---

européenne par la Cour de justice: un premier bilan, in DUE, 2011, p. 1 ss.; G. TESAURO, *Les Courts européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH,* in DUE, 2011, p. 29 ss; S.VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, in http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/10/Simone-Vezzani-LUnione-europea-e-i-suoi-Stati-membri-davanti-ai-giudici-di-Strasburgo-una-valutazione-critica.pdf; G. GAJA, *Accession to the ECHR,* in (eds), BIONDI, EECKHOUT, RIPLEY, *EU Law after Lisbon,* Oxford, 2012; BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: the Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism,* in CMLR, 2013 p. 1305 ss; G. GAJA, *The Co-respondent Mechanism According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR,* in (eds), KOSTA, SKOUTARIS, TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Oxford 2014, p. 341 ss; J.P. JACQUÉ, *CJUE-CEDH: 2-0*, in RTDE, 2014, p. 823 ss.; S. VEZZANI, *Gli è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare: la Corte di giustizia frena l'adesione della UE alla CEDU*, 2014, http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1231; C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, in (a cura di), A. DI BLASE, *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014,p.41 ss.; L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione della UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, 2014, http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1228; H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, 2014, http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/; T. LOCK, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, 2014, http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw; A. BUYSE, *CJEU Rules: Draft Agreement on EU Accession to ECHR Incompatible with EU Law*, 2014, http://www.echrblog.blogspot.it/2014/12/cjeu-rules-draft-agreement-on-eu.html; N. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in DUE, 2015, p. 623 ss.; CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle proposte di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia,* in SIE, 2015, p. 243 ss.; HABELSTAM, *"It's utonomy stupid". A modest defence of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and a Way Forward,* in Michigan Law Review, Paper n. 432, 2015; LAZZERINI, *Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare: il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea*

uno Stato e non vuole essere uno Stato, né federale, né quasi federale né altro, almeno ad oggi»[580] e non è corretto che se ne valuti il suo modo di agire ponendo a parametro di riferimento il modello statale.[581]In ragione di ciò, l'azione dell'Unione non potrebbe essere valutata da una Corte esterna ponendo a parametro il modello dello Stato. In virtù di quest'assunto, gli Stati hanno dettato precise condizioni all'adesione

sui diritti dell'uomo, in Osservatoriosullefonti.it, 1/2015, p. 18; E. SPAVENTA, *A very Fearful Court. The protection of Fundamental Rights in European Union after Opinion 2/13,* in Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2015, p. 35 ss.; VON DANWITZ, *L'Union européenne et l'adhésion à la CEDU,* in DUE, 2015, p. 317 ss.; C. ZANGHÌ, La mancata adesione dell'Unione europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE, in SIE, 2015, p. 33 ss.; J.P. JACQUÉ, *Après l'avis 2/13 de la Cour de justice. Que faire?*, in A. TIZZANO, *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 169 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia,* in RD INT, 2016, p. 68 ss.; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and resent danger to human rights protection,* in http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html.

[579] Come ha osservato autorevole dottrina, in realtà il parere 2/13 del 18 dicembre 2014 è tutt'altro che inaspettato e sorprendente in quanto conferma una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, così G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico (Nota a Corte giust. 18 dicembre 2014, parere 2/13)*, in Foro italiano, v. 140, n. 2, (2015), p. 77 ove in apertura si legge infatti: «*Sorpresa, sconcerto, rammarico: sono le reazioni che più frequentemente ricorrono nei pochi commenti, per la maggior parte critici, che, nell'immediatezza della pubblicazione del parere, sono apparsi soprattutto negli strumenti di diffusione online del pensiero scientifico. Questa breve riflessione vuole anche soffermarsi sul fondamento di queste reazioni a caldo, oggettivamente frutto di letture necessariamente rapide del parere*».

[580] G. TESAURO, *I limiti e le condizioni poste dagli Stati membri per l'adesione alla Cedu,* in (a cura di) R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *cit*. p. 1128.*;* si vedano i punti 166-167 del parere 2/13 del 18 dicembre 2014: «*A ciò si aggiungono le caratteristiche specifiche attinenti alla natura stessa del diritto dell'Unione. In particolare, come rilevato più volte dalla Corte, il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri (v., in tal senso, sentenze Costa, EU:C:1964:66, pagg. 1144 e 1145, nonché Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, punto 3; parere 1/91, EU:C:1991:490, punto 21; parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65, e sentenza Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59), nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi (sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23, e parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65).Tali*

dell'Unione alla Cedu; lo scopo è salvaguardare quell'autonomia e specificità dell'ordinamento dell'Unione che, ad avviso dei giudici lussemburghesi, si manifesta nella sua origine convenzionale, nel suo primato rispetto agli ordinamenti degli Stati membri, e nell'effetto diretto di molte delle sue norme, sia primarie che secondarie.[582]

La Corte di giustizia, al fine di rivendicare la propria competenza in tema di diritti umani, attua il seguente ragionamento: la creazione di un'Unione europea sempre più stretta fra i popoli dell'Europa è possibile giacché tra gli Stati membri vi è una condivisione di valori comuni da cui deriva la fiducia reciproca; infatti: « *il rispetto di tali diritti costituisce un presupposto della legittimità degli atti dell'Unione, sicché non possono ammettersi in quest'ultima misure incompatibili con questi medesimi diritti*».[583]Questa particolare caratteristica dell'ordinamento europeo, ad avviso della Corte di giustizia, non solo consacrerebbe l'autonomia dell'Unione europea rispetto agli ordinamenti statali e internazionali, ma giustificherebbe che «*l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione»*.[584] Nella ricostruzione della Corte di giustizia il mantenimento e la coerenza dell'ordinamento discenderebbero: da un lato dal principio di leale collaborazione, enunciato all'art. 4, paragrafo 3 primo comma TUE, che vincola gli Stati a garantire, nei loro rispettivi

caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa».

[581] G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico (Nota a Corte giust. 18 dicembre 2014, parere 2/13)*, in Foro italiano, v. 140, n. 2, (2015), p. 80.

[582] *Ibidem*.

[583] Corte di giustizia Ue, parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014, punto 169.

[584] Corte di giustizia Ue, parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014 punto 170.

territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione[585]; dall'altro da un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, in quest'ottica lo strumento del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE rappresenterebbe *la chiave di volta* in quanto: « *instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione*».[586]

Inoltre, la tesi dell'autonomia del diritto dell'Unione è confermata dall'art. 344 TFUE ove è sancito l'impegno degli Stati membri a non sottoporre le controversie concernenti l'interpretazione e applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quello previsto dallo stesso trattato. Ad avviso di autorevole dottrina, questa norma testimonia che l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione è uno degli elementi qualificanti dell'ordinamento dal quale discende la competenza esclusiva del giudice dell'Unione all'interpretazione e applicazione delle sue norme.[587]

Ai fini di quest'analisi, è interessante indagare la posizione della Corte di giustizia con specifico riferimento a una delle questioni sostenute nel parere e così esplicitate: «*in secondo luogo, occorre ricordare che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati*

[585] Corte di giustizia Ue, parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014 punto 173.
[586] Corte di giustizia Ue, parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014 punto 176.
[587] G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico (Nota a Corte giust. 18 dicembre 2014, parere 2/13)*, in Foro italiano, v. 140, n. 2, (2015), p. 82.

membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo (v., in tal senso, sentenze N.S. e a., C- 411/10 e C- 493/10, EU:C:2011:865, punti da 78 a 80, nonché Melloni, EU:C:2013:107, punti 37 e 63)».[588]

L'espresso richiamo alla sentenza *N.S.*, ad avviso di chi scrive, merita di essere approfondito al fine di verificare la piena coerenza delle motivazioni proposte dalla Corte di giustizia. Proprio in tema di asilo e applicazione del regolamento Dublino, infatti, i principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento hanno mostrato la loro scarsa funzionalità. Non persuade, infatti, il richiarmo alla autosufficienza al rispetto e tutela dei diritti fondamentali laddove il riferimento è a una prassi costante di mancata attuazione e funzionalità dello strumento che per eccellenza dovrebbe incarnare quei principi.

La Corte di giustizia, pur richiamando il tema del diritto di asilo, omette di riconoscere che la Corte europea dei diritti dell'uomo, già con la sentenza *M.S.S.*, aveva lanciato un monito ben preciso all'Unione per il tramite degli Stati, ritendo questi ultimi responsabili di violazione dei diritti fondamentali. D'altra parte, la storia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo mostra che questa non ha cercato un indebito protagonismo o tentato un'ingerenza nei confronti della Corte di giustizia.[589] Con particolare riferimento al trattamento dei richiedenti

[588] Corte di giustizia Ue, parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014 punto 191.

[589] Infatti, prima della sentenza *Matthews* (Corte Edu, 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, ric. 24833/94) la Corte Edu aveva rifiutato atti ascrivibili unicamente e in cui non vi era un margine di discrezione da parte degli Stati, la ragione di questo orientamento si fondava sull'idea che grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia l'Unione offriva garanzie di protezione dei diritti fondamentali equivalenti a quelle offerte dalla Convenzione e dalla sua Corte. Con la sentenza *Matthewes* la Corte europea precisa che la presunzione di equivalenza fra garanzie dei diritti fondamentali Ue e CEDU è reversibile e decade nei casi in cui la Corte di giustizia non abbia la possibilità di effettuare un controllo di compatibilità fra norma e garanzia dei diritti fondamentali. Questa giurisprudenza fu poi ulteriormente precisata nel noto caso *Bosphorous* (Corte Edu, 30 giugno 2005, *Bosphorous Hava*

asilo, la Corte europea aveva in passato valorizzato l'appartenenza degli Stati membri all'Unione europea, pervenendo a dichiarazione d'inammissibilità di alcuni ricorsi sollevati avverso i c.d. trasferimenti Dublino.[590]Come si è osservato in dottrina[591], la Corte europea in talune pronunce, come ad esempio nel caso *Abubeker c. Austria e Italia*[592], aveva valorizzato l'appartenenza degli Stati all'Unione, rilevando come la disciplina europea in materia di asilo avesse contribuito all'innalzamento della tutela dei diritti umani nell'Unione europea.[593]

Il mutamento di orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo è segnato dalla sentenza *M.S.S.* e poi ribadito nel caso *Tarakhel*, in cui è sancito l'obbligo degli Stati di derogabilità al sistema Dublino in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti derivanti dal trasferimento anche in uno Stato membro dell'Unione europea. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, richiama gli Stati a esercitare la loro sovranità e dunque a non trasferire i richiedenti asilo verso quei Paesi membri dell'Unione in cui vi è il rischio per l'individuo di subire trattamenti inumani e degradanti, pena la violazione dell'art. 3 CEDU.

La Corte di giustizia compie una valutazione diversa riguardo al vaglio del rispetto dei diritti fondamentali entro gli Stati dell'Unione; essa ritiene che i rapporti *intraeuropei* siano da considerare diversi rispetto ai rapporti tra Stati così come normalmente regolati dal diritto internazionale. È proprio in ragione di questa peculiarità dei rapporti tra gli Stati dell'Unione, che la Corte di giustizia nel parere 2/13 rileva che tale specificità derivi dai Trattati costitutivi dell'Unione i quali: «*hanno*

Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda, ric. 45036/98).

[590] Si veda: Corte Edu, 2 dicembre 2008, *K.R.S. c. Regno Unito*, ric.32733/08.

[591] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit*., p. 718.

[592] Corte Edu, 18 giugno 2013, *Abubeker c. Austria e Italia,* ric. 73874/11.

[593] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 718.

dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi».[594] Considerata l'autonomia e originalità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, caratterizzato da una rete di principi «*di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*»[595], deriverebbero le difficoltà di un'adesione alla Corte europea dei diritti dell'uomo che inevitabilmente comprimerebbe quel rapporto tra Stati intraeuropei fondato sulla fiducia reciproca. La Corte di giustizia, infatti, afferma che l'unicità dell'Unione si fonda sul presupposto che gli Stati parte condividono tra loro una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda come precisato all'art. 2 TUE; grazie a questa condivisione di valori comuni si giustifica l'esistenza della fiducia reciproca. Inoltre, la Corte di giustizia nella sentenza Melloni, ripresa nel parere in commento, ha chiarito che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove stabilisce che gli Stati possono disporre standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati trova il seguente limite: gli eventuali standard di tutela più elevati non possono andare in contrasto con il diritto primario dell'Unione ed il suo effetto utile.[596]

---

[594] Corte di giustizia Ue, parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014, punto 157, in cui sono richiamate le sentenze della Corte di giustizia *van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, pag. 23, e *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66, pag. 1144, nonché parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65

[595] *Ibidem*, punto 167.

[596] C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, X, 2015, p. 41: *«considerato che l' art, 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non*

Ad avviso della Corte di giustizia questo assunto, in ordine all'applicazione del regolamento Dublino, condurrebbe a non ammettere deroghe, se non in casi eccezionali dettati da *crisi sistemiche*, al sistema del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca; altrimenti verrebbe meno l'effetto utile del regolamento Dublino. In verità, ciò significa sancire il paradosso per cui: data la singolarità dei rapporti tra Stati intraeuropei, rispetto ai classici rapporti internazionali tra Stati, e poiché gli Stati hanno deciso, in virtù della condivisione di valori comuni, di costruire un'Unione sempre più stretta tra i popoli, nel valutarsi reciprocamente, finiscono con l'operare un bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e tenuta dell'ordinamento europeo, il che in caso di applicazione del regolamento Dublino può condurre ad un potenziale abbassamento degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali.

Questa posizione non è accettabile sotto diverse ragioni: la prima si fonda sul fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quale metodo sussidiario, dovrebbe in astratto prevedere *standard minimi*, e ciò implicherebbe di per sé che le sole deroghe ammesse sono quelle che

---

deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (punto 188) ma che d'altro canto l'art, 53 della CEDU permette alle Parti contraenti di prevedere standard di tutela più elevati, è necessario, ad avviso della Corte, che vi sia un opportuno coordinamento tra le due disposizioni, che invece manca nell'accordo in esame, affinché la facoltà concessa dalla norma CEDU sia limitata a quanto necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima (punto 189) . Nel meccanismo internazionale di tutela dei diritti umani è noto che si è ormai stabilito un sistema a livelli multipli dal primo gradino di tutela nazionale (mediante l'intervento della giurisdizione interna) per procedere poi con le strutture regionali a volte anche duplici come il caso di UE e CEDU) ed eventualmente anche a livello universale, In tutti questi sistemi il principio cardine che guida il rispetto dei diritti umani è l'applicazione della norma più favorevole all'individuo, AI contrario la Corte ritiene che nell'ordinamento dell'Unione non si possa applicare tale principio, qualora l'UE abbia esercitato una competenza normativa in materia, ad esempio attraverso la richiamata Carta, la quale, quindi, finirebbe ad assumere il ruolo non già di tutela "minima" bensì di tutela "massima", La Corte UE ha già affermato, infatti, che gli Stati non possono invocare uno standard di tutela più elevato in un settore nel quale è già intervenuta una normativa UE che ha C deve mantenere il i primato».

prevedono un innalzamento degli standard di tutela e non un loro arretramento. Inoltre, le argomentazioni della Corte di giustizia avrebbero avuto maggiore coerenza se la Corte di giustizia avesse recepito pienamente la giurisprudenza della Corte Edu in tema di trasferimenti Dublino; nella misura in cui la Corte di giustizia ha richiamato la giurisprudenza *M.S.S.* adattandola alle esigenze di funzionalità del sistema ha inevitabilmente circoscritto le garanzie di tutela previste dall'art. 3 Cedu e dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione alla sola condizione delle "crisi sistemiche", così introducendo un limite che induce a chidersi se, in stratto, ciò costituisca una violazione dell'art. 52, comma 3 della Carta stessa. La seconda critica è mossa dall'impossibilità di accettare l'idea che gli Stati membri nei loro rapporti reciproci applichino deroghe ai diritti sanciti nella Convenzione europea in ragione della loro appartenenza all'Unione europea in quanto organizzazione internazionale "particolare"[597]; queste argomentazioni sono, infatti, altamente ambigue poiché non chiariscono la natura giuridica dell'organizzazione. Sul punto, la dottrina è stata molto critica rilevando le contraddizioni in cui è caduta la Corte di giustizia, segnatamente si è osservato che: «*proprio il riferimento alla sistema Dublino rende difficilmente condivisibili le argomentazioni della Corte di giustizia. Non è pensabile che nei rapporti reciproci tra gli Stati membri nell'UE viga una deroga all'applicazione dei diritti sanciti nella Convenzione europea, in virtù del fatto che l'Unione non è un'organizzazione internazionale come tutte le altre. Delle due l'una: o è responsabile l'Unione per gli atti che determinano applicazioni contrastanti con la Convenzione europea o lo sono gli Stati membri*».[598]

[597] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 719.
[598] *Ibidem.*

La Corte di giustizia, nell'elaborare le ragioni della bocciatura al progetto di adesione, pare far finta di non considerare un'ovvietà: gli Stati membri non potranno comunque sfuggire al sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo in caso di applicazione di una norma europea che ha determinato la violazione dei diritti sanciti nella Convenzione. L'applicazione di una norma dell'Unione o l'applicazione di strumenti di mutuo riconoscimento non potranno mai costituire un parafulmine per gli Stati membri, poiché essi dovranno sempre assicurare garanzia di tutela dei diritti umani, pena la loro responsabilità innanzi alla Corte Edu. Benché, infatti, la fiducia reciproca tra gli Stati membri dovrebbe facilitare i trasferimenti Dublino, essa non fa comunque venir meno la responsabilità degli Stati in relazione all'obbligo di assicurare che da tali trasferimenti il richiedente non subisca trattamenti inumani e degradanti o altre violazioni di diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea.[599] Inoltre, gli Stati membri dovranno derogare al regime dei trasferimenti tanto nei casi di violazioni generalizzate discendenti da crisi sistemiche quanto dal rischio per una specifica persona di subire trattamenti inumani e degradanti a motivo delle sue condizioni personali. L'appartenenza all'Unione non può esimere gli Stati membri dall'obbligo di verificare la

[599] Nello stesso senso si vada C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, *cit,* p. 43: «*Questa totale chiusura verso il principio della applicazione della norma a maggior tutela dei diritti fondamentali potrebbe anche indurre la Corte EDU che ad oggi ha assunto un atteggiamento conciliante nei confronti della giurisprudenza della Corte UE, ad irrigidirsi sulle proprie posizioni, abbandonando i propositi di dialogo; il tutto, inevitabilmente, contro l'interesse degli Stati membri che si troverebbero comunque a violare la CEDU Anche rispettando eventualmente normative UE come tali non opponibili agli obblighi assunti in sede CEDU, e certamente poi a scapito della tutela dei diritti dell'uomo che rappresenta invece il presupposto e la finalità non solo de] sistema CEDU ma anche di quello UE, più volte ribadito dalla stessa Corte UE. Il controllo esterno, cioè CEDU, è la chiave di volta del sistema, mentre la Corte UE lo vede come una insidia alla autonomia cd alla coesione dell' ordinamento al quale appartiene. Tale esigenza di tutela dei diritti umani si sostiene, invece, correttamente nella presa di posizione dell' A \'Vocato generale Kokolt*».

sicurezza dello Stato di destinazione in caso di trasferimento di un richiedente asilo, ciò implica altresì l'obbligo dello Stato di permettere al richiedente *dublinato* di poter far valere le proprie ragioni contro il trasferimento, dunque gli Stati devono assicurare ai richiedenti asilo uno strumento effettivo di ricorso *ex* art. 13 della Convenzione europea, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento di trasferimento, infatti, ove gli Stati operassero trasferimenti automatici violerebbero la Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come chiarito nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*.[600]

Come si è osservato in dottrina: «*l'affermazione del diritto al ricorso contro le decisioni di trasferimento, a cui corrisponde l'obbligo di esaminare caso per caso ogni situazione individuale, è il portato più specifico della giurisprudenza della Corte europea relativa ai «trasferimenti Dublino». Sebbene si tratti di una garanzia minima, essa è idonea ad incidere pesantemente sull'efficienza del sistema Dublino, già molto scarsa*».[601] Queste parole, dimostrano come sia pacifico che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha già contribuito fortemente all'interpretazione della normativa europea in materia di asilo, mostrando in più occasioni l'inadeguatezza di un sistema fondato su una presunzione di sicurezza meramente relativa.

Ebbene, la Corte di giustizia dell'Unione europea è consapevole delle diffocoltà sorte nella prassi applicativa del sistema di asilo, e ciò emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte in tema di tutela del diritto a un ricorso certo ed effettivo.[602]

---

[600] Corte Edu, 21 ottobre 2014, caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09.

[601] C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.,* p. 722.

[602] Da ultimo si veda Corte di giustizia Ue (Grande sezione), sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, caso *Mehrdad Ghezelbash c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

Rimane una questione giuridica da risolvere: dai diritti sanciti nella Convenzione, discendono precisi obblighi positivi per gli Stati membri, dunque ove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce i medesi diritti questi ultimi dovrebbero essere interpretati dalla Corte di giustizia attribuendo a essi significato e portata uguali a quelli conferiti dalla Convenzione, salva sempre la possibilità che l'Unione conceda una protezione più ampia.

Come si è dimostrato, gli Stati membri nell'applicazione delle norme dell'Unione sono tenuti al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo senza alcuna possibilità di derogare o abbassare gli *standard* di tutela da questa sanciti, pena la loro responsabilità innanzi alla Corte Edu. Quel che allora la Corte di giustizia, con il parere 2/13, ha evitato che accadesse è che sul banco degli imputati innanzi alla Corte Edu salisse proprio l'Unione.

La Corte di giustizia avrebbe potuto argomentare diversamente sulla necessità di mantenere la propria autonomia in tema d'interpretazione dei diritti fondamentali, valorizzando ancor di più la potenzialità dello strumento del rinvio pregiudiziale, in astratto più efficace rispetto al giudicato della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infatti, mentre la Corte Edu interviene a violazione perpetrata e prevede un obbligo risarcitorio in capo allo Stato condannato nei confronti della vittima della violazione dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale interviene prima che lo Stato abbia commesso la violazione, dunque l'azione interpretativa della Corte di giustizia dovrebbe, in astratto, impedire la violazione dei diritti umani anticipandone la tutela.

Questa tesi presupporrebbe una coerenza sistemica tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in linea con

l'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione *ex* art. 6, paragrafo 3 TUE. È la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a disciplinare all'art. 52 la "*portata e interpretazione dei diritti e dei principi*".[603] Con riguardo al rapporto di coerenza tra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea è dedicato il paragrafo 3 dell'art. 52, il quale sancisce che: «*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*». Innanzitutto occorre precisare che il riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo va inteso, così come stabilito nelle Spiegazioni relative alla Carta, con riguardo non solo al testo della Convenzione e dei relativi protocolli, ma anche alla giurisprudenza della

[603] *Art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «1.Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta».*

Corte Edu. Si potrebbe, quindi, dire che è la stessa Carta dei diritti fondamentali a prevedere un rinvio dinamico alla giurisprudenza di Strasburgo, al fine di prevenire o risolvere eventuali divergenze interpretative tra le due Corti europee.

Di fatto la Corte di giustizia quando deve interpretare le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali di norma fa riferimento alle corrispondenti disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come integrata dalla giurisprudenza della sua Corte[604], tuttavia occorre evidenziare che con il parere 2/13 la Corte di giustizia ha ribadito a chiare lettere che rifiuta qualsiasi controllo esterno da parte della Corte Edu che possa interferire con le competenze che gli Stati hanno conferito all'Unione.

In dottrina si ritiene che questa posizione della Corte di giustizia trovi coerenza con le spiegazioni dell'art. 52, comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, le quali indicano che il collegamento con le norme della Cedu, così come interpretate dalla Corte Edu, non deve pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia.[605] Si ricorda che con la sentenza Melloni, anch'essa richiamata nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014, la Corte di giustizia aveva dichiarato di non sentirsi vincolata a seguire più elevati standard di tutela dei diritti fondamentali ove ciò pregiudicherebbe il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.[606]

---

[604] Si vedano ad esempio, e senza pretesa esaustiva, le seguenti sentenze della Corte di giustizia: sentenza del 9 novembre 2010, caso *Volker* e *Markus Schecke*, C-92/09 e C- 93/09 punti 43 e ss.; sentenza del 5 ottobre 2010, caso *McB*, C- 400/10 PPU punto. 53; sentenza del 17 febbraio 2009, caso *Elgafaji,* C-465/07, punto 44.

[605] Così N. LAZZERINI, *art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commento* (commento di), in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, p. 1071.

[606] Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, caso Melloni, C- 399/11, punto. 60.

In una recente sentenza[607]la Corte Edu ha ribadito l'applicazione del principio della presunzione della protezione equivalente a condizione che le autorità nazionali non dispongano di un margine di discrezionalità nell'applicazione della normativa europea e che sia consentito l'accesso al sistema di controllo previsto dal diritto dell'Unione, richiamando quindi la giurisprudenza *Bosphourus*. La Corte Edu invocando l'art. 52, paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, chiarisce che la teoria della presunzione di equivalenza può essere superata laddove siano accertate manifeste carenze nella tutela dei diritti convenzionali.

In tema di protezione internazionale dello straniero, come si è dimostrato in questo lavoro, si è verificato che la Corte di giustizia e la Corte Edu abbiano assunto orientamenti confliggenti, ciò è una conseguenza della diversità di competenze delle due Corti e delle eterogenee tecniche di bilanciamento da esse adottate in vista delle finalità differenti da esse perseguite. Come ha chiarito autorevole dottrina[608]la Corte Edu ha una competenza settoriale e limitata al campo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali mentre la Corte di giustizia persegue finalità di carattere generale che si ricollegano all'integrazione europea.[609]

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, così come confermata nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014, emerge che vi può essere una forte tensione fra il principio di fiducia reciproca, nella sua veste di principio fondante il sistema europeo comune di asilo, senza il quale il

[607] Corte Edu, sentenza 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia.*
[608]Così N. LAZZERINI, *art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commento* (commento di), in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, p. 1072.
[609] Così B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in (a cura di), ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Milano*, 2002, p. 3 ss.

regolamento Dublino perderebbe efficacia, e la protezione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo cui questi strumenti si applicano. In questi casi, la Corte di giustizia sacrifica una maggiore tutela dei diritti umani sull'altare del principio del primato dell'Unione. Ciò conduce però alla conclusione che, almeno per la materia che qui si tratta, le ragioni della Corte di giustizia inducono a interrogarsi sul rischio di un potenziale e astratto arretramento degli standard di tutela dei diritti fondamentali del richiedente asilo laddove venga in gioco l'applicazione del regolamento Dublino.

Allo stato attuale il controllo esterno della Corte europee può essere declinato in questi termini: la Corte Edu potrà dichiarare la responsabilità dello Stato membro che, in applicazione del regolamento Dublino, trasferisce un richiedente asilo in un altro Stato membro dell'Unione esponendolo al rischio di trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 della CEDU che imporrebbe agli Stati un obbligo positivo di garanzia dei diritti dell'individuo.

Non potendo entrare nel merito di tutte le questioni affrontate dalla Corte di giustizia nel parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014, ai fini della presente analisi, con precipuo riguardo al diritto di asilo e al suo bisogno di trovare un sempre maggiore riconoscimento e tutela entro l'ordinamento dell'Unione, si richiamano le considerazioni mosse da una parte della dottrina e proposte in questi termini: «*quanto al contesto politico sotteso alla decisione di aderire alla Cedu, vale la pena sottolineare che, per lungo tempo, è stata rilevata una certa ipocrisia dell'Unione europea che, sia nella sfera interna che in quella esterna, impone clausole di rispetto dei diritti fondamentali, senza però vincolare se stessa ad un controllo esterno di compatibilità del suo operato con i suoi stessi diritti. L'adesione alla Cedu rappresenta allora una meta quasi*

obbligata per colmare questa lacuna: nel momento in cui l'azione dell'Unione europea permea più o meno ogni sfera del diritto, incidendo anche in ambiti delicati come quelli del diritto penale e del diritto all'asilo, un controllo esterno è necessario sia per motivi pratici che per motivi di coerenza logica».[610]

4. La clausola di sovranità tra discrezionalità e obbligo positivo

La clausola di sovranità, oggi prevista all'art. 17 del regolamento (UE) n. 604/2013, conferisce a ogni Stato membro, in deroga all'art. 3, par. 1, dello stesso regolamento il diritto di esaminare qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel regolamento. Come la Corte di giustizia ha evidenziato, l'esercizio da parte degli Stati di scegliere di applicare la clausola di sovranità non è subordinato a particolari condizioni.[611]

In via principale occorre ripercorrere l'evoluzione storica di tale norma. Ebbene, nella Convenzione Dublino del 1990 la clausola di sovranità era presente all'art. 3, paragrafo 4, e subordinava l'esercizio della facoltà di procedere all'esame della domanda di protezione internazionale, in assenza del criterio di collegamento, al consenso dell'interessato. Nel regolamento 343/2003 la clausola di sovranità era collocata all'art. 3, paragrafo 2 ai sensi del quale ciascuno Stato membro poteva esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli competeva in base ai criteri stabiliti nel regolamento, ed è su questa norma che si è formata la giurisprudenza

[610] E. SPAVENTA, *E' possibile l'adesione alla CEDU alla luce del parere 2/13,* in (a cura di) R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *cit*. p. 1142.
[611] Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, caso *Halaf,* C- 528/11; Corte di giustizia, sentenza del 18 aprile 2013, caso *Puid*, C- 4/11.

M.S.S della Corte Edu e *N.S.* della Corte di giustizia. Il legislatore europeo con il regolamento (UE) n. 604/13 ha interamente recepito la giurisprudenza *N.S.* della Corte di giustizia modificando l'art. 3, paragrafo 2 in tali termini: «*qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente*».[612]Dunque, Il legislatore europeo del 2013 decise di inserire la clausola di sovranità in un autonomo capo, il IV, sotto la rubrica intitolata: "*persone a carico e clausole discrezionali*", è infatti lì che è collocato l'art. 17 del regolamento la cui formulazione rimane invariata rispetto al regolamento 343/2003.

Il carattere eminentemente discrezionale della clausola si può ricavare dalla lettura dei lavori preparatori della Commissione[613]poi ripresi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Halaf*.[614]

[612] Art. 3, paragrafo 2 regolamento 604/13/UE.

[613] Commissione, Proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, COM(2001) 447 def..

[614] Corte di giustizia, caso *Halaf*, cit. paragrafi 36-37: «*Dallo stesso tenore letterale dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento emerge quindi chiaramente che l'esercizio di tale facoltà non è soggetto a condizioni particolari. Tale conclusione è peraltro corroborata dai lavori preparatori del regolamento. Infatti, la proposta della Commissione che ha portato all'adozione del regolamento stesso [COM(2001) 447 def.] precisa che la regola che compare all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento è stata introdotta al fine di consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o*

Tuttavia, non si può non osservare che la clausola di sovranità ha un chiaro obiettivo umanitario così come indicato nel considerando n.17 del regolamento, infatti: *«uno Stato membro dovrebbe poter derogare ai criteri di competenza, in particolare per motivi umanitari e caritatevoli, al fine di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela ed esaminare una domanda di protezione internazionale presentata in quello o in un altro Stato membro, anche se tale esame non è di sua competenza secondo i criteri vincolanti stabiliti nel presente regolamento*».[615] La clausola di sovranità costituisce uno strumento previsto dal regolamento Dublino e pertanto va interpretato e applicato dagli Stati nel rispetto del diritto dell'Unione e dunque in conformità ai diritti sanciti nella Carta di Nizza e nella CEDU; ne consegue che nell'applicazione della norma gli Stati membri devono osservare quanto sancito nell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali.[616]

---

pragmatico, di accettare l'esame di una domanda d'asilo, anche se detto Stato non sarebbe competente in applicazione dei criteri previsti dal regolamento».

[615] Considerando n. 17 regolamento (UE) n.604/2014.

[616] Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, caso *N.S.*, C- 411/10 e C-493/10, paragrafi 64-69: « *A termini dell'art. 51, n. 1, della Carta, le disposizioni della medesima si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'esame dell'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 mostra che esso riconosce agli Stati membri un potere discrezionale che fa parte integrante del sistema europeo comune di asilo previsto dal Trattato FUE ed elaborato dal legislatore dell'Unione. Come ha ricordato la Commissione, questo potere discrezionale deve essere esercitato dagli Stati membri nel rispetto delle altre disposizioni di detto regolamento. Inoltre, l'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 indica che la deroga al principio enunciato al n. 1 del medesimo articolo comporta conseguenze precise previste da tale regolamento. Lo Stato membro che prende la decisione di esaminare esso stesso una domanda di asilo diventa, infatti, lo Stato membro competente ai sensi del regolamento n. 343/2003 e deve, all'occorrenza, informare l'altro o gli altri Stati membri interessati dalla domanda di asilo. Tali elementi corroborano l'interpretazione secondo la quale il potere discrezionale conferito agli Stati membri dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 fa parte dei meccanismi di determinazione dello Stato membro competente a trattare una domanda di asilo previsti da detto regolamento e, di conseguenza, costituisce solo un elemento del sistema europeo comune di asilo. Pertanto, uno Stato membro che esercita tale potere discrezionale deve essere ritenuto attuare il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, n. 1, della Carta. La prima questione nella causa C-411/10*

Questa norma non subordina la sua applicazione al verificarsi di una qualche condizione particolare; diversamente da quanto previsto dall'art. 3, paragrafo 2, l'art. 17 del regolamento (UE) n. 604/2013, lascia una discrezionalità pressoché totale agli Stati circa la possibilità di ricorrere a essa e procedere quindi, in piena autonomia, all'esame di una domanda di protezione internazionale. Tuttavia la clausola di sovranità non può essere spogliata della sua intrinseca funzione umanitaria; pertanto tale norma andrebbe applicata al fine di rimuovere le lacune di tutela lasciate dalla rigida applicazione dei criteri di collegamento indicati nel regolamento; ad esempio riguardo alla possibilità di ricongiungimento familiare del richiedente con i propri parenti in senso lato e dunque fuori dalle circostanze strettamente previste dai c.d. criteri Dublino.

Come si è analizzato nel corso del presente lavoro, la clausola di sovranità è stata valorizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e da talune Corti nazionali al fine di rendere coerente il sistema d'individuazione dello Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo con il rispetto dei diritti fondamentali del richiedente asilo. Da questa prassi giurisprudenziale la dottrina ha teorizzato quella che si potrebbe definire "tesi dell'ossimoro necessario" che fa discendere da una clausola discrezionale un vero e proprio obbligo giuridico funzionale a garantire il corretto adempimento degli impegni internazionali a tutela dei diritti fondamentali di cui gli stessi Stati sono destinatari.[617]

---

deve, quindi, essere risolta dichiarando che la decisione adottata da uno Stato membro sul fondamento dell'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 di esaminare o meno una domanda di asilo rispetto alla quale esso non è competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto regolamento dà attuazione al diritto dell'Unione ai fini dell'art. 6 TUE e/o dell'art. 51 della Carta».

[617] Si veda M. MARCHEGGIANI, *Sistema Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente,* in Diritti umani e diritto internazionale, Vol. 8, 2014, in cui si legge: «*l'interrogativo di fondo che la recente giurisprudenza si è trovata ad affrontare riguarda in particolare il*

Occorre precisare che la Corte Edu nel riferirsi alla clausola in questione ha posto l'accento proprio sul suo carattere discrezionale. In tal modo la Corte Edu ha potuto derogare, sul singolo caso concreto, al principio di protezione equivalente in base al quale: la Corte si astiene dall'esercizio della propria giurisdizione nei confronti di condotte statali che costituiscono mera attuazione di norme dell'Unione, a condizione che sia assicurata nell'ordinamento dell'Unione una tutela equivalente a quella prevista dal sistema della Convenzione. La clausola di sovranità si è mostrata un utile strumento per la Corte edu poiché attraverso il richiamo a essa è stato possibile dichiarare la responsabilità degli Stati in caso di mal funzionamento del sistema Dublino. Dal punto di vista della Corte europea la clausola di sovranità è lo strumento di coordinamento tra gli obblighi degli Stati e la disciplina dell'Unione europea in materia di asilo.[618]

La Corte di giustizia dell'Unione europea dal canto suo, a più riprese ha specificato che dalla clausola di sovranità non è possibile far discendere alcun diritto individuale del richiedente protezione internazionale opponibile agli Stati membri.[619] Detto altrimenti: il singolo richiedente

valore da attribuire alla clausola di sovranità, al fine di chiarire in che misura ed a quali condizioni il ricorso ad una simile clausola non costituisca soltanto l'espressione di un potere discrezionale che il sistema Dublino riserva agli Stati, ma si configuri piuttosto come un vero e proprio obbligo giuridico, funzionale a garantire il corretto adempimento degli impegni internazionali a tutela dei diritti fondamentali di cui gli stessi Stati sono destinatari», p. 163.

[618] *Ibidem*, p. 165.

[619] Corte di giustizia, sentenza del 14 novembre 2013, caso *Puid,* C-4/11, par. 23: «[…] *Se dall'obbligo per lo Stato membro di esercitare il diritto di cui all'articolo 3, paragrafo 2, prima frase, del regolamento (...) derivi un diritto soggettivo del richiedente asilo all'esercizio dell'avocazione della competenza che possa essere fatto valere nei confronti di detto Stato. […]La Corte, la quale ha pur ricordato, al punto 107 della citata sentenza N. S. e a., che, in un contesto come quello oggetto di detta sentenza, lo Stato membro che procede alla determinazione dello Stato membro competente ha la facoltà prevista all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento di esaminare esso stesso la domanda, non ha però affermato la sussistenza di un obbligo di tale Stato in questo senso* ».

asilo non ha diritto a invocare innanzi alle autorità nazionali, siano esse amministrative e giudiziarie, il diritto ad attivare la clausola di sovranità *ex* art. 17 del regolamento Dublino. Residua in capo allo Stato membro l'obbligo di esaminare esso stesso la domanda quando la ricerca dello Stato membro competente ai sensi dei criteri Dublino comporti una durata irragionevole della procedura.[620]

Occorre indagare se la scelta del legislatore del 2013 sia stata dettata dalla necessità di chiarire che il presupposto di una presunzione relativa di tutela equivalente dei diritti fondamentali entro l'Unione europea, sul quale si fonda la fiducia reciproca, obbliga a derogare il sistema Dublino solo in casi eccezionali dettati da crisi sistemiche *ex* art. 3, paragrafo 2 del regolamento (UE) n. 604/2013. Secondo un prevalente orientamento della Corte di giustizia, fuori dai casi eccezionali dettati da crisi sistemiche, non vi sono motivi per non applicare in automatico i criteri Dublino di determinazione dello stato competente.[621] Dunque è da

[620] *Ibidem,* paragrafo 35: « *È necessario, tuttavia, che lo Stato membro nel quale si trova il richiedente asilo si curi di non aggravare una situazione di violazione dei diritti fondamentali di tale richiedente con una procedura di determinazione dello Stato membro competente che abbia durata irragionevole. All'occorrenza, detto Stato è tenuto a esaminare esso stesso la domanda conformemente alle modalità previste all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (sentenza N. S. e a., cit., punti 98 e 108*)».

[621] *Ibidem*, par. 30-36: «[…] la Corte ha dichiarato che gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente in base ai criteri enunciati nel capo III del regolamento quando non possono ignorare che le carenze sistemiche della procedura di asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v., in tal senso, sentenza *N. S. e a.,* cit., punti 94 e 106). *Spetta al giudice del rinvio verificare se sussistessero carenze sistemiche del genere alla data di esecuzione della decisione di respingimento del sig. Puid verso la Greci. […]Tutto ciò considerato, occorre rispondere alla questione deferita che, quando gli Stati membri non possono ignorare che le carenze sistemiche della procedura di asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro identificato inizialmente come competente in base ai criteri enunciati nel capo III del regolamento costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente asilo corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi*

ritenere che, secondo la *ratio* del legislatore, la norma prevista all'art. 17 del regolamento (UE) n. 604/2013 sia espressione della libera discrezionalità degli Stati membri.

Questa lettura della norma è confermata dalla costante e prevalente giurisprudenza della Corte di giustizia la quale in più occasioni ha ribadito che il principio della fiducia reciproca non può essere messo in discussione se non in casi di eccezionali violazioni dei diritti fondamentali e ciò perché «*il sistema europeo comune di asilo è stato concepito in un contesto che permette di supporre che l'insieme degli Stati partecipanti, siano essi membri o Paesi terzi, rispetti i diritti fondamentali compresi i diritti che trovano fondamento nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo del 1967, nonché nella CEDU, e che gli Stati membri possano fidarsi reciprocamente al riguardo*».[622]

Recentemente, sono state pubblicate le conclusioni dell'avvocato generale *Evgeni Tanchev*[623]il quale si è pronunciato sulla seguente questione: «*cosa accada qualora le carenze, senza incidere sull'intero sistema di asilo dello Stato membro, riguardino unicamente la situazione particolare di un richiedente. Ci si chiede se tali carenze possano essere qualificate «sistemiche» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento n. 604/2013. Qualora esse non possano essere qualificate tali, ci si chiede se diano*

dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare –, lo Stato membro che procede alla determinazione dello Stato membro competente è tenuto a non trasferire il richiedente asilo verso lo Stato membro identificato inizialmente come competente e, ferma restando la facoltà di esaminare esso stesso la domanda, a proseguire l'esame dei criteri di detto capo per verificare se un altro Stato membro possa essere identificato come competente in base ad uno di tali criteri o, in mancanza, in base all'articolo 13 del medesimo regolamento».

[622] Corte di giustizia ue, sentenza del 10 dicembre 2013, caso *Abdullahi*, C- 394/12, paragrafo 52.

[623] Conclusione avvocato generale Evgeni Tanchev, presentate il 9 febbraio 2017, caso *C.K. H.F. A.S. c. Republika Slovenija*, causa C-578/16 PPU.

cionondimeno origine a un obbligo di non trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente».[624] In particolare la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte suprema slovena riguardava il caso della sig.ra *C.K.,* cittadina siriana al sesto mese di gravidanza, e del marito egiziano *H.F.*, entrambi erano entrati in Croazia grazie ad un visto turistico, ma si erano poi spostati in Slovenia con documenti falsi greci; lì avevano presentato domanda di asilo e lì la sig.ra *C.K*. aveva partorito il piccolo *A.S.* Le autorità slovene, dopo il parto della sig.ra ricevevano dai legali della coppia documentazione medica in cui si attestava che la stessa aveva avuto una gravidanza a rischio e problemi di salute subito dopo il parto. Tra tali documenti vi era anche un referto psichiatrico della sig.ra *C.K*., in cui si indicava che era necessario che quest'ultima e il suo neonato restassero presso il centro di accoglienza giacché avevano bisogno di cure. Si allegavano anche altri referti psichiatrici, i quali indicavano che la signora *C.K*. soffriva, a seguito del suo parto, di depressione e di tendenze suicide periodiche, le quali sarebbero state causate dall'incertezza riguardo al suo status. Quindi, le autorità slovene richiedevano alle autorità croate di fornire adeguate garanzie circa le condizioni di cure mediche e accoglienza in cui avrebbe beneficiato la famiglia nel centro di accoglienza in Croazia. Le autorità croate fornivano tali garanzie; ne seguiva che le autorità slovene *ex* art. 12, paragrafo 2, del regolamento n. 604/2013, in forza del quale, se il richiedente è titolare di un visto in corso di validità, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è quello che ha rilasciato il visto, rigettavano la domanda di protezione internazionale e avviavano la procedura di trasferimento della famiglia. La decisione di trasferimento veniva impugnata innanzi all' *Upravno sodišče* (tribunale amministrativo, Slovenia) che l'annullava. Tuttavia,

[624] *Ibidem*, par. 3.

Vrhovno sodišče (Corte suprema, Slovenia) riformava la sentenza del tribunale ritenendo in particolare che l'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento n. 604/2013 non fosse applicabile al caso di specie. La Corte rilevava, infatti, che l'asserita crisi sistemica non era provata da alcuna relazione delle istituzioni europee ne dell'UNHCR, al contrario si evidenziava che proprio L'UNHCR in un recente report aveva dichiarato che le condizioni dei centri di accoglienza croati erano buone. Dunque, la Corte costituzionale slovena rimetteva la causa innanzi alla Corte suprema slovena dichiarando che pur avendo la Corte suprema considerato correttamente l'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma del regolamento 604/2013 non era applicabile stante l'assenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza in Croazia tali da comportare un rischio di trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta, «*Cionondimeno, l'Ustavno sodišče (Corte costituzionale) non ha comunque ritenuto che i ricorrenti potessero essere trasferiti in Croazia. Infatti, esso ha considerato che, al fine di stabilire se confutare la presunzione secondo la quale la Repubblica di Croazia è uno Stato sicuro, le autorità slovene dovevano tener conto di tutte le circostanze pertinenti, in particolare della situazione personale e dello stato di salute dei richiedenti. Orbene, il Vrhovno sodišče (Corte suprema), pur avendo valutato se la sig.ra C.K. e il suo neonato avrebbero ricevuto un'adeguata assistenza sanitaria in Croazia, non ha tuttavia verificato se il trasferimento stesso potesse incidere sullo stato di salute della sig.ra C.K. e del suo neonato. Questo è il motivo dell'annullamento della sentenza del Vrhovno sodišče (Corte suprema) e del rinvio della causa dinanzi a quest'ultimo, affinché esso esamini tutte le circostanze pertinenti»*.[625]Quindi, la Corte suprema sollevava questione pregiudiziale, attivando la procedura d'urgenza, alla

[625] *Ibidem*, paragrafo 22.

Corte di giustizia.[626]Il giudice del rinvio, in particolare chiede alla Corte se sia possibile trasferire un richiedente asilo qualora sussistano carenze *che incidono sulla particolare situazione del richiedente* e che comportino un rischio di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta. La particolarità del caso in esame è data dalle argomentazioni della Corte costituzionale slovena secondo la quale «*la presunzione in forza della quale gli Stati membri rispettano i diritti fondamentali dei richiedenti può essere confutata non solo qualora sussistano, nello Stato membro competente, carenze sistemiche ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento n. 604/2013, ma anche qualora lo Stato membro competente non rispetti i propri obblighi ai sensi dell'articolo 3 della CEDU o ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 1, della Convenzione di Ginevra*».[627] La

[626] La Corte suprema slovena poneva la questione pregiudiziale formulando i seguenti quesiti: «*1) Se l'interpretazione delle norme riguardanti l'applicazione della clausola discrezionale di cui all'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento [n. 604/2013], considerata la natura di tale disposizione, sia tale da spettare in ultimo grado al giudice dello Stato membro e tali norme siano tali da esonerare il giudice, contro le cui decisioni non è più esperibile alcun ricorso giurisdizionale, dall'obbligo di remissione della causa alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; 2) se la valutazione delle circostanze di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento [n. 604/2013] (in una fattispecie quale quella oggetto del rinvio) sia sufficiente a garantire l'osservanza delle disposizioni dell'articolo 4 e dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e con l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra; 3) se dall'interpretazione dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento [n. 604/2013] risulti che il ricorso alla clausola discrezionale da parte di uno Stato membro sia obbligatorio al fine di garantire un'effettiva tutela a fronte di una violazione del diritto sancito dall'articolo 4 della [Carta] in casi quali quello oggetto del presente rinvio e osti al trasferimento del richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro competente, il quale abbia dichiarato la propria competenza in conformità al detto regolamento; se in base alla clausola discrezionale di cui all'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento [n. 604/2013] il richiedente protezione internazionale o un altro soggetto nell'ambito di un procedimento di trasferimento ai sensi del regolamento citato possano invocare l'applicazione della clausola stessa, sulla quale sono tenuti a pronunciarsi gli organismi amministrativi competenti e i giudici dello Stato membro, o se invece i detti organismi e giudici dello Stato membro siano tenuti ad accertare d'ufficio le descritte circostanze*», paragrafo 23.

[627] *Ibidem*, paragrafo 38.

Corte costituzionale slovena quindi, seguendo la giurisprudenza *Tarakhel* della Corte Edu, ritiene che ogni Stato membro prima di trasferire un richiedente asilo dovrebbe tenere conto se per la specifica situazione personale del richiedente dal quel trasferimento può derivare un rischio di trattamenti inumani e degradanti. Si evidenzia che i ricorrenti furono appoggiati dal governo italiano che insieme a loro sostenne che l'ipotesi prevista dall'art. 3, par. 2 comma 2 del regolamento 604/2013 non è l'unica ipotesi in cui non è possibile trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente; il governo sloveno, del Regno Unito e la Commissione sostennero il contrario, segnatamente quest'ultima suggerì che «*la presunzione relativa al rispetto, da parte di ogni Stato membro, dei diritti fondamentali dei richiedenti, sulla quale si fonda il regolamento n. 604/2013, può essere confutata solo in situazioni del tutto eccezionali. Siffatte situazioni si verificherebbero in presenza di carenze sistemiche. Secondo la Commissione, per carenze sistemiche si intendono anche carenze che incidono sulle cure mediche e sull'assistenza a persone particolarmente vulnerabili, nonché la durata irragionevole del procedimento amministrativo e/o giudiziario*».[628]

Ebbene, l'avvocato generale dopo aver ripercorso le ipotesi di carenze sistemiche che giustificano l'obbligo di non eseguire i trasferimenti *ex* art. 3, par. 2 comma 2, e dopo aver dato conto delle ipotesi più ampie di non trasferimento sancite dalla giurisprudenza Cedu, perviene a motivare perché, a suo avviso, occorrerebbe limitare l'obbligo di non trasferire il richiedente alla sola condizione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento n. 604/2013.

[628] Ibidem, paragrafo 39.

È lo stesso avvocato generale a prendere atto che «*laddove la Corte di giustizia richiede, per impedire il trasferimento di un richiedente verso lo Stato membro competente, carenze «sistemiche» di tale Stato membro, la Corte EDU si limita a richiedere carenze che incidono sulla situazione particolare del richiedente*».[629] Pertanto l'avvocato generale precisa a chiare lettere che l'ipotesi di crisi sistemiche nel sistema di asilo di uno Stato è l'unica in cui è impossibile eseguire un trasferimento. Le motivazioni dell'avvocato generale ruotano intorno al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri e sulla necessità di assicurare l'effetto utile del regolamento Dublino.[630]

Occorre dare particolare attenzione alla posizione che l'avvocato generale assume dovendo risolvere la questione del rapporto con la giurisprudenza della Corte Edu; abbandonando definitivamente l'atteggiamento di deferenza nei confronti della Corte Edu, si legge nelle conclusioni: «*la Corte non è affatto tenuta a seguire la posizione della Corte EDU*».[631] Si ritiene che, a fronte delle motivazioni piuttosto

[629] *Ibidem*, par. 47.
[630] *Ibidem*, par. 51: «*Tuttavia, l'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento n. 604/2013 non può, a mio avviso, essere interpretato in tal senso. In primo luogo, una siffatta interpretazione mi sembra poco compatibile con il principio di fiducia reciproca, sul quale si fonda il sistema europeo comune di asilo. A tale riguardo, rilevo che, ai sensi del considerando 3 del regolamento n. 604/2013, «gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi». Pertanto, il principio della fiducia reciproca, che costituisce il fondamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, impone agli Stati membri di «ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo» . Orbene, esigere che gli Stati membri, prima di trasferire un richiedente verso lo Stato membro competente, verifichino l'insussistenza, in tale Stato membro, di carenze che incidono sulla situazione particolare di tale richiedente, equivarrebbe a esigere che gli Stati membri verifichino sistematicamente il rispetto, da parte dello Stato membro competente, dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Imporre un siffatto obbligo comprometterebbe non solo il principio della fiducia reciproca, ma anche l'effetto utile del regolamento n. 604/2013 e il meccanismo per determinare con rapidità lo Stato membro competente istituito ai sensi del considerando 5 di tale regolamento* ».
[631] *Ibidem*, par. 53.

stringate e insoddisfacenti fornite dall'avvocato generale[632], tale affermazione meriterebbe più di una riflessione critica.

Con la terza questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiedeva se l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento 604/2013 debba essere interpretato nel senso che, qualora uno Stato membro sia tenuto a non trasferire un richiedente verso lo Stato membro competente, esso debba esercitare la facoltà conferitagli da tale disposizione ed esaminare esso stesso la domanda di protezione internazionale. Ebbene, ad avviso dell'avvocato generale l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 604/2013 non può costituire il fondamento di un obbligo di esaminare una domanda di protezione internazionale qualora sia impossibile trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente. Questa conclusione si fonda sulla natura discrezionale della disposizione.[633]

---

[632] *Ibidem*: «*È vero che l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta stabilisce che laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla [CEDU]». Ai sensi delle spiegazioni relative alla Carta, «il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo [della Carta e dei relativi protocolli] ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea» (28). Tuttavia, ciò non toglie che, come rilevato dall'avvocato generale Trstenjak, «in sede di applicazione della [Carta] sarebbe sbagliato considerare la giurisprudenza della Corte EDU quale strumento di interpretazione dalla validità illimitata*».

[633] *Ibidem,* par. 64-65: «*Con la terza questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiedeva se l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento 604/2013 debba essere interpretato nel senso che, qualora uno Stato membro sia tenuto a non trasferire un richiedente verso lo Stato membro competente, esso debba esercitare la facoltà conferitagli da tale disposizione ed esaminare esso stesso la domanda di protezione internazionale. Ebbene, ad avviso dell'avvocato generale l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 604/2013 non può costituire il fondamento di un obbligo di esaminare una domanda di protezione internazionale qualora sia impossibile trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente. Questa conclusione si fonda sulla natura discrezionale della disposizione. In terzo luogo, l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 604/2013 è stato qualificato «clausola di sovranità» (34). Nella sentenza del 30 maggio 2013, Halaf (C-528/11, EU:C:2013:342, punto 37), la Corte si è riferita alla proposta della Commissione che ha condotto all'adozione del regolamento n. 343/2003, la quale «precisa che la regola che compare all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento è stata introdotta al fine di consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una*

Se ci si sofferma sull'analisi di questo parere dell'avvocato generale, in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di giustizia ue e le ultime posizioni della Commissione europea potrebbe, a prima vista, sembrare ormai evidente che la sussistenza della presunzione, anche se relativa, della tutela equivalente e il principio di fiducia reciproca in combinato disposto con la garanzia di non trasferimento del richiedente asilo nei casi eccezionali previsti dall'art. 3, paragrafo 2, comma 2 del regolamento 604/2013 permetterebbe di superare e risolvere positivamente il *test* di coerenza del sistema europeo comune di asilo con il rispetto dei diritti umani. In questa prospettiva, l'art. 17 del regolamento 604/2013 sarebbe da considerare a pieno titolo norma meramente discrezionale.

Tuttavia non ci si può accontentare di un *test* di coerenza la cui logica pare solo astratta, occorre, infatti, valutare in concreto se la Corte di giustizia è riuscita a fornire attraverso la sua funzione interpretativa un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in materia di asilo che possa definirsi coerente ed equivalente a quella offerta dalla Corte Edu.

Ebbene, se si guarda ai fatti del procedimento *C.K., H.F. e A.S.* c. Slovenia, sembra che in quel caso le lamentele avanzate dai ricorrenti sono più pretestuose che reali, in quanto per i fatti di causa è davvero da escludersi per i ricorrenti in rischio reale di subire trattamenti inumani e degradanti, poiché la Croazia aveva fornito opportune garanzie di tutela. Da questo punto di vista, il caso *C.K.* e altri sembra paragonabile al caso *Melloni*; ad avviso di chi scrive, le conclusioni dell'avvocato generale, per quanto fortemente criticabili in via di principio, sono condivisibili con riferimento al caso specifico.

---

domanda d'asilo». Pertanto, sarebbe paradossale far sì che l'applicazione di tale disposizione costituisca un obbligo per lo Stato membro interessato».

Tuttavia, si ritiene che vi siano dei casi in cui i trasferimenti Dublino andrebbero preclusi al di la dei rischi dei soli rischi contemplati nell'art. 3, par. 2 del regolamento (UE) n. 604/2013. In primo luogo, i trasferimenti devono sempre essere conformi all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sul divieto di *non refoulement*, per cui essi non andrebbero eseguiti, nemmeno tra Paesi membri, ogni volta che in conseguenza del trasferimento il richiedente corra il rischio di subire direttamente o indirettamente una persecuzione, anche quando la persecuzione si concretizzi nel rischio di subire trattamenti inumani e degradanti.[634] In secondo luogo, sull'applicazione obbligatoria della clausola di sovranità, gli Stati dovrebbero applicare l'art. 17 alla luce della giurisprudenza *Tarakhel* della Corte Edu, e quindi valutare se il trasferimento comporti la violazione dell'art. 3 Cedu o dell'art. 4 della Carta a prescindere dalla circostanza che il rischio di trattamenti inumani e degradanti derivi da una carenza sistemica del sistema di asilo. Sebbene, ad avviso di chi scrive, il rischio individuale di subire trattamenti inumani e degradanti dovrebbe essere grave e concreto, dunque non meramente ipotetico, poiché ciò implicherebbe davvero un esame per ogni singolo individuo incompatibile con le esigenze di celerità, efficienza e certezza del regolamento Dublino.

Infine, la questione concerne la necessità che i trasferimenti siano rispettosi di tutti i diritti sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dunque non solo limitati ai trattamenti inumani e degradanti. In quest'ottica non si può non ribadire che i trasferimenti Dublino verso lo Stato membro competente devono essere governati dal rispetto degli obblighi internazionali assunti da ogni Stato membro. Da ciò discenderebbe che in caso di violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione, o lo Stato membro che deve effettuare il trasferimento

[634] Così HRUSCHKA, F. MAIANI, *Eu migration and asylum law*, *cit*., p. 1535.

applica in via analogica il disposto di cui all'art. 3, par.2 regolamento 604/2013 oppure applica la clausola di sovranità prevista dall'art. 17 del regolamento stesso.[635]

Le riflessioni sulla portata da attribuire alla clausola di sovranità conducono a un interrogativo fondamentale: quale sia il contenuto del diritto di asilo ai sensi dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali in combinato disposto con l'art. 53 della stessa Carta, in altri termini quindi se il diritto asilo quale diritto umano implichi il rispetto di tutti i diritti fondamentali assoluti sanciti nella Carta; e ancora se il diritto di asilo nel sistema dell'Unione europea ha pienamente acquisito tale significato. La Corte di giustizia è stata chiamata a rispondere a tale interrogativo[636]ma ogni volta ha cercato di sottrarsi alla risposta lasciando aperta la questione.

Al contrario, al fine di specificare e chiarire l'operare del regolamento Dublino la Corte specifica che le violazioni del diritto dell'Unione in materia di asilo (violazioni della direttiva "accoglienza" o della direttiva "procedure") non possono essere invocate dal richiedente per impedire un trasferimento, e ciò perché in tal modo si introdurrebbe il c.d.

---

[635] *Ibidem*.

[636] Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, caso *Halaf*, C- 528/11, par. 40-42: «*Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede quale sia il contenuto del diritto di asilo ai sensi dell'articolo 18 della Carta, in combinato disposto con l'articolo 53 della stessa nonché con la definizione di cui all'articolo 2, lettera c), e il considerando 12 del regolamento. Dalla decisione di rinvio risulta che tale seconda questione riposa sulla premessa secondo la quale, in caso di esclusione dell'applicazione della clausola umanitaria di cui all'articolo 15 del regolamento, uno Stato membro potrebbe esaminare una domanda d'asilo sul fondamento dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento soltanto a condizione che sia dimostrato che il diritto garantito ai richiedenti asilo dall'articolo 18 della Carta non è rispettato dallo Stato membro competente in forza dei criteri enunciati al capo III del regolamento. Orbene, dato che dalla risposta fornita alla prima questione risulta già che l'esercizio della facoltà concessa agli Stati membri dall'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento non è soggetto a condizioni particolari, non occorre rispondere alla seconda questione*».

"*criterio supplementare di esclusione*".[637] Dunque, con riguardo alla tesi dell'obbligo di attivare la clausola di sovranità, la Corte di giustizia ha chiarito che se si consentisse ai richiedenti asilo di invocare l'obbligatorietà della clausola di sovranità innanzi ad ogni tipo di violazione dei diritti fondamentali o delle norme imposte dalla disciplina dell'Unione ciò equivarrebbe a introdurre nel sistema un «*criterio supplementare di esclusione*»; in altri termini la sussistenza di violazioni minime commesse in un determinato Stato consentirebbero allo stesso Stato di essere esonerato dagli obblighi derivanti dal regolamento Dublino.[638] In questa prospettiva si scoraggerebbero gli Stati ad adottare comportamenti virtuosi e ad avviso della Corte di giustizia ciò «*svuoterebbe detti obblighi del loro contenuto e comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di designare rapidamente lo Stato membro competente a conoscere di una domanda di asilo presentata nell'Unione*».[639] La giurisprudenza della Corte di giustizia, fino alla sentenza nel caso *C.K.* e altri c. Slovenia che come vedremo sorprendentemente muta orientamento, è stata univoca nel affermare che il principio di fiducia reciproca può essere messo in discussione solo

[637] Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, caso *N.S. cit.* par. 85: «*Ora, se ogni violazione delle singole disposizioni delle direttive 2003/9*, *2004/83 o 2005/85 da parte dello Stato membro competente dovesse avere la conseguenza che lo Stato membro in cui è stata presentata una domanda di asilo non possa trasferire il richiedente in tale primo Stato, ciò avrebbe l'effetto di aggiungere ai criteri di determinazione dello Stato membro competente enunciati nel capo III del regolamento n. 343/2003 un criterio supplementare di esclusione in base al quale violazioni minime delle regole delle direttive summenzionate commesse in un determinato Stato membro potrebbero avere l'effetto di esonerare quest'ultimo dagli obblighi che derivano da detto regolamento. Una tale conseguenza svuoterebbe detti obblighi del loro contenuto e comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di designare rapidamente lo Stato membro competente a conoscere di una domanda di asilo presentata nell'Unione*».

[638] M. MARCHEGGIANI, *Sistema Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente,* in Diritti umani e diritto internazionale, Vol. 8, 2014, p. 168.

[639] Corte di giustizia, sentenza *N.S., M.E.* e altri, cit. par. 85.

innanzi a violazioni eccezionali dei diritti fondamentali[640], il che implica, nella prospettiva della Corte di giustizia, di innalzare la barriera delle violazioni dei diritti umani al fine di salvare l'effetto utile del regolamento Dublino.

Vi è da chiedersi quindi se ci si può accontentare di questo approccio ideato dalla Corte di giustizia secondo cui le violazioni minime ed isolate di singole disposizioni del diritto derivato in tema di asilo e protezione internazionale non sarebbero sufficienti ad inficiare il meccanismo stabilito dal regolamento Dublino. Inoltre, la Corte di giustizia nella sentenza *Abdullahai* tenta di rendere coerente il suo ragionamento valorizzando l'elemento dell'armonizzazione della disciplina di diritto derivato per cui: «*ne consegue che la domanda del richiedente asilo verrà esaminata, in ampia misura, in base alle stesse norme, indipendentemente da quale sia lo Stato membro competente per l'esame di tale domanda in forza del regolamento n. 343/2003*».[641] Questa dichiarazione pare voler dire che il richiedente asilo non avrebbe bisogno di alcun rimedio contro la scelta dello Stato membro individuato come competente in quanto tutti gli Stati membri adottano la stessa disciplina di diritto derivato in tema di accoglienza e procedure; ma questa prospettiva, come è stato osservato in dottrina[642] è giuridicamente

[640] Conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen presentate il 18 aprile 2013 nella causa C-4/11, par. 62: «*non può essere messo in discussione attraverso un esame sistematico, nell'ambito di ciascuna procedura relativa a una domanda di asilo, dell'adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi per essi derivanti dal Sistema europeo comune di asilo», in quanto una diversa interpretazione risulterebbe in contrasto con gli obiettivi posti a fondamento del sistema stesso, che consistono nell' «organizzare la competenza tra gli Stati membri, garantire la celerità di trattamento delle domande di asilo e di prevenire il forum shopping*».

[641] Corte di giustizia, sentenza del 10 dicembre 2013, caso *Abdullahai,* C- 394/12, par. 55.

[642] Cosi HRUSCHKA, F. MAIANI, in *Eu immigration and asylum law, cit.* p. 1535: «*In the later Abdullahai judgement, the Court referred to the Directive as basis for the statement that the rules in accordance with which an asylum seeker application will be examined will be broadly the same, irrespective of which Member State is responsible.This statement - made in support of the conclusion that an applicant*

imprecisa nonché sconfessata sul piano reale; infatti, basta esaminare i *report* annuali dell'agenzia EASO[643]o dell'UNHCR[644] per rendersi conto che il livello di armonizzazione delle direttive è ancora carente e quindi tra gli Stati membri vi sono significative differenze e disparità di trattamento dei richiedenti asilo.

La questione è fondamentale poiché è indicativa della logica dell'ordinamento dell'Unione fondata sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri; questo principio è il filo rosso che tiene unito e, in astratto, da coerenza alle soluzioni interpretative della Corte di giustizia; soluzioni che tuttavia rimangono insufficienti perché sconfessate dalla prassi e che dunque andrebbero riconsiderate.

Ad avviso di chi scrive, le argomentazioni della Corte poggiano su una logica fondata dal combinato disposto tra fiducia reciproca e art. 3, par. 2 del regolamento Dublino che si potrebbe definire "clausola dell'*estrema ratio*", il che dovrebbe escludere casi di violazione dei diritti fondamentali. In definitiva, il sistema Dublino nell'ottica della Corte di giustizia andrebbe applicato nel seguente modo: la tutela da trattamenti inumani e degradanti discendenti da crisi sistemiche troverebbe copertura *ex* art. 3, par. 2 regolamento (UE) n. 604/2013; la tutela da violazioni del diritto dell'Unione, segnatamente delle direttive accoglienza e procedure, non trovano alcuna tutela poiché non impongono agli Stati alcun obbligo di non eseguire il trasferimento. Tuttavia, una tale argomentazione lascia aperta la questione sulla portata

needs not have a remedy against the choise of the responsible State per se- is imprecise from a legal stand point and factually unfounded».

[643] Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union in 2014, 2015, reperibile al sito internet https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZAD15001ITN.pdf .

[644] UNHCR, *Asylum in European Union – A Study of Implementation of the Qualification Directive* (2007), reperibile al sito http://www.unhcr.org/protection/operations/47302b6c2/asylum-european-union-study-implementation-qualification-directive-2007.html.

del diritto asilo quale diritto fondamentale *ex* art. 18 della Carta dei diritti fondamentali; infatti, se questa norma si riempie di significato solo se ad essa si riconducono le norme di diritto derivato dell'Unione in materia di accoglienza, qualifiche e procedure, non si comprende perché la violazione di quelle norme dell'Unione non dovrebbe riflettersi nella violazione del diritto fondamentale all'asilo *ex* art. 18 della Carta e, dunque, condurre all'obbligo di non trasferimento del richiedente asilo anche per i casi di violazione delle norme che compongono singolarmente il sistema europeo comune di asilo.

Inoltre, la logica argomentativa della Corte di giustizia troverebbe conforto nell'idea di un sistema europeo comune di asilo formato da Stati che condividono gli stessi valori fondamentali e applicano in modo uniforme la disciplina in tema di asilo. Però, il sistema europeo comune di asilo non pare essere ancora un sistema pienamente uniforme. Innanzi a una completa armonizzazione, invece, troverebbe fondamento l'idea di un sistema Dublino indissolubilmente legato all'impegno degli Stati a rispettare gli stessi standard di protezione, per cui ogni trasferimento poggerebbe sul presupposto della garanzia di accedere a un sistema di accoglienza e a una procedura di esame della domanda rispettosa del diritto fondamentale all'asilo *ex* art. 18 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Infine, si ritiene che finché tra gli Stati membri permangono serie differenze sul piano del rispetto dei diritti fondamentali – evidentemente connessi al livello di implementazione delle direttive accoglienza e procedure – la clausola di sovranità andrebbe applicata ogni volta che sia necessario al fine di evitare una violazione del diritto di asilo; in altri termini la regola aurea del regolamento Dublino dovrebbe essere così declinata: i trasferimenti possono essere eseguiti solo se conformi al

rispetto dei diritti umani indipendentemente dal fatto che il rischio di violazione dipenda da cause eccezionali o sia esso stesso eccezionalmente grave.[645] Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe continuare a rilevare la responsabilità di uno Stato per violazione dei diritti fondamentali laddove per il singolo caso concreto il richiedente invochi il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti a seguito di un trasferimento Dublino in uno dei Paesi membri. In questa prospettiva l'art. 17 del regolamento potrebbe continuare ad avere la funzione di valvola di uscita dal sistema Dublino, invocabile però solo a seguito di un ricorso alla Corte Edu.

Laddove uno Stato membro non rispetti i diritti fondamentali di un richiedente asilo, pur non in presenza di crisi sistemiche, ma perché ha adottato una politica contraria agli standard di tutela fissati dalle direttive in materia di asilo, andrebbe sanzionato dall'Unione o con un procedimento per inadempimento *ex* art 258 TFUE oppure con la procedura *ex* art. 7 TUE, ma è evidente che quest'ultima soluzione è più utopica che realistica stante il carettere squisitamente politico della procedura.[646]

---

[645] *Ibidem*, p. 1538- 1539: «*In the first category of cases there is in our view no place for a rule-exception, reasoning, although unfortunately the ECj itself seem to conceptualize the mandatory renunciation of transfers as human right exception against which a high barrier may legitimately be set. This kind of reasoning contradicts a self evident legal requirement: that sovereignity clause must be applied exactly every time that this is ncessary to prevent a violation of human rights - or tu put it differently: that transfers may only be executed if this is in compliance with human right- regardless of whether this will de facto be an exceptional occurrence or not*».

[646] Si veda in dottrina V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza degli Stati dell'Unione europea nel sistema di Dublino: recenti sviluppi*, in Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 2017, ove si legge: *«[…] Il punto critico, pertanto, resta quello di determinare il giusto equilibrio tra mutuo riconoscimento e controllo sul rispetto dei valori fondanti dell'Unione. In linea teorica il problema non si porrebbe se il controllo – piuttosto che essere rimesso nelle mani di ciascuno Stato nei confronti degli altri, fosse efficacemente garantito a livello centralizzato dalle istituzioni dell'Unione con strumenti in grado di produrre un efficace effetto deterrente e una rapida risposta alle situazioni di crisi. Ciò si*

Da ultimo, si ritiene che la clausola di sovranità andrebbe valorizzata e andrebbe applicata dagli Stati membri quale corollario del principio di solidarietà tra Stati[647] nonché espressione del diritto di asilo quale diritto fondamentale della persona. Inoltre, un maggiore ricorso alla clausola di sovranità sarebbe perfettamente coerente con gli obiettivi del regolamento Dublino che, come si è detto più volte, persegue certezza e rapidità nella determinazione dello Stato competente.

Purtroppo, come si esaminerà nel prossimo capitolo, la proposta della Commissione europea di modifica del regolamento (UE) n. 604/2013 pare voler limitare ancor di più la facoltà stessa di applicare la clausola di sovranità. Infatti, l'articolo 19, paragrafo 1, della proposta della Commissione dispone che «*ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide basata su motivi familiari relativi a membri della famiglia allargata non contemplati all'articolo*

potrebbe realizzare, come auspicato dalla Commissione europea, incardinando il meccanismo di controllo sullo Stato di diritto all'interno del sistema giurisdizionale dell'Unione europea. Si tratta certamente di un obiettivo ambizioso tenuto conto della volontà degli Stati di mantenere tale controllo solo su un piano politico. D'altro canto non va nemmeno sopravvalutata una simile prospettiva: se è vero che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ha un campo di applicazione generale, le sue garanzie possono essere invocate, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea - e quindi in una dimensione prettamente giurisdizionale – nei confronti di uno Stato attraverso la procedura di infrazione in ordine alla mancata o erronea esecuzione o al mancato recepimento di norme dell'Unione. Ne deriva che la mancata tutela dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito del sistema di Dublino, da parte di uno Stato membro ben potrebbe giungere al vaglio dei giudici del Lussemburgo. Pertanto uno strumento di controllo centralizzato esisterebbe già. Si tratta piuttosto di vedere l'efficacia di tale strumento», pp. 29-30.

[647] Nello stesso senso si veda 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)*, in cui si legge: « *ECRE also calls upon Member States to use these discretionary provisions as a solidarity measure with other Member States that may be facing particular pressures where appropriate and with the consent of the applicant concerned*».

2, lettera g)»,[648] escludendo in tal modo definitivamente la possibilità di far discendere da tale norma un obbligo positivo in capo agli Stati membri, tuttavia il progetto di relazione del Parlamento europeo sulla medesima norma pare di segno diametralmente opposto, pertanto si dovrà attendere la conclusione dei lavori per capire quale indirizzo deciderà di seguire il legislatore europeo.

4.1. (segue) il più recente orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia Ue: il caso C.K., H.F. e A.S. c. Slovenia

Le osservazioni svolte fin qui in tema d'interpretazione e applicazione della clausola di sovranità sembrano finalmente trovare conforto anche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *C.K.* e altri c. Slovenia.[649]

Nel paragrafo precedente si sono già accennati i fatti di causa e le conclusioni dell'avvocato generale *E. Tanchev*. Si è osservato in particolare che l'avvocato generale, forte di una giurisprudenza fino a quel momento pressoché costante[650], si era spinto a toni a limite della sfrontatezza sostenendo che « *la Corte non è affatto tenuta a seguire la posizione della Corte Edu*».[651] Una tale posizione si porrebbe, infatti, in

[648] Tale proposta è già stata interpretata dall'avvocato generale nel caso *C.K. H.F. A.S.* c. Slovenia, nel seguente modo: ossia il coniuge o il partner del richiedente, i suoi figli minori, suo padre e sua madre se egli è minore, ritenendo infine che «*se anche la facoltà di esaminare la domanda sulla base della clausola di sovranità è limitata, tanto meno essa può costituire un obbligo*» (par. 66 del parere).

[649] Corte di giustizia Ue, sentenza del 16 febbraio 2017, caso *C.K., H.F. e A.S. c. Slovenia,* C-578/16 PPU.

[650] Per un approfondimento si veda in dottrina V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza degli Stati dell'Unione europea nel sistema Dublino: recenti sviluppi*, op. *cit*, ove si legge: « *La soluzione a cui è giunta la Corte nella recente pronuncia resa nel caso C.K., H.F., A.S. c. Republika Slovenija, lungi dall'apparire scontata, pare smentire un filone giurisprudenziale che sembrava tendere a consolidarsi*», p. 5.

[651] Par. 53, conclusioni avvocato generale E. Tanchev, presentate il 9 febbraio 2017, C-578/16 PPU.

violazione dell'art. 52, comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, e chiuderebbe ogni dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché metterebbe gli Stati nella scomoda posizione di essere sanzionati o dalla Corte europea dei diritti dell'uomo o dalla Corte di giustizia.[652]

D'altra parte, come si è analizzato in precedenza, le conclusioni dell'avvocato generale *Tanchev* nel caso *C.K.* sembrano seguire l'orientamento della Corte di giustizia inaugurato con la sentenza *N.S.* e poi successivamente riconfermato ed elaborato in dottrina da numerosi commentatori.

Tuttavia, come ci si augurava, la Corte di giustizia con la sentenza in commento, è pervenuta a una decisione totalmente diversa da quella prospettata dall'avvocato generale, inaugurando una nuova stagione di dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo e aprendo a un altrettanto nuova applicazione dei trasferimenti Dublino.

Il ragionamento offerto dai giudici di Lussemburgo mette in primo luogo la centralità del rispetto dei diritti fondamentali nell'Unione ribadendo che le norme di diritto derivato dell'Unione, ivi incluse, quindi, anche le norme che compongono il regolamento Dublino III, devono essere interpretate e applicate nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, e sottolineando che « *il divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti, di cui all'articolo 4 della Carta, è, al riguardo, di importanza fondamentale*, *poiché ha carattere assoluto in quanto è*

[652] Così H. LABAYLE, *Escale à Canossa? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C- 578/16 PPU)*, in http://eumigrationlawblog.eu/escale-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/#more-1390 .

strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta ».[653]

Inoltre, nella sentenza in commento la Corte offre un'interpretazione non solo delle norme del regolamento Dublino ma dell'"*evoluzione"* del regolamento stesso; infatti, a tal fine è richiamato il considerando n. 9 del regolamento Dublino III in cui il legislatore dimostra di aver preso atto degli effetti del sistema Dublino sui diritti fondamentali dei richiedenti asilo e, in virtù di ciò, con la riforma del 2013 avrebbe adottato il regolamento Dublino III intendendo così apportare i necessari miglioramenti « *alla luce dell'esperienza, non solo all'efficacia di questo sistema, bensì parimenti alla tutela concessa ai richiedenti asilo ai sensi del sistema medesimo*».[654] Quindi, la Corte passa ad evidenziare le differenze che intercorrono tra il regolamento Dublino II e il regolamento Dublino III, precisando che: «*per quanto riguarda i diritti fondamentali ad essi riconosciuti, oltre ad aver codificato, all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento Dublino III, la giurisprudenza risultante dalla sentenza del 21 dicembre 2011, N.S. e a. (C‑411/10 e C‑493/10, EU:C:2011:865), citata al punto 60 della presente sentenza, il legislatore dell'Unione ha voluto sottolineare, ai considerando 32 e 39 di detto regolamento, che gli Stati membri sono vincolati, nella sua applicazione, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché dall'articolo 4 della Carta*».[655] La Corte di giustizia, quasi a *scusare* i toni dell'avvocato generale, conferma la vincolatività alla giurisprudenza della Corte Edu nell'applicazione del regolamento. In dottrina, sarcasticamente si è sostenuto che la sentenza della Corte di

[653] Corte di giustizia Ue, sentenza del 16 febbraio 2017, caso *C.K., H.F. e A.S. c. Slovenia,* C-578/16 PPU, par. 59.
[654] *Ibidem*, par. 61.
[655] *Ibidem*, par. 63.

giustizia rappresenta una sorta di ritorno a Canossa, quasi a ironizzare su una presunta prostrazione dei giudici Lussemburgesi alla Corte Edu.[656]

A rilevare le garanzie di conformità tra le procedure del regolamento Dublino in ordine ai trasferimenti e il rispetto dei diritti umani, la Corte richiama l'art. 27 del regolamento laddove è previsto che il richiedente ha diritto a un ricorso effettivo avverso il provvedimento di trasferimento[657]; da ciò ne consegue che il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento Dublino III deve essere operato soltanto in condizioni che escludono che tale trasferimento comporti un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta. Quindi, la Corte di giustizia torna ancora una volta sulla corrispondenza tra l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 3 della Convenzione e, a differenza di quanto esposto dall'avvocato generale, si legge in sentenza: «*occorre ricordare che il divieto di trattamenti inumani o degradanti previsto dall'articolo 4 della Carta corrisponde a quello previsto dall'articolo 3 della CEDU e, in tal misura, il suo senso e la sua portata sono, conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, gli stessi che conferisce detta convenzione*».[658]

Ciò che rileva di questa attesa sentenza della Corte di giustizia è il mutato orientamento rispetto all'annosa questione della derogabilità ai

[656] H. LABAYLE, *Escale à Canossa? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C- 578/16 PPU, cit.*
[657] *Ibidem*, par. 64: «*Per quanto riguarda, più specificamente, le decisioni di trasferimento, il legislatore dell'Unione, da una parte, ha inteso circondare la loro legittimità di garanzie riconoscendo, in particolare, al richiedente asilo interessato, all'articolo 27 del regolamento Dublino III, il diritto di proporre un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso tale decisione, ricorso la cui portata ricomprende le relative circostanze sia di fatto che di diritto. D'altra parte, lo stesso legislatore ha inquadrato, all'articolo 29 di detto regolamento, le modalità di tali trasferimenti in modo più dettagliato di quanto non avesse fatto nel regolamento Dublino II*. »
[658] *Ibidem*, par. 67.

trasferimenti Dublino solo innanzi a circostanze eccezionali riconducibili a crisi sistemiche. I giudici di Lussemburgo, esplicitamente chiariscono che non può escludersi che il trasferimento del richiedente asilo, il cui stato di salute fisica o psichica sia particolarmente grave, possa di per sé comportare il rischio di trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta; infatti, questo rischio può sussistere indipendentemente dalle condizioni di accoglienza del Paese competente all'esame della domanda e dalla circostanza di crisi sistemiche. In questi casi: «*in circostanze nelle quali il trasferimento di un richiedente asilo, che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave, comporterebbe il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, questo trasferimento costituirebbe un trattamento inumano e degradante*».[659]Dunque, la Corte chiarisce la piena compatibilità del sistema dei trasferimenti Dublino con il rispetto della Carta dei diritti fondamentali operando questo ragionamento: nel caso in cui un richiedente asilo, per le sue condizioni personali di salute, ritenga di subire un trattamento inumano e degradante in seguito al trasferimento potrà fare ricorso *ex* art. 27 del regolamento Dublino III avverso il provvedimento; laddove il ricorso sia supportato da elementi oggettivi quali: attestazioni mediche redatte riguardo alla propria persona, idonee a dimostrare la gravità particolare del suo stato di salute e le conseguenze significative e irrimediabili che potrebbe comportare un trasferimento nei suoi confronti, le autorità dello Stato membro interessato, ivi compresi gli organi giurisdizionali, non potranno ignorare tali elementi; inoltre, la Corte di giustizia specifica che: le autorità statali saranno tenute a valutare il rischio che tali conseguenze avvengano nel decidere quanto al trasferimento dell'interessato o, se si tratta di un organo giurisdizionale, quanto alla

[659] *Ibidem,* par. 74.

legittimità di una decisione di trasferimento, poiché l'esecuzione di tale decisione potrebbe portare a un trattamento inumano o degradante dell'interessato.[660]

In tal modo, la Corte di giustizia indica che è compito e responsabilità dello Stato membro dover assicurare e verificare, in caso di ricorso del richiedente asilo, che se lo stato di salute della persona in questione potrà essere tutelato in modo adeguato e sufficiente adottando le precauzioni considerate dal regolamento Dublino III e, nell'ipotesi affermativa, attuare tali precauzioni.

Quindi la Corte di giustizia, introduce il criterio dell'oggettività individuale del pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti, sganciando la sospsensione dei trasferimenti Dublino dalla sola ipotesi derogatoria della crisi sistemica.

Entrando in più nello specifico, in ordine alla vincolatività o meno di ricorrere alla clausola di sovranità, la Corte di giustizia dapprima specifica che laddove lo stato di salute del richiedente fosse grave ciò imporrebbe di sospendere il trasferimento e che, passato il termine di sospensione concesso, se le condizioni non fossero migliorate e una sospensione di lunga durata della procedura rischierebbe di aggravare lo stato dell'interessato, lo Stato membro in cui è presente il richiedente asilo potrebbe scegliere di esaminare esso stesso la domanda di quest'ultimo facendo uso della «clausola discrezionale» prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III.[661] A questa valutazione, ne segue una più pragmatica, la Corte di giustizia, infatti, ricorda che: «*in ogni caso, nell'ipotesi in cui lo stato di salute del richiedente asilo interessato non consentisse allo Stato membro*

[660] *Ibidem*, par. 75.
[661] *Ibidem*, par. 88.

richiedente di procedere al suo trasferimento entro la scadenza del termine di sei mesi previsto dall'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, lo Stato membro competente sarebbe liberato del suo obbligo di prendere a carico l'interessato e la responsabilità sarebbe quindi trasferita al primo Stato membro, conformemente al paragrafo 2 di detto articolo».[662]

Infine, la Corte affronta la questione più importante ai fini del presente lavoro: al paragrafo 91 della sentenza è dichiarata l'infondatezza dell'argomento della Commissione europea secondo il quale dall'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento Dublino III si evincerebbe che solo l'esistenza di carenze sistemiche nello Stato membro competente potrebbe incidere sull'obbligo di trasferimento di un richiedente asilo verso detto Stato membro. Una tale pronuncia della Corte di giustizia acquista, infatti, un'evidente importanza in un momento di nuova negoziazione della riforma del regolamento Dublino. Questa posizione della Corte di giustizia pare offrire, infatti, una bocciatura al progetto di proposta di riforma del regolamento Dublino presentato dalla Commissione europea.

La Corte di giustizia con tale decisione, quasi a voler illuminare le future scelte del legislatore europeo, offre una motivazione che ad avviso di chi scrive è pienamente condivisibile nonché conforme alla più ampia e generale giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali, primo fra cui il diritto codificao all'art.4 della Carta dei diritti fondamentali quale diritto generale e assoluto non suscettibile di limitazioni.[663]

[662] *Ibidem*, par. 89.
[663] La Corte di giustizia Ue si era già espressa in tali termini con la sentenza del 12 giugno 2003, causa C- 112/00 caso *Schmidbergen c. Repubblica d'Austria*, p. 80.

Innanzitutto i giudici di Lussemburgo spiegano che dal tenore dell'art. 3, paragrafo 2 del regolamento Dublino III: «*nessun elemento indica che l'intento del legislatore dell'Unione sia stato quello di disciplinare una circostanza diversa da quella delle carenze sistemiche che impediscono qualsiasi trasferimento di richiedenti asilo verso uno Stato membro determinato. Detta disposizione, pertanto, non può essere interpretata nel senso che esclude che considerazioni legate ai rischi reali e acclarati di trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4 della Carta, possano, in situazioni eccezionali come quelle di cui alla presente causa, comportare conseguenze in ordine al trasferimento di un richiedente asilo in particolare*».[664] Quel che si osserva, con un certo entusiasmo, è questa ritrovata comunicazione con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, indice questo della volontà della Corte di giustizia di riconferire centralità ai diritti fondamentali.[665] Si legge in sentenza che la lettura dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento Dublino III proposta dalla Commissione e da taluni Stati membri sarebbe: «*da una parte, inconciliabile con il carattere generale dell'articolo 4 della Carta, che vieta i trattamenti inumani o degradanti in ogni loro forma. D'altra parte, sarebbe manifestamente incompatibile con il carattere assoluto di questo divieto che gli Stati membri possano ignorare un rischio reale e acclarato di trattamenti inumani o degradanti che incombano su un richiedente asilo adducendo quale pretesto che esso non risulta da una carenza sistemica dello Stato membro competente».*[666]

[664] *Ibidem*, par. 92.

[665] Già con una precedente sentenza in tema di mandato di arresto europeo la Corte di giustizia aveva posto le basi per ricucire lo strappo con la Corte Edu, ci si riferisce alla sentenza della Corte di giustia Eu, del 5 aprile 2016, nella causa C-404/15, caso *Aranoysi e Caldararu*.

[666] Ibidem, par. 93.

Queste conclusioni della Corte di giustizia si segnalano per la loro rottura con il passato orientamento giurisprudenziale in tema di deroghe dei trasferimenti Dublino, oggetto dei ragionamenti e delle critiche di questo lavoro di ricerca. I giudici di Lussemburgo mostrano di essere consapevoli di tale esplicito mutamento giurisprudenziale e sentono la necessità di darne una spiegazione. È per tale ragione che, al paragrafo 94, la Corte di giustizia chiarisce che questa decisione è apparentemente contraria alla giurisprudenza *Abdullahi*, e spiega che la diversità del regolamento Dublino III impone un'interpretazione diversa da quella offerta in quel caso dalla Corte stessa su Dublino II.[667]

Si ritiene che la dottrina debba ancora interrogarsi a fondo sulla sentenza in commento. Occorrerebbe chiarire se le motivazioni offerte dalla Corte di giustizia siano effettivamente coerenti con il proprio passato giurisprudenziale, e dunque realmente convincenti, o se, al contrario, esse non costituiscano un tentativo estremo di ricucire lo strappo con la Corte Edu.

[667] Ibidem, par. 94: «*Del pari, l'interpretazione dell'articolo 4 della Carta di cui alla presente sentenza non è confutata dalla sentenza del 10 dicembre 2013, Abdullahi (C-394/12, EU:C:2013:813, punto 60), in cui la Corte ha statuito, quanto al regolamento Dublino II, in sostanza, che, in circostanze come quelle della controversia sfociata in tale sentenza, un richiedente asilo può contestare il suo trasferimento solo invocando l'esistenza di carenze sistemiche nello Stato membro competente. Infatti, oltre al fatto che la Corte ha statuito, come menzionato al punto 62 della presente sentenza, che, per quanto riguarda i diritti concessi ai richiedenti asilo, il regolamento Dublino III differisce per alcuni aspetti essenziali dal regolamento Dublino II, occorre ricordare che detta sentenza è stata pronunciata in una causa che riguardava un cittadino che non aveva fatto valere davanti alla Corte alcuna circostanza particolare tale da indicare che il suo trasferimento sarebbe stato, di per sé, in contrasto con l'articolo 4 della Carta. La Corte, pertanto, si è limitata a richiamare la sua precedente sentenza del 21 dicembre 2011, N.S. e a. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865), relativa all'impossibilità di procedere a qualsivoglia trasferimento di richiedenti asilo verso uno Stato membro che presenti carenze sistemiche quanto alla procedura di asilo o alle condizioni della loro accoglienza*».

Si ritiene che quest'ultima tesi sia quella più convincente, in quanto dalla lettura sistematica della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia se ne poteva dedurre che l'unica ipotesi di derogabilità dei trasferimenti Dublino fosse legata alla sussistenza di crisi sistemiche. In dottrina si è osservato che: « *la soluzione adottata dalla Corte dell'Unione nel caso C.K., H.F., A.S. c. Republika Slovenija tenta di riallineare le posizioni delle due Corti europee sancendo il divieto di rinvio non solo quando sia messa in discussione la capacità di uno Stato di garantire i diritti fondamentali della persona - sia a motivo di deficit strutturali che di violazioni isolate - e quindi la fiducia nei confronti di tale Stato, ma anche quando il mero trasferimento possa integrare un trattamento inumano e degradante a fronte della condizione particolare del richiedente asilo, senza che tale rischio discenda da una defaillance strutturale o da una violazione perpetrata nel singolo caso. Sarebbe il ricorrere di qualunque circostanza che obiettivamente metta in pericolo la persona a far scattare il divieto di trasferimento*».[668]

Da ultimo, forse un po' troppo velocemente, la Corte di giustizia affronta la compatibilità di questo nuovo orientamento giurisprudenziale con il principio di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento dichiarando che: «*detta interpretazione, infine, rispetta pienamente il principio della fiducia reciproca dal momento che, lungi dall'incidere sull'esistenza di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali in ogni Stato membro, essa garantisce che le situazioni eccezionali considerate nella presente sentenza siano debitamente prese in considerazione dagli Stati membri. Del resto, se uno Stato membro procedesse al trasferimento di un richiedente asilo in situazioni siffatte, il trattamento inumano e degradante che ne risulterebbe non sarebbe imputabile, direttamente o*

[668] V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza degli Stati dell'Unione europea nel sistema Dublino: recenti sviluppi, cit.,* p. 24.

indirettamente, alle autorità dello Stato membro competente, ma solo al primo Stato membro».[669]

Questa conclusione sembra dare conforto alle critiche che in questo lavoro si sono sollevate in ordine alla tesi della derogabilità del sistema Dublino alle mere ipotesi di crisi sistemiche, laddove si è sostenuto che il principio della fiducia reciproca non può essere invocato al fine di esonerare da responsabilità lo Stato membro dal valutare il rischio reale e individuale per il richiedente asilo di subire trattamenti inumani e degradanti a seguito del trasferimento. Inoltre, la Corte di giustizia chiarisce, finalmente, che una tale interpretazione non pregiudica la presunzione di un rispetto dei diritti fondamentali in ogni Stato membro e in questo senso non mina l'efficacia e la *ratio* del principio di fiducia reciproca. Una tale interpretazione, al contrario, valorizza la centralità del rispetto dei diritti fondamentali e conferisce al diritto di asilo europeo la veste di diritto fondamentale nella misura in cui si può affermare che: il diritto di asilo europeo mira a conferire al richiedente un trattamento rispettoso della dignità umana e che a tal fine l'Unione ha adottato un sistema di norme che ne garantiscono il rispetto attraverso misure di accoglienza e procedure comuni in tutti gli Stati membri.

Infine, anche in tale sentenza si ribadisce che l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, letto alla luce dell'articolo 4 della Carta, non può essere interpretato nel senso che obbliga tale Stato membro, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, ad applicare detta clausola[670]; tuttavia, la Corte di giustizia ha sancito che esiste in capo agli Stati un obbligo di sospendere l'esecuzione del trasferimento del richiedente nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione delle precauzioni

[669] *Ibidem*.
[670] *Ibidem*, par. 96.

che deve adottare lo Stato membro – intese quali richieste di rassicurazioni in ordine al trattamento che verrà assicurato al richiedente asilo una volta trasferito nello Stato competente – non sia sufficiente a garantire che il suo trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, ed in ogni caso la Corte pare valorizzare il ricorso alla clausola di sovranità nei casi in cui le condizioni di salute dell'interessato non fossero destinate a migliorare nel breve periodo e una sospensione di lunga durata rischierebbe di aggravare le condizioni dell'interessato.

In dottrina, l'indicazione offerta dalla Corte di giustizia in ordine alle "precauzioni" che lo Stato deve adottare prima di eseguire il trasferimento del richiedente asilo, che per le sue condizioni di salute corra il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in seguito al trasferimento, è stata accolta con ironia, si è sostenuto infatti: «*curieux continent européen, tout de même, où l'on vante et sacralise la confiance réciproque indéfectible des Etats qui le composent au point d'en faire un principe constitutionnel, tout en exigeant d'eux vigilance et force assurances, preuves et attestations multiples de leur respect d'un droit aussi élémentaire que celui de l'article 4 de la Charte … Comme si les choses n'allaient pas de soi entre Etats partageant les mêmes valeurs* …»[671] riportando la questione sullo stato di benessere del principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri. L'osservazione non è meramente provocatoria ma sintomatica di una questione di fondo: la fiducia reciproca tra gli Stati membri, pur volendo assurgere a principio costituzionale dell'Unione, non può essere considerata come un

[671] H. LABAYLE, *Escale à Canossa? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C- 578/16 PPU)*, in http://eumigrationlawblog.eu/escale-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/#more-1390

postulato dell'Unione in quanto la fiducia reciproca è qualcosa che si conquista con il tempo.[672]

La sentenza meritava un preciso esame poiché essa offre un'interpretazione del regolamento Dublino pienamente coerente con il novero dei diritti fondamentali connessi e riconosciuti dal sistema eurpeo comune di asilo. Inoltre, la Corte di giustizia sembra in tal modo superare l'aperto contrasto che si era creato con la Corte Edu in ordine all'interpretazione dei c.d. trasferimenti Dublino e della loro compatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

Infine, la sentenza in commento cerca di ristabile un equilibrio nel bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e garanzie di tenuta dell'ordinamento europeo, e in particolae dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, fondato sul principio della fiducia reciproca tra Stati membri. La soluzione della Corte di giustizia nella sentenza *C.K.*, infatti, pare coerente con la tesi secondo cui la fiducia reciproca tra Stati membri è un principio costitutivo dell'ordinamento dell'Unione fondato sul rispetto e la tutela dei diritti fondamentali della persona quali valori fondanti dell'Unione *ex* art. 2 TUE.[673]

---

[672] *Ibidem*: «*L'essentiel, pourtant, réside sans doute aussi dans le miroir qu'il nous tend, dans le reflet qu'il nous donne du délabrement de nos principes et de nos pratiques en matière d'asile. Il témoigne d'abord avec réalisme que la confiance se construit avant qu'elle ne se décrète, rompant ainsi avec les pétitions de principe politiques et jurisprudentielles, et il donne les indications indispensables à cet effet*.»

[673] Si vedano le Conclusoni dell'avvocato generale del 20 marzo 2012, causa C-42/11, caso *Da Silva Jorge*, par. 28 ove si legge:«*[non] si può pensare che gli Stati membri contribuiscano alla creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che avrebbe la conseguenza di trascurare i diritti fondamentali delle persone […]. Il principio di riconoscimento reciproco […] non può trovare applicazione automatica ma deve, al contrario, essere preso in considerazione alla luce del contesto personale e umano, della situazione individuale […]. [L]a salvaguardia dei diritti fondamentali, al primo posto dei quali è la dignità della persona […], dev'essere l'assillo del legislatore nazionale, in sede di recepimento degli atti dell'Unione, e delle autorità giudiziarie nazionali, quando si avvalgono delle prerogative che il diritto dell'Unione ha loro devoluto, ma anche della Corte […]. È in considerazione del principio superiore costituito dalla tutela della dignità*

4.2. La clausola umanitaria

La clausola umanitaria sancita all'art. 17, par. 2[674]del regolamento Dublino, differisce dalla clausola di sovranità sia per lo scopo che per la procedura di attivazione.

Per quanto concerne lo scopo bisogna osservare che questa clausola mira a consentire il ricongiungimento tra il richiedente asilo e un suo parente. Quel che merita di essere rilevato è che la norma, utilizza un'espressione di apertura riferendosi al "*ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela*". Inoltre, la clausola può essere attivata per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali. Ciò consentirebbe, in astratto, ai richiedenti asilo di richiedere l'attivazione della clausola umanitaria per permettere loro di ricongiungersi ad esempio con una comunità di propri connazionali già presente in uno degli Stati membri. In questa prospettiva la clausola umanitaria colma e riempie i vuoti lasciati nell'elencazione dei criteri di collegamento indicati in modo gerarchico agli articoli da 7 a 11 del regolamento.

Per quanto concerne la procedura deve rilevarsi che essa appare più complicata di quella prevista per l'attivazione della clausola di sovranità,

---

umana, pietra angolare della protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'Unione, che la libera circolazione delle sentenze penali dev'essere garantita, ma anche, all'occorrenza, limitata».

[674] Art. 17, par. 2 regolamento 604/2013: «*Lo Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali, anche se tale altro Stato membro non è competente ai sensi dei criteri definiti agli articoli da 8 a 11 e 16. Le persone interessate debbono esprimere il loro consenso per iscritto*».

in quanto necessita del convergere di più condizioni. La prima di queste condizioni attiene alla tempistica della richiesta di presa in carico, infatti, lo Stato competente o lo Stato che procede alla determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda deve richiedere l'adozione della clausola umanitaria prima che sia già stata presa una decisione sul merito della domanda di protezione internazionale. In secondo luogo è necessario che le persone interessate debbano esprimere il loro consenso per iscritto. Infine, la terza condizione è squisitamente procedurale e merita più di un'osservazione; segnatamente si prevede che lo Stato richiesto provvede a ogni necessaria verifica volta a sondare i motivi umanitari addotti, dopodiché deve rispondere entro due mesi, un termine questo che non comporta l'accettazione implicita; in caso di rifiuto della domanda questa deve essere motivata. Orbene appare evidente, dai criteri sottesi alle procedure di presa in carico stabilite dal regolamento stesso, che esse mirano tutte a "sanzionare" l'inerzia degli Stati operando, infatti, in esse il criterio del silenzio assenso. Nel caso delle richieste di presa in carico per motivi umanitari invece il legislatore ha deciso di operare la regola opposta del silenzio rifiuto, chiaramente a discapito dei motivi umanitari invocati dal richiedente. In ogni caso al richiedente dovrebbe essere concesso un ricorso effettivo entro i termini in ossequio all'art. 13 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In relazione alla clausola umanitaria, come per la clausola di sovranità, occorre chiedersi se da essa discenda un vero e proprio obbligo in capo allo Stato richiesto, sebbene anche tale norma sia stata inserita sotto la dicitura "clausole discrezionali". Ebbene, autorevole dottrina ritiene che da essa discenderebbe un obbligo positivo ai sensi dell'art. 8 CEDU: «*in particular, should there be a positive obligation under article 8 ECHR*

to bring together the applicant and his or her family relations, sending and accepting a request under article 17 would become mandatory».[675]

Precisamente in ordine al rapporto tra clausola umanitaria e clausola di sovranità appare opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *K.*[676] e *Halaf*: in cui si chiese ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi sulla possibilità di ricorrere alla clausola di sovranità laddove non sussistano alcune delle condizioni di applicazione della clausola umanitaria. In particolare il caso *K.* è importante per l'interpretazione della clausola umanitaria *ex* art. 15, par.2 regolamento 343/2003.[677]

La Corte di giustizia era stata chiamata dal giudice del rinvio a chiarire se tra le due clausole discrezionali esistesse un rapporto di complementarietà o di sussidiarietà. Anche in questo caso la Corte di giustizia non pare fornire soluzioni soddisfacenti, limitandosi a suggerire da un canto la piena discrezionalità della clausola di sovranità[678] e dall'altro a non riconoscere alcuna connessione tra le due clausole.

5. Il principio del mutuo riconoscimento e la sua applicazione meramente negativa ai fini della materia trattata

Tra i limiti al funzionamento del sistema Dublino non vi sono solo quelli, seppur gravissimi, derivanti dalla potenziale violazione dei diritti fondamentali dell'individuo e che quindi ostacolano il trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso un altro Paese membro.

[675] HRUSCHKA F. MAIANI, *in EU migration and asylum law*, p. 1540.
[676] Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2012, caso *K*, causa C-245/11.
[677] Come si è già osservato nel regolamento n. 343/2003 avevano una collocazione diversa e separata.

[678] Corte di giustizia, sentenza *Halaf*, par. 37.

Le cause dell'inefficacia del sistema Dublino, che in dottrina è stato definito come *moribondo*[679]se non addirittura già *sepolto in una bara*[680], sono dovute anche all'applicazione meramente negativa del principio di mutuo riconoscimento. In altri termini: mentre i provvedimenti di rigetto delle richieste di protezione internazionale trovano mutuo riconoscimento tra gli Stati membri, per cui una domanda di asilo non può essere ripresentata in un altro Stato, le decisioni positive delle domande di asilo non permettono al beneficiario di protezione di soggiornare e richiedere protezione in un altro Stato; dunque, questi individui titolari di protezione internazionale non hanno il diritto di circolare all'interno dell'Unione europea. In questo senso, lo *status* di rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria non rappresenta un titolo riconosciuto dagli altri Paesi membri ai fini della libera circolazione.

Ciò significa che lo Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo è anche lo Stato membro in cui il richiedente dovrà soggiornare in caso di accoglimento della domanda.[681]

Se si osserva la disciplina di diritto derivato in tema di protezione internazionale dello straniero, emerge che la persona che ha ottenuto lo *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria dallo Stato

[679] C. FAVILLI, *Il sistema Dublino ormai moribondo*, in Riv. Online Affari Internazionali, 14 ottobre 2015, reperibile su http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=3197

[680] S. PEERS, *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?*, 5 novembre 2014, reperibile su http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html

[681] Così C. FAVILLI in *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit:* «*il sistema europeo di asilo, combinato con le altre disposizioni UE in materia di circolazione dei cittadini di Paesi terzi, determina infatti una coincidenza tra lo Stato competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, lo Stato responsabile della protezione e lo Stato UE di soggiorno, quasi sempre lo Stato di primo arrivo*».

competente a esaminare la domanda di asilo ai sensi del regolamento Dublino è per gli altri Stati membri uno straniero *comune* che non può né vantare né reclamare un diritto di soggiorno secondo condizioni più agevoli di quelle di qualsiasi altro straniero[682]; a questa persona, infatti, si applicheranno gli artt. 19-24 dell'Accodo *Schengen* del 1990 per i soggiorni fino a 90 giorni, mentre per soggiorni superiori ai 90 giorni si applicherà il regime previsto dalla direttiva 2003/109 solo se la persona ha soggiornato per almeno cinque anni nello Stato membro di accoglienza.

Ebbene la mancanza di mutuo riconoscimento delle decisioni positive delle domande di asilo pare essere in contrasto con quanto disposto dal Trattato all'art. 78, paragrafo 2 lett. *a)* TFUE laddove è sancito che le istituzioni provvedano ad adottare misure per realizzare uno *status* uniforme in materia di asilo valido in tutta Europa. Inoltre, questo limite al riconoscimento della libera circolazione dello *status* di rifugiato incrementa il fenomeno dei movimenti secondari, poiché i richiedenti asilo per evitare di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione internazionale in uno Stato nel quale non vogliono poi rimanere per tutta la durata della protezione, si sottraggono al rilevamento delle impronte digitali o si danno alla fuga clandestina; con la conseguenza che ciò appesantisce ancora di più il sistema Dublino facendo lievitare il numero delle procedure di presa e ripresa in carico delle domande.

È la stessa Commissione europea che nel dichiarare che il sistema Dublino presenta carenze, tanto nella sua concezione quanto nella sua adozione, fa riferimento alla totale assenza di libertà di circolazione dei beneficiari della protezione e alla consequenziale coincidenza tra Paese

[682] M. DI FILIPPO, Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE, in I diritti dell'uomo, 1, Editoriale Scientifica, 2015, p. 56.

competente all'esame della domanda e Paese in cui dovrà soggiornare il richiedente asilo anche dopo il riconoscimento dello *status*, si legge infatti: « *coloro che chiedono o che hanno ottenuto protezione non hanno il diritto di scegliere in quale Stato membro stabilirsi. Se lo Stato membro in cui il richiedente asilo presenta domanda non è quello competente per l'esame della domanda stessa, il richiedente dev'essere trasferito nello Stato membro competente*».[683]Tuttavia, bisogna osservarsi che questo è l'impianto originario della vecchia Convenzione Dublino del 1990, il cui obiettivo, in un'Europa molto diversa dall'attuale, era quello di limitare il fenomeno dell'*asylum shopping* e non prevedeva ancora la creazione di un sistema europeo comune di asilo.

Il regolamento Dublino, com'è noto, deve quindi servirsi di un sistema di cooperazione e comunicazione tra gli Stati che sia capace di rendere funzionale il trasferimento dei richiedenti asilo entro l'Unione; gli Stati hanno l'obbligo di presa in carico e ripresa in carico dei richiedenti asilo,[684] in ragione di ciò è utilizzata la rete telematica *DubliNet,* istituita a norma dell'art. 18 del regolamento (CE) n. 1560/2003, e il sistema *Eurodac* di cui al regolamento 603/2013. Tuttavia, come emerge dai *report* di valutazione della Commissione europea, solo il 25% delle richieste di trasferimento accettato da uno Stato membro all'altro è stato effettivamente eseguito.[685]

---

[683] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso in Europa.,COM (2016) 197 *final* la Commissione ha confermato che solo un quarto delle domande di trasferimento va a buon fine.

[684] Art. 18 regolamento 604/2013 *cit*.

[685] Si veda Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio Relazione sulla valutazione del sistema di Dublino {SEC(2007) 742} /* COM/2007/0299, reperibile su http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0299&from=IT. Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Riformare

Con riferimento allo Stato italiano, si può osservare che per l'anno 2015 vi sono state 30.239 richieste presa e ripresa in carico da altri Paesi all'Italia e 13.690 richieste di presa in carico e ripresa in carico dall'Italia ad altri Paesi.[686] Ebbene delle 30.239 richieste 17.268 sono state accolte, 399 sono in fase istruttoria, per 2.617 sono state richieste informazioni e 9.965 sono state rifiutate.[687] Questo è solo un esempio per mostrare quanto pesi nell'applicazione del regolamento Dublino la procedura di presa in carico e ripresa in carico delle domande di asilo. Tali procedure sono disciplinate agli articoli 20, 21, 23, 24, 25 e 29 del regolamento Dublino; queste norme, oltre ad essere particolarmente complicate, sottendono tutte il medesimo principio: "punire" l'inerzia e l'inefficienza degli Stati nella procedura Dublino. Sinteticamente può dirsi che il sistema Dublino fa ricadere la competenza dell'esame della domanda di asilo in capo: 1) allo Stato che non ha comunicato tempestivamente i motivi della propria incompetenza a esaminare la domanda di asilo e che quindi non ha attivato nel termine di tre mesi la procedura di presa in carico nei confronti di un altro Stato; 2) allo Stato che entro tre mesi dalla domanda di presa in carico o ripresa in carico non ha risposto motivando il rigetto della domanda di presa o ripresa in carico; 3) in capo allo Stato che entro sei mesi non ha eseguito il trasferimento del richiedente asilo nello Stato individuato come competente .

Inoltre, a rendere più complicata la procedura deve aggiungersi, come si diceva, il tentativo di fuga e sottrazione dal sistema stesso dei richiedenti asilo, i quali al momento della notifica del provvedimento di

il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso in Europa.

[686] Si veda Ministero dell'Interno, *Richieste di competenza e trasferimenti di richiedenti protezione internazionale da e per l'Italia*, Annuario delle statistiche ufficiali del Ministero dell'Interno ed. 2016, reperibile su http://ucs.interno.gov.it/FILES/AllegatiPag/1263/IMM_INT_00058__DLC_UNITA_DUBLINO_ed_2016.pdf (ultimo accesso 18 marzo 2017).

[687] *Ibidem*.

trasferimento si rendono irreperibili. Inoltre, la volontà di sottrarsi al sistema ed eluderne i criteri è ancora più evidente al momento dell'arrivo dei richiedenti nel primo Paese in cui dovrebbero essere identificati attraverso il prelievo delle impronte digitali; spesso queste persone arrivano a raschiarsi i polpastrelli per eludere l'identificazione, oppure si danno alla fuga clandestina. Italia e Grecia sono state sottoposte al procedimento d'infrazione *ex* art. 258 TFUE per violazione del regolamento n. 603/2013 *Eurodac* nelle procedure d'identificazione, la Commissione ha già inviato una lettera amministrativa di richiesta di chiarimenti sull'applicazione del regolamento.[688]

La Commissione europea ha riconosciuto che queste carenze del sistema Dublino sono connaturate alla sua stessa concezione[689] ed ha manifestato preoccupazione dichiarando di dover porre rimedio al problema. Inoltre, si è osservato che sebbene la crisi del sistema non dipenda dall'ingente flusso dei migranti tuttavia è destinata ad acuirsi con il suo aumentare tanto da far implodere il sistema stesso, quindi la Commissione ha

[688] Commissione europea, comunicato stampa del 23 settembre 2015, *Più responsabilità nella gestione della crisi dei rifugiati: la Commissione avvia 40 procedimenti di infrazione per rendere efficiente il sistema europeo di asilo*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5699_it.htm .

[689] COM (2016) 197 *final,* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso in Europa, ove si legge: « *il sistema Dublino non è stato concepito per garantire una distribuzione sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'UE, e questa carenza è stata messa in rilievo dall'attuale crisi. Il criterio principale, nella pratica, per determinare la competenza per le domande di asilo è l'ingresso irregolare attraverso il territorio di uno Stato membro. Si è scelto di basarsi su tale criterio assumendo di dover collegare l'attribuzione della competenza di esaminare le domande di asilo al rispetto, da parte degli Stati membri, dei loro obblighi in materia di protezione delle frontiere esterne. Tuttavia, la capacità di controllare efficacemente gli afflussi irregolari alle frontiere esterne dipende in una certa misura dalla cooperazione con i paesi terzi. Inoltre, l'esperienza degli ultimi anni ha mostrato che, specialmente in situazioni di afflussi massicci lungo specifiche rotte migratorie, l'attuale sistema assegna la competenza giuridica della grande maggioranza dei richiedenti asilo a un numero limitato di Stati membri, situazione che metterebbe alla prova le capacità di qualsiasi Stato membro. Ciò spiega anche, in parte, il motivo per cui negli ultimi anni si sia registrata una crescente inosservanza delle norme dell'UE*».

ammesso che la crisi del sistema Dublino è connessa alla difficile applicazione della sua procedura; si legge, infatti, nella comunicazione della Commissione: « *tra i problemi figura la difficoltà di ottenere e definire di comune accordo elementi che dimostrano la competenza di uno Stato membro per l'esame di una domanda di asilo, da cui deriva l'aumento del numero dei rifiuti delle richieste di trasferimento di richiedenti. Anche quando gli Stati membri accettano le richieste di trasferimento, soltanto un quarto circa dei casi in questione si conclude con effettivi trasferimenti e, una volta eseguiti i trasferimenti, sono frequenti i movimenti secondari di ritorno nello Stato membro di partenza. L'efficacia del sistema è ulteriormente compromessa dalle attuali norme che prevedono un trasferimento di competenze tra gli Stati membri dopo un certo periodo. Pertanto, se un richiedente si rende irreperibile per un periodo abbastanza lungo in uno Stato membro senza essere effettivamente trasferito, tale Stato membro finisce per diventare competente per il suo caso*».[690]

Il problema dei movimenti secondari e dei tentativi di elusione della procedura Dublino potevano essere affrontati seguendo due approcci diversi: un primo, volto a realizzare una procedure che conceda maggiore rilievo alla volontà dei richiedenti asilo, in questa prospettiva andrebbero valorizzate le clausole discrezionali e andrebbero concesse forme di libera di circolazione dei beneficiari dello *status* di protezione internazionale entro l'Unione; oppure si poteva optare per una politica di rigore incentrata sul prelievo coattivo delle impronte e la previsione di sanzioni pesanti per coloro che si sottraggono ai criteri Dublino. La Commissione europea, come si analizzerà nell'ultimo capitolo, pare aver

[690] COM (2016) 197 *final,* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso in Europa.

scelto questa seconda opzione istituendo la costruzione di *hotspot* o "punti di crisi" in Italiana e Grecia. Gli *hotspot* sono dei centri d'identificazione in cui i richiedenti asili sono trattenuti al fine di espletare le procedure di identificazione e dunque di prelievo delle impronte digitali, di fatto però le procedure comunque sono lente e questi soggetti sono trattenuti a lungo in condizioni ben lontane dagli standard previsti dalla direttiva accoglienza. Inoltre, la Commissione ha presentato un pacchetto di riforme del sistema europeo d'asilo in cui sono previste forme "punitive", come la perdita del diritto all'accoglienza, per coloro che eludono il sistema Dublino.

Occorre chiedersi quali siano gli ostacoli giuridici al mutuo riconoscimento delle decisioni positive delle domande di asilo entro l'Unione e della connessa possibilità di adottare un regime di libera circolazione entro l'Unione dei beneficiari dello *status* uniforme di asilo, posto che a più voci si è invocata tale necessità.[691]

In primo luogo, bisogna osservare che il regolamento Dublino non dispone esplicitamente che lo Stato individuato come competente debba essere anche lo Stato in cui il beneficiario della protezione internazionale dovrà anche soggiornare, ma si limita a indicare il divieto di presentazione di domande multiple in caso di diniego della protezione. Nella direttiva procedura è invece disposto che chi ha avuto il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale in uno Stato membro e presenta una nuova domanda di protezione in un altro Stato

[691] Amnesty International, *Lives adrift. Refugees and migrants in peril in the central Mediterranean*, September 2014, p. 60; ECRE, *Discussion Paper. Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, November 2014; Consiglio italiano rifugiati, *Sistema Dublino inefficace e inumano. Necessario superarlo*, 26 febbraio 2015; V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition of Positive Asylum Decisions in the European Union*, May 12, 2015; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit.* p. 728.

membro andrà incontro a un provvedimento di rigetto per inammissibilità.

In dottrina[692]vi è chi ha sollevato dei dubbi circa la possibilità giuridica di consentire la libera circolazione dei beneficiari dello *status* di rifugiato e di protezione internazionale. In particolare, si è osservato che in Europa vigono due macro-regimi di circolazione delle persone: quello dei cittadini dell'Unione e quello dei cittadini di Paesi terzi. Il primo regime, al quale vorrebbero accedere anche i beneficiari di protezione internazionale imporrebbe degli ostacoli applicativi, in quanto: « *il regime dei cittadini UE non è applicabile a qualsiasi persona ma richiede il soddisfacimento di taluni requisiti, che potrebbero essere difficili da provare, specialmente per la prima fase di inserimento in uno Stato (contratto di lavoro, esercizio di attività economica indipendente, qualifica di studente titolare di risorse economiche sufficienti e di assicurazione malattia; residente elettivo titolare di risorse economiche sufficienti e di assicurazione malattia*)».[693] Ne conseguirebbe la necessità di adottare un regime *ad hoc* di libertà di soggiorno per i rifugiati più favorevole di quello previsto per i cittadini europei il che, ad avviso di chi ha sollevato queste riflessioni in dottrina, «*rischia di andare incontro ad ostacoli giuridici (assenza di un'esplicita base legale) e politici (avversione di alcuni Stati membri). La proposta di introdurre il mutuo riconoscimento delle decisioni positive non può pertanto essere disgiunta dall'indicazione di quali dovrebbero essere i requisiti per godere di un diritto di soggiorno in uno secondo Stato membro*».[694] A sostegno di questa critica a un'eventuale regime *ad hoc* di libera circolazione dei beneficiati della protezione internazionale si è fatto

[692] M. DI FILIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE, in I diritti dell'uomo*, 1, Editoriale Scientifica, 2015, p. 57.
[693] *Ibidem*.
[694] *Ibidem*.

riferimento agli ostacoli di natura giuridica e politica cui andrebbe incontro tale regime speciale: dal punto di vista giuridico si è rilevata l'assenza di una base legale poiché dal combinato disposto degli art. 79, paragrafo 2 lett. *b)* TFUE e dall'art. 45, paragrafo 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non sarebbe possibile far discendere un regime di circolazione e soggiorno per cittadini di Paesi terzi più favorevole di quello previsto dall'art. 21 TFUE e specificato meglio nella direttiva 2004/38; dal punto di vista politico appare chiaro che la proposta di adozione di un tale regime di favore per i beneficiari di protezione internazionale incontrerebbe l'opposizione di diversi Stati.[695]

Ad avviso di chi scrive, l'adozione di un regime di libera circolazione per i beneficiari di protezione internazionale certamente pone una riflessione riguardo all'eventuale coordinamento con il regime di circolazione dei cittadini europei; tuttavia si ritiene, diversamente da quanto sostenuto dalla soprarichiamata dottrina, che esiste già una base legale per l'adozione di tale regime di circolazione dei beneficiari di protezione internazionale ed essa trova collocazione nell'art. 78, paragrafo 2 *lett. a)* TFUE laddove è disposto che le istituzioni adottano le misure relative ad un sistema europeo comune di asilo che includa: a) uno *status* uniforme in materia di asilo valido in tutta l'Unione e nell'art. 79, par. 2 lett. b) TFUE laddove è disposto che l'Unione adotta misure relative alla definizione dei diritti dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli Stati membri.[696]

[695] *Ibidem*, p. 58.

[696] In questo senso C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit,* p. 732; ADINOLFI, *La circolazione tra gli Stati membri dell'Unione degli stranieri in condizione regolare,* in *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale* (a cura di CAGGIANO), Torino, 2014, p. 137 ss.

In dottrina si è rilevato che dall'adozione di un approccio più incline ad assecondare le volontà dei richiedenti asilo conseguirebbe un immediato effetto positivo sulla gestione del sistema Dublino[697], nonché l'unica soluzione percorribile al fine di rendere l'operare delle procedure Dublino in conformità con la tutela dei diritti fondamentali.[698] D'altra parte anche la Commissione europea[699], in passato, e l'EASO[700] l'ECRE[701], nel presente, hanno manifestato l'intenzione di consentire forme di libera circolazione ai beneficiari dello *status* uniforme di protezione attraverso il mutuo riconoscimento, evidenziandone i potenziali effetti positivi.

Tuttavia, com'è noto, l'unico atto normativo adottato dal legislatore europeo in tema di libera circolazione dei beneficiari dello *status* di protezione è la direttiva 2011/51/UE che ha modificato la direttiva 2001/109/CE sullo *status* di lungo soggiornanti.

Si ritiene che, considerato l'attuale clima politico in Europa, la proposta di un sistema di quasi equiparazione tra cittadino europeo e beneficiario

---

[697] Si veda in tal senso: C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, cit,* p. 728: «*il riconoscimento di una seppur limitata libertà di circolazione e soggiorno in capo ai beneficiari di protezione internazionale darebbe un quadro normativo certo e ordinato ai movimenti secondari dei beneficiari di protezione internazionale, di fatto già esistente in un area di libera circolazione delle persone, e potrebbe essere un efficace strumento preventivo e dissuasivo dei movimenti secondari dei richiedenti asilo*».

[698] *Ibidem*.

[699] Si vedano: Commissione, *Verso una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme e valido in tutta l'Unione per le persone alle quali è stato riconosciuto il diritto d'asilo*, COM(2000)755 del 22 novembre 2000, pp. 13-14; Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo COM(2007l301 del 6 giugno 2007, pp. 6-7; *Programma si Stoccolma. Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *G.U.C.E*. 2010 C 115, p. 69.

[700] Si veda *EASO Contribution to DJJHA conference on the future of Home Affairs* elaborato per la conferenza pubblica sugli sviluppi della politica europea in materia di giustizia e affari interni svoltasi a Bruxelles il 29 e 30 gennaio 2014.

[701] ECRE, *Discussion Paper. Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, November 2014.

dello *status* di protezione internazionale possa sembrare una mera provocazione utopica. Tuttavia si osserva che il perpetrare di questo limite alla libera circolazione di coloro che hanno ottenuto lo *status* di protezione indica che il principio di mutuo riconoscimento, evocato dall'Unione al fine di raggiungere i grandi obiettivi della libera circolazione prima delle merci, poi dei capitali e dei servizi, solo nell'ambito della politica europea comune di asilo è invocato e utilizzato non per favorire la libera circolazione dei destinatari di quelle norme ma al contrario per ostacolarla. In altri termini: il richiamo al mutuo riconoscimento e l'obiettivo di una politica uniforme in tema di asilo non è funzionale alla libera circolazione dei beneficiari dello *status* di protezione ma al suo impedimento. Queste considerazioni sembrano concettualmente idonee a ritenere che il sistema europeo comune di asilo sia propedeutico alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia assicurato ai soli cittadini europei, riprendendo l'infelice formulazione letterale dell'art. 3, par. 2 del TUE.

Queste conclusioni sono il precipitato di una politica europea in materia di asilo che nel tempo non è riuscita a compiere quello slancio in avanti che si auspicava, scriveva, infatti, autorevole dottrina[702]che dal punto di vista giuridico uno dei risultati più significativi cui mirava il progressivo miglioramento delle disciplina europea in tema di asilo era proprio l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni nazionali. La valorizzazione dello strumento del mutuo riconoscimento – che ad avviso di chi scrive rappresenta davvero la forza e la peculiarità dell'ordinamento dell'Unione in quanto rende tale organizzazione davvero nuova, unica, potente e affascinante – avrebbe permesso di

[702] B. NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, in ISPI workimg paper, 25 giugno 2008, p. 13, reperibile all'indirizzo web http://www.ispionline.it/it/documents/wp_25_2008.pdf

creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia non ad appannaggio esclusivo dei cittadini dell'Unione ma di tutti gli individui che vi fanno regolarmente ingresso.[703]

Si ritiene che l'Unione abbia la base giuridica, gli strumenti e le condizioni per poter realizzare una forma di libera circolazione *ad hoc* dei beneficiari di protezione internazionale: sia essa nella forma dello *status* di rifugiato o in quella di beneficiario di protezione sussidiaria. Invero, a sostegno di questa tesi basta richiamare, oltre agli artt. 78, par. 2 lett. *a)* e 79, par. 2 lett. *b)* TFUE, proprio i principi costituzionali dell'Unione, segnatamente: la fiducia reciproca tra gli Stati membri fondata sul rispetto e la condivisione di valori costituzionali comuni; gli strumenti di mutuo riconoscimento come le procedure Dublino che andrebbero valorizzate positivamente attraverso una migliore gestione della rete *DubliNet* e *Eurodac*; l'agenzia EASO per il coordinamento e il sostegno all'asilo; l'insieme delle norme di diritto derivato volte ad avvicinare sempre più le legislazioni nazionali. Tutte queste condizioni, che solo l'Unione può offrire, contengono in potenza la realizzazione di un diritto europeo di asilo nuovo e "*umano*", quindi non più relegato alla mera prerogativa nazionale.

Sebbene, infatti, in questo lavoro si siano rilevati i limiti del sistema di asilo europeo, non può non evidenziarsi che la normativa europea in tema di asilo ha certamente comportato un innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo; compiere dunque il passo in avanti verso forme di libera circolazione dei beneficiari dello

[703] *Ibidem*, si legge: «*L'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che non sia "appannaggio esclusivo" dei cittadini dell'Unione (come affermato nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere) può essere infatti realizzata solo attraverso un meccanismo europeo che preveda il riconoscimento reciproco delle decisioni nazionali in materia di asilo, che imponga cioè agli Stati l'obbligo di riconoscere le decisioni di riconoscimento dello status, quelle di revoca e di cessazione*».

status completerebbe il progetto di realizzazione del sistema europeo comune di asilo.

Inoltre, si è osservato in dottrina che: «*una procedura unica e uno status uniforme farebbero venire meno o diminuirebbero il fenomeno dell'asylum shopping, favorendo un'equa distribuzione territoriale sia dei richiedenti asilo, sia di coloro che chiedono una protezione sussidiaria, nonché un'equa ripartizione degli oneri fra gli Stati* ».[704]

Quel che ora si dovrà analizzare è se l'Unione miri a una riforma del sistema di asilo che, fondata sulla fiducia reciproca degli Stati membri, sia finalizzata a una maggiore armonizzazione delle norme il cui unico obiettivo sarebbe quello di ridurre i movimenti secondari, in tal modo l'Unione commetterebbe di fatto i medesimi errori compiuti sinora poiché i richiedenti asilo non si muovono solo verso il Paese membro capace di offrire l'asilo "migliore"; oppure se vi è in luce l'intenzione di completare il progetto di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto anche ai beneficiari della protezione internazionale e quindi non solo ad appannaggio dei cittadini europei.

[704] *Ibidem*.

CAPITOLO V

PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*: ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. La crisi migratoria del 2015 e l'avvio del progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo. – 2. La proposta di riforma del sistema Dublino. Il diritto UE riconosce o meno un diritto fondamentale della persona all'asilo: verso un'evoluzione del regime di diritto internazionale? – 3. Ricollocazione e reinsediamento: i limiti del sistema comune europeo di asilo alla prova dei fatti. La mancata responsabilizzazione degli Stati e la proposta di un meccanismo correttivo di allocazione dei richiedenti asilo. – 4. L'approccio *hotspot* e l'accordo UE-Turchia: le violazioni dei diritti della persona discendenti dall'attuale assetto para-normativo europeo. – 5. Un'evoluzione del diritto di asilo europeo sarà mai possibile? Conclusioni a margine della sentenza *X. e X. c. Belgio*, causa C-638/2016.

1. La crisi migratoria del 2015 e l'avvio del progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo

Questo lavoro di ricerca è iniziato a pochi mesi dall'adozione del pacchetto asilo del 26 giugno 2013, nel corso di questi tre anni non si è

neanche fatto in tempo a mettere a regime le norme adottate che già si è avviato un nuovo progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo. Fra i motivi che hanno indotto l'Unione a un così urgente e rapido lavoro di riforma ve ne è uno che domina tutti gli altri: la crisi migratoria scoppiata nel 2015.

Il 18 aprile 2015 nel Canale di Sicilia, oltre ai 58 morti accertati, si stima che abbiano perso la vita tra le 700-900 persone; questo tragico evento, che ha sconvolto l'opinione pubblica, è all'origine dell'avvio del processo di riforma, ancora in atto nel momento in cui si scrive, del sistema europeo comune di asilo.

Il Consiglio europeo, a pochi giorni dalla tragedia verificatasi nelle acque del mediterraneo, indiceva il 23 aprile 2015 una riunione straordinaria nel cui testo finale si legge che – oltre a prendere atto della drammatica condizione umanitaria che investe il mediterraneo – si proclamava, al fine di porne rimedio, l'intenzione di far sì che l'Unione prenda l'impegno di adoperarsi con ogni mezzo a sua e disposizione per evitare l'ulteriore perdita di vite in mare e per affrontare le cause dell'emergenza umana; quindi si proponeva l'adozione di un programma operativo suddiviso in fasi e tappe.[705] Seguiva altresì, la risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015[706] con la quale si chiedeva l'adozione dei seguenti punti: 1) l'istituzione da parte della Commissione europea di una quota vincolante per la distribuzione dei richiedenti asilo tra gli Stati membri; 2) l'uso di tutte le possibilità esistenti al fine della consegna di visti umanitari in ambasciate e uffici consolari degli Stati

[705] Riunione straordinaria del Consiglio europeo del 23 aprile 2015- dichiarazione. Reperibile al seguente link http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/.

[706] Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015, 2015/2660 (RSP). Il testo approvato è consultabile al seguente link http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1387923&t=e&l=fr

membri; 3) altresì si auspicava che il Consiglio prendesse in considerazione la possibilità di applicare la direttiva 2001 sulla protezione temporanea o l'art. 78, par. 3 TFUE, poiché entrambi questi strumenti sono idonei a offrire un meccanismo di solidarietà in caso di un improvviso afflusso di sfollati; 4) aumentare il contributo degli Stati membri ai programmi di reinsediamento; 5) la creazione di una politica di rimpatrio volontario, garantendo la protezione dei diritti di tutti i migranti e sostenendo altresì un accesso sicuro e legale per il sistema di asilo; 6) una piena, rapida ed effettiva attuazione del sistema europeo comune di asilo da parte di tutti gli Stati membri partecipanti.

In conformità a queste richieste del Consiglio europeo e del Parlamento europeo, la Commissione il 13 maggio 2015 ha adottato un'Agenda europea sulla migrazione[707]con cui si è messo in evidenza la necessità di adottare un approccio globale alla gestione della migrazione; con essa si è dato inizio a un processo di riflessione sulla necessità di intervenire con azioni immediate nonché la programmazione di azioni che nel breve e nel lungo periodo avrebbero migliorato la gestione del fenomeno migratorio. È così che inizia il progetto di riforma del sistema europeo comune di asilo ancora in atto. Pare meritevole di attenzione l'introduzione dell'agenda europea del 2015, poiché in essa si analizza in modo oggettivo, coerente e aderente alla realtà il tema della migrazione, riconoscendo che si tratta di un fenomeno connaturato alla storia dell'uomo[708]; nel documento è ben rappresentata una necessità:

[707] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 13.05.2015, COM(2015) 240 *final*, reperibile al seguente indirizzo https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf

[708] *Ibidem,* nel cui incipit iniziale si legge: «*Nella Storia l'uomo migra da sempre. L'approdo sulle rive dell'Europa è un fine che le persone perseguono per motivi diversi e per vie diverse: cercando percorsi legali ma anche rischiando la vita,*

affrontare a livello europeo e in modo efficiente, globale e olistico un fenomeno che per portata e natura non può essere gestito con misure emergenziali una *tantum*. A tal fine, la Commissione ribadisce che gli Stati da soli non possono affrontare le sfide del fenomeno migratorio e che pertanto occorre che l'Unione adotti un *corpus* essenziale di norme e una politica comune chiara e coerente, capace di ridare fiducia nella capacità dell'Unione e di far convogliare insieme gli sforzi nazionali ed europei in modo da affrontare la questione migratoria in conformità agli obblighi internazionali e nel rispetto dei doveri etici, quindi lavorare insieme in modo efficiente e nel rispetto dei principi di solidarietà e di responsabilità condivisa.[709]

L'agenda europea sulla migrazione del 2015 prevedeva quattro pilastri per gestire meglio il fenomeno migratorio[710]; in particolare, ci si concentreà sull'analisi del terzo pilastro intitolato *onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte*.

Innanzitutto deve osservarsi che la Commissione dichiara apertamente che «*una delle debolezze che accusa il sistema attuale è la mancanza di fiducia reciproca tra Stati membri, in particolare a causa della frammentazione del sistema di asilo*»[711], da ciò ne conseguirebbe l'origine e l'incrementarsi dei movimenti secondari dei richiedenti asilo i

vogliono fuggire dall'oppressione politica, dalla guerra e dalla povertà oppure ricongiungersi con i familiari, fare impresa, acquisire conoscenze, studiare. La migrazione di ciascuno è una storia a sé. Gli stereotipi tendenziosi preferiscono spesso guardare solo ai flussi di un determinato tipo, sorvolando sulla complessità intrinseca di un fenomeno che esercita molti e diversi effetti sulla società e che richiede molte e diverse risposte».

[709] *Ibidem*.

[710] Vedi *supra* cap. II.

[711] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 13.05.2015, COM(2015) 240 *final*, reperibile al seguente indirizzo https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf.

quali cercherebbero di presentare la domanda di protezione internazionale ove ritengono di avere maggiori possibilità di successo e godere di *standard* di accoglienza migliori; questo avrebbe un impatto anche sull'opinione pubblica dell'Unione incoraggiando una percezione di iniquità del sistema attuale.[712] Pertanto la Commissione con l'agenda europea del 2015 annuncia: 1) l'istituzione di un nuovo processo di monitoraggio sistematico finalizzato all'esame dell'attuazione e dell'applicazione delle norme in materia di asilo e promuove la fiducia reciproca; 2) che la Commissione in collaborazione con gli Stati membri e l'EASO programma di fornire ulteriori orientamenti per migliorare le norme sulla condizione di accoglienza e sulle procedure di asilo; 3) l'obiettivo di una maggiore uniformità delle decisioni di asilo sarà raggiunta attraverso una maggiore affermazione dell'EASO come referente per le informazioni nazionali sul paese di origine, promuovendo così un'intensificata cooperazione pratica tra gli Stati membri e l'agenzia europea. Infine, la Commissione chiarisce che l'obiettivo da raggiungere con le future azioni dell'Unione è di ridurre gli abusi nelle procedure di asilo: la Commissione, infatti, rileva che nel 2014 più della metà delle domande di asilo sono state rigettate perché infondate, constatando che le richieste di asilo presentate da cittadini di determinate nazionalità nella quasi totalità dei casi hanno avuto esito negativo, il che in altre parole significa che i flussi migratori provenienti da certe aree nulla hanno a che vedere con la protezione internazionale ma riguardano solo migranti economici. Quindi, la Commissione mira ad adottare una normativa che contenga disposizioni specifiche di lotta contro gli abusi che consentano il trattamento rapido delle domande infondate, per far ciò la Commissione auspica una collaborazione con l'EASO e con gli Stati membri al fine di elaborare orientamenti *ad hoc*.

[712] *Ibidem*

Come si vedrà è da questo nucleo di esigenze esposte dalla Commissione europea che prenderà avvio il c.d. approccio *hotspot*, il cui scopo primario dovrebbe essere quello di sostenere i Paesi in prima linea con la presenza sul territorio di agenti di collegamento di Frontex, Europol ed EASO per velocizzare le procedure d'identificazione, alla prova dei fatti però anche questa politica presenta aspetti criticabili sul piano del rispetto dei diritti fondamentali.

Inoltre, la Commissione valuta le carenze del sistema Dublino concludendo in tal modo: «*quando è stato concepito il sistema Dublino, l'Europa si trovava in una fase diversa della cooperazione nel settore dell'asilo. Gli afflussi a cui doveva far fronte erano di diversa natura e portata. Quando la* C*ommissione intraprenderà la valutazione del sistema Dublino, nel 2016, sarà anche in grado di attingere all'esperienza maturata con i meccanismi di ricollocazione e reinsediamento: questo la aiuterà a decidere se sia necessario rivedere i parametri giuridici del sistema Dublino per ottenere una più equa distribuzione dei richiedenti asilo in Europa*».[713]Ebbene, anche in questo caso dopo due anni dall'adozione dell'Agenda europea sulla migrazione e dei conseguenti strumenti di ricollocazione e reinsediamento adottati è emerso che l'ostilità di taluni Stati membri impedisce un'equa e solidale ripartizione delle responsabilità tra gli Stati.

L'agenda europea sulla migrazione del 2015 si chiude con l'annunciazione delle prospettive future, ebbene la Commissione in tema di asilo si auspica la realizzazione, come previsto dal Trattato di Lisbona, della realizzazione di uno *status* uniforme in materia di asilo valido in tutta Europa, per realizzare tale obiettivo la Commissione dichiara di avviare un dibattito sulle prossime fasi di sviluppo le quali dovrebbero

[713] *Ibidem*, p. 15.

comprendere l'adozione di un codice comune di asilo e il riconoscimento delle decisioni positive in materia di asilo; inoltre la Commissione annunciava di voler avviare una riflessione a lungo termine sull'istituzione un unico processo decisionale in materia di asilo, al fine di garantire la parità di trattamento dei richiedenti asilo in tutta Europa.

All'Agenda europea sulla migrazione del 2015, fece immediatamente seguito un primo pacchetto attuativo[714], articolato nell'adozione delle seguenti misure: una proposta tesa ad attivare, per la prima volta, l'articolo 78, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per assistere l'Italia e la Grecia ricollocando 40 000 richiedenti asilo;[715] una raccomandazione su un programma di reinsediamento per 20 000 persone provenienti da paesi extra-UE[716]; un piano d'azione contro il traffico di esseri umani[717]; le necessarie modifiche del bilancio dell'Unione per potenziare le operazioni Triton e Poseidon in mare in modo da salvare più vite umane; linee guida per il rilevamento delle impronte digitali inviando nei c.d. punti di crisi o *hotspot* dei gruppi di addetti delle agenzie EASO, *Frontex* e *Europol* che lavoreranno sul territorio per condurre con rapidità le operazioni di identificazione,

---

[714] Commissione europea- Comunicato stampa, *La Commissione europea porta avanti l'agenda sulla migrazione*, Bruxelles, 27 maggio 2015, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5039_it.htm.

[715] Proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, Bruxelles 27.05.2015, COM (2015) 286 *final,* reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491339747213&uri=CELEX:52015PC0286 .

[716] Raccomandazione (UE) 2015/914 dell'8 giugno 2015 relativa ad un programma di reinsediamento europeo, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491340151172&uri=CELEX:32015H0914 .

[717] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015 - 2020), Bruxelles 27 maggio 2015, COM(2015) 285 *final,* reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491340445109&uri=CELEX:52015DC0285 .

registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo e valutare chi ha bisogno di protezione.

Al fine di dare attuazione all'agenda europea sulla migrazione del 2015 seguirono numerosi dibattiti e nel settembre 2015 il Consiglio adottò due decisioni con le quali gli Stati membri si sono impegnati a ricollocare 160 000 persone dall'Italia e dalla Grecia entro settembre 2017[718]; l'applicazione di queste decisioni ha sofferto le ostilità di molti Stati membri, come si è infatti osservato in dottrina: « *la chiave complessiva della distribuzione proposta dalla Commissione non ha incontrato il favore dei Governi degli Stati membri. Da un lato, infatti, i Paesi nei cui confronti le regole dell'Unione in materia di asilo e immigrazione si applicano in maniera differenziata – Regno Unito, Irlanda e Danimarca – non sono interessati dalla ripartizione; dall'altro lato, Ungheria, Spagna, Finlandia, Polonia, Lettonia, Lituania, Estonia, Slovacchia e Repubblica ceca hanno manifestato la loro netta contrarietà; dall'altro lato ancora, Francia e Germania hanno chiesto di rivedere i criteri di ripartizione utilizzati e maggior rispetto delle procedure d'identificazione*».[719]

Stante il difficile confronto politico con i Capi di Stato e di Governo dei diversi Stati membri nel Consiglio europeo del 25-26 giugno 2015 si decise di avviare un piano di ricollocazione e reinsediamento per 60.000

[718] Decisione (UE) del Consiglio 2015/1523 del 14 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472641509348&uri=CELEX:32015D1523; decisione (UE) del Consiglio 2015/1601 del 22 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472640753120&uri=CELEX:32015D1601#ntr2-L_2015248IT.01008001-E0002 .

[719] P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in Diritto dell'Unione europea, settembre 2015, p. 5.

persone con evidente bisogno di protezione internazionale; ciò dovrebbe quanto meno indurre a più di una riflessione sulla definizione di *evidente bisogno di protezione internazionale.*

La Commissione si è impegnata in un periodico monitoraggio sullo stato di applicazione degli strumenti di ricollocazione e reinsediamento, dal quale però ne è emersa la scarsa efficacia in termini attuativi.[720]

Il 10 febbraio 2016 la Commissione ha adottato pareri motivati nei confronti di Stati membri in nove casi d'infrazione relativi al mancato recepimento di direttive che fanno parte del sistema europeo comune di asilo.[721]

Dopo le conclusione del Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016[722] e considerata la risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016[723], la Commissione europea ha presentato un progetto globale di riforma del

---

[720] Da ultimo si veda la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Decima relazione sulla ricollocazione e il reinsediamento, Bruxelles, 2.03.2017, COM(2017) 202 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1490816908932&uri=CELEX:52017DC0202 dalla quale è emerso che: « *Benché il ritmo delle ricollocazioni sia aumentato progressivamente e dal 28 febbraio siano state ricollocate 13 546 persone (9 610 dalla Grecia e 3 936 dall'Italia), questo numero rappresenta meno del 14% dell'obbligo giuridico assegnato finora dal Consiglio (106 000 per l'Italia e la Grecia). Al ritmo attuale, il numero totale di persone ricollocate sarà di gran lunga inferiore agli obblighi previsti per settembre 2017*».

[721] Commissione europea - Comunicato stampa, Sistema europeo comune di asilo: la Commissione porta avanti 9 procedimenti di infrazione, Bruxelles, 10 febbraio 2016.

[722] Consiglio europeo, Conclusioni 18-19 febbraio 2016, Bruxelles, EUCO 1/16, reperibile all'indirizzo http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/it/pdf .

[723] Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (2015/2095(INI)), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0102&language=IT&ring=A8-2016-0066 .

sistema europeo comune di asilo[724] il cui obiettivo generale è: « *passare da un sistema che, per come è stato concepito o per la scorretta attuazione, attribuisce una responsabilità sproporzionata ad alcuni Stati membri e incoraggia flussi migratori incontrollati e irregolari, a un sistema più equo che offra percorsi ordinati e sicuri verso l'UE ai cittadini di paesi terzi bisognosi di protezione o in grado di contribuire allo sviluppo economico dell'Unione. L'UE ha bisogno di un sistema solido ed efficace in grado di garantire in futuro una gestione sostenibile della migrazione, che sia giusta tanto nei confronti delle società di accoglienza e dei cittadini dell'Unione, quanto nei confronti dei cittadini di paesi terzi e dei paesi di origine e di transito. Per funzionare, questo sistema dev'essere di ampia portata e deve basarsi sui principi di responsabilità e solidarietà».*[725] Di talché si potrebbe dire che, almeno nelle intenzioni, l'attuale riforma del sistema di asilo sembra ispirata al perseguimento di principi di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra Stati; tuttavia, deve osservarsi criticamente che non vi è nessun riferimento al principio del mutuo riconoscimento e al bisogno di un suo ripensamento in senso positivo inteso quale riconoscimento delle decisioni positive di riconoscimento della protezione internazionale cui sarebbe possibile riconoscere una forma di libera circolazione dei beneficiari della protezione; al contrario, la Commissione progetta di adottare norme che ostacolano la possibilità di ottenere lo *status* di soggiornanti di lungo periodo ai beneficiari di protezione internazionale che hanno violato l'obbligo di residenza nel solo Paese che ha riconosciuto lo status di protezione internazionale.

[724] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, Bruxelles 6.04.2016 COM(2016) 197 *final,* reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472547817841&uri=CELEX:52016DC0197 .

[725] *Ibidem*.

In particolare, nel programma adottato dalla Commissione nell'aprile 2016 si prende atto dell'incapacità del sistema europeo comune di asilo di far fronte al sempre crescente flusso di migranti, ciò dipenderebbe dalle carenze nella concezione e nell'attuazione del sistema europeo comune di asilo e in particolare delle disposizioni del sistema Dublino. L'origine dell'inefficacia del sistema Dublino andrebbe ricondotta alla sua concezione originaria, la quale non mirava a garantire una distribuzione sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'UE. In particolare, la Commissione europea costata tutti quei problemi strutturali insiti nel regolamento Dublino che in questo lavoro si è in precedenza già esposto.[726]

Tra le carenze del sistema europeo comune di asilo, la Commissione individua anche la persistente differenza di trattamento dei richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro, in particolare per quanto concerne l'applicazione della normativa di diritto derivato: direttiva "procedure", direttiva "accoglienza", direttiva "qualifiche". L'assenza di uniformità nell'adozione di questa disciplina, dovuta anche alle numerose disposizioni a carattere meramente facoltativo, fa si che in alcuni Stati membri la durata della procedura sia eccessivamente lunga oppure gli standard di accoglienza non adeguati; anche con riferimento alla direttiva "qualifiche" la mancanza di uniformità genera disparità poiché il tasso di

[726] Si legge nella Comunicazione della Commissione COM(2016) 197 *final* : « *Tra i problemi figura la difficoltà di ottenere e definire di comune accordo elementi che dimostrano la competenza di uno Stato membro per l'esame di una domanda di asilo, da cui deriva l'aumento del numero dei rifiuti delle richieste di trasferimento di richiedenti. Anche quando gli Stati membri accettano le richieste di trasferimento, soltanto un quarto circa dei casi in questione si conclude con effettivi trasferimenti e, una volta eseguiti i trasferimenti, sono frequenti i movimenti secondari di ritorno nello Stato membro di partenza. L'efficacia del sistema è ulteriormente compromessa dalle attuali norme che prevedono un trasferimento di competenze tra gli Stati membri dopo un certo periodo. Pertanto, se un richiedente si rende irreperibile per un periodo abbastanza lungo in uno Stato membro senza essere effettivamente trasferito, tale Stato membro finisce per diventare competente per il suo caso*».

riconoscimento varia, talvolta in misura notevole, tra gli Stati membri, mancando tra l'altro anche un'adeguata convergenza riguardo alla decisione di accordare lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria ai richiedenti proveniente da determinati Paesi di origine, ciò ha incoraggiato i movimenti secondari così come li ha incoraggiati le differenze in termini di durata dei permessi di soggiorno e di accesso all'assistenza sociale e al ricongiungimento familiare.

Valutate le carenze strutturali del sistema europeo comune di asilo la Commissione fissa cinque priorità che intende perseguire con la riforma: *a)* stabilire un sistema sostenibile ed equo di determinazione dello Stato membro competente per i richiedenti asilo; *b)* rafforzare il sistema Eurodac; *c)* ottenere una maggiore convergenza nel sistema di asilo dell'UE; *d)* prevenire i movimenti secondari all'interno dell'UE; *e)* un nuovo mandato per l'agenzia UE per l'asilo.

Queste priorità sono rappresentative di obiettivi fondamentali per la realizzazione di quello che la Commissione chiama un *migliore*, *equo* e *umano* sistema di asilo poiché, in astratto, esse muovono dall'esigenza di elevare i principi di solidarietà tra Stati, intesa come condivisione delle responsabilità tra gli Stati membri ad opera dell'applicazione di equi criteri di distribuzione dei richiedenti asilo. Le priorità elencate sono altresì finalizzate a rafforzare e armonizzare le norme del sistema europeo comune di asilo, in modo da garantire una maggiore parità di trattamento entro l'Unione.

Quel che sin da subito balza agli occhi dell'approccio utilizzato dalla Commissione è la peculiarità della sua natura ambivalente: da un canto lo scopo perseguito e dichiarato è quello di valorizzare l'armonizzazione della disciplina e l'applicazione dei principi di solidarietà tra Stati, così da realizzare un asilo più *umano*; dall'altro canto, però, s'inizia a definire

una politica sempre più decisa e pronta all'adozione di strumenti deterrenti e sanzionatori finalizzati a scongiurare i movimenti secondari, il che pare contrastare con l'idea di un asilo *più umano*.[727]

La Commissione ha quindi presentato un primo pacchetto di proposte il 4 maggio 2016[728]intese a: 1) riformare il sistema Dublino attraverso una proposta di refusione del regolamento (UE) 604/2013[729]; 2) rafforzare il sistema Eurodac[730], 3) istituire un'agenzia europea per l'asilo attraverso la trasformazione dell'Ufficio europeo di sostegno all'asilo in una vera e propria agenzia dell'Unione europea per l'asilo avente un mandato rafforzato e più ampie funzioni per contrastare le carenze strutturali che dovessero emergere nell'applicazione del sistema europeo comune di asilo.

---

[727] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, Bruxelles 6.04.2016 COM(2016) 197 *final,* reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472547817841&uri=CELEX:52016DC0197 ove si legge: «*la Commissione inserirà misure procedurali rafforzate nelle sue proposte relative ai nuovi regolamenti procedure e qualifiche e nella direttiva accoglienza, per scoraggiare e sanzionare gli spostamenti irregolari verso altri Stati membri*».

[728] Commissione europea, Comunicato stampa, Verso un sistema europeo comune di asilo equo e sostenibile, Bruxelles 4 maggio 2016, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_it.htm.

[729] 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), Bruxelles 4 maggio 2016, COM (2016) 270 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0270(01)&from=IT .

[730] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 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 paese terzo o da un apolide, per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione), Bruxelles 4.05.2016, COM(2016) 272 *final,* reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-272-IT-F1-1.PDF .

Il 13 luglio 2016 la Commissione europea ha presentato il secondo pacchetto di proposte[731]finalizzato a completare il programma di riforma del sistema europeo comune di asilo, lo scopo dichiarato è quello di progredire in una politica in materia di asilo pienamente efficace, equa e umana, che sia adatta tanto ai periodi di pressione migratoria normale quanto a quelli di forte pressione migratoria.

Con questo secondo pacchetto di proposte la Commissione intende: 1) sostituire la direttiva "procedure" con un regolamento che stabilisca una procedura UE comune e pienamente armonizzata per la protezione internazionale[732]; 2) sostituire la direttiva "qualifiche" con un nuovo regolamento[733] al fine di armonizzare gli standard e i diritti in materia di protezione e porre fine ai movimenti secondari e alla caccia all'asilo più vantaggioso; 3) riformare la direttiva sulle condizioni di accoglienza[734] per fare in modo che i richiedenti asilo possano beneficiare di standard di accoglienza armonizzati e dignitosi in tutta l'UE, contribuendo così a prevenire i movimenti secondari.

[731] Commissione europea- Comunicato stampa, Completare la riforma del sistema europeo comune di asilo: verso una politica in materia di asilo efficace, equa e umana, Bruxelles 13 luglio 2016.

[732] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE , Bruxelles 13.07.2016, COM (2016) 467 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491504714731&uri=CELEX:52016PC0467 .

[733] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, reperibile all'indirizzo, Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 466 *final* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491558063855&uri=CELEX:52016PC0466.

[734] Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 465 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491558467388&uri=CELEX:52016PC0465

Sempre il 13 luglio 2016 la Commissione ha proposto un c.d. quadro dell'UE in materia di reinsediamento che modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento e del Consiglio[735], questa proposta mira istituire una politica comune europea in materia di reinsediamento intesa a garantire alle persone che necessitano di protezione internazionale canali organizzati e sicuri di accesso in Europa.[736] La proposta di reinsediamento, in astratto, ha il fine di assicurare vie di legali di accesso sicuro in Europa affinché coloro che ne hanno bisogno ricevano protezione, in tal modo la Commissione intende combattere l'immigrazione irregolare e proteggere i migranti dal rischio di sfruttamento da parte delle reti di trafficanti.[737] Questa proposta

[735] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 468, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1473095221512&uri=CELEX:52016PC0468.

[736] Commissione europea- Comunicato stampa, Potenziare i canali legali: la Commissione propone di creare un quadro comune dell'UE in materia di reinsediamento, Bruxelles 13 luglio 2016, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_it.htm

[737] *Ibidem*, ove si leggono le dichiarazioni del primo Vicepresidente Frans Timmermans il quale ha dichiarato che: «*Dobbiamo intensificare i nostri sforzi comuni volti ad assicurare protezione internazionale e ciò significa reinsediare i rifugiati in Europa con modalità sicure e organizzate. Finora i meccanismi ad hoc hanno prodotto alcuni risultati, ma con le nuove procedure proposte oggi potremo collaborare con i governi nazionali fin dalle prime fasi per potenziare i nostri sforzi, creare sinergie ed essere più incisivi. Gli Stati membri decideranno quante persone hanno bisogno di essere reinsediate ogni anno e riceveranno sostegno finanziario dal bilancio dell'UE per attuare le loro decisioni. In tal modo l'Unione potrà onorare concretamente la sua responsabilità collettiva di dare prova di solidarietà nei confronti dei paesi terzi e di aiutarli a far fronte a un gran numero di persone in fuga da guerre e persecuzioni* » e del Commissario europeo per la Migrazione Dimitris Avrampoulos il quale ha dichiarato che: « *la proposta di oggi costituisce un enorme progresso del nostro impegno volto ad offrire vie legali di accesso sicuro in UE perché coloro che ne hanno bisogno possano ricevere protezione. Essa è parte integrante di un più ampio obiettivo: garantire protezione a chi ne ha bisogno, disincentivare la migrazione irregolare e proteggere i migranti dal rischio di sfruttamento da parte delle reti di trafficanti e da viaggi pericolosi per raggiungere l'Europa. Con l'istituzione di un quadro permanente e pratiche armonizzate possiamo garantire procedure più rapide, aumentando così progressivamente i nostri impegni comuni a favore del reinsediamento. Parallelamente agli sforzi per chiudere le vie di accesso irregolari, l'UE apre in questo modo una vera e propria*

manifesta il tentativo della Commissione di cercare di avviare una politica di controllo degli accessi legali in Europa attraverso il *nobile* strumento del reinsediamento e della cooperazione tra Stati, tuttavia bisogna osservare che essa è inserita in un contesto di attuazione del quadro di partenariato per la cooperazione con i principali Paesi terzi di origine e di transito[738] in cui va inserita anche la dichiarazione UE-Turchia[739]la cui natura giuridica, come si vedrà, crea non pochi interrogativi; inoltre, vi è chi ritiene che la proposta di reinsediamento della Commissione sia proprio un prodotto dell'accordo UE-Turchia.[740]

Com'è evidente, la Commissione ha lavorato alacremente per la presentazione di un nuovo programma di riforma del sistema d'asilo europeo. Di questo doppio pacchetto di proposte presentato bisogna osservare che se da un canto la scelta di sostituire le direttive "procedure" e "qualifiche" con dei regolamenti induce a pensare all'inizio di una nuova fase di piena armonizzazione della disciplina europea, in quanto gli Stati membri avranno un ridotto margine di discrezionalità nella loro implementazione, dall'altro, proprio per tale motivo, alcune norme che la Commissione propone meritano di essere

finestra legale».

[738] Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 7.07.2016, COM(2016) 385, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491641295561&uri=CELEX:52016DC0385 .

[739] Dichiarazione UE- Turchia del 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/.

[740] ECRE, European Commission new package of reforms of the Common European Asylum System, 15 luglio 2016 ove si legge: « *the resettlement proposal denies the possibility for resettlement for refugees that attempted to reach the EU irregularly in the past 5 years, thereby severely restricting the access to asylum. The GUE/NGL political group in the European Parliament stated that the proposal has distorted the concept of resettlement, arguing that it draws on the EU-Turkey deal*» reperibile all'indirizzo http://www.ecre.org/european-commission-new-package-of-reforms-of-the-common-european-asylum-system/.

valutate con maggiore ponderazione. In particolare, per quanto riguarda la proposta del regolamento procedure, si segnala che appare senz'altro positiva l'introduzione norme rafforzate a salvaguardia dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo laddove la Commissione ha proposto che gli Stati procedano alla nomina di un tutore entro cinque giorni dalla richiesta di protezione; altrettanto positiva appare la proposta di garantire l'assistenza legale gratuita in prima e seconda istanza della domanda di asilo, sebbene la Commissione escluda l'applicazione di questo regime di assistenza legale gratuita a coloro che hanno presentato una domanda di asilo il cui accoglimento sia da considerare poco probabile.

Della proposta di un regolamento "procedure" appare criticabile l'inserimento dell'obbligo per gli Stati membri di applicare i concetti di "*paese terzo sicuro", "paese di primo asilo" e "paese di origine sicuro"*, già l'ECRE in passato aveva richiamato e criticato l'uso di queste formule dal carattere presuntivo[741], da ultimo anche il Parlamento europeo con la risoluzione del 5 aprile 2017 ha osservato che: « *le definizioni di paesi sicuri e di paesi di origine sicuri non dovrebbero impedire l'esame individuale delle domande di asilo; invita a raccogliere informazioni specializzate, dettagliate e aggiornate regolarmente sui diritti delle persone, in particolare donne, bambini, persone con disabilità e LGBTI, nei paesi di origine dei richiedenti asilo, inclusi i paesi che sono considerati sicuri*».[742]

---

[741] ECRE, *European Commission new package of reforms of the Common European Asylum System*, 15 luglio 2016, reperibile all'indirizzo http://www.ecre.org/european-commission-new-package-of-reforms-of-the-common-european-asylum-system/, questo articolo è stato tradotto anche da Melting Pot Europa a cura di Adriana Tidona ed è reperibile all'indirizzo http://www.meltingpot.org/Il-nuovo-pacchetto-di-riforme-del-sistema-europeo-comune-di.html#.WOdhWCOLTZs .

[742] Parlamento europeo risoluzione del 5 aprile 2017 su come far fronte ai movimenti di rifugiati e migranti: ruolo dell'azione esterna dell'Unione europea

Anche la proposta del regolamento "qualifiche" merita qualche osservazione critica, appare, infatti, che l'obiettivo sia quello di sanzionare i rifugiati che si siano spostati in altri Paesi dell'Unione europea; nella proposta è stata inserita una norma che prevede che il termine di decorrenza utile ai rifugiati al fine di ottenere lo *status* di lungo soggiornante decorra nuovamente dall'inizio laddove il rifugiato soggiorni irregolarmente in uno Stato diverso da quello che gli ha riconosciuto il diritto alla protezione internazionale.[743] La Commissione dunque con una tale proposta intenda ostacolare l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale, ne consegue che è da escludersi nel breve periodo il riconoscimento di una qualche nuova forma di libera circolazione dei rifugiati.

Nello stesso senso sembra andare anche la proposta di refusione della direttiva accoglienza laddove tra le novità troviamo disposizioni concepite *ad hoc* per limitare i movimenti secondari; in particolare la Commissione propone di inserire nuove ipotesi di detenzione dei richiedenti asilo e la previsione di sanzioni, come la perdita del diritto

(2015/2342(INI)), punto. 28., reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0124+0+DOC+PDF+V0//IT .

[743] Si veda in dottrina G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza,* in SIDIBlog, 3 ottobre 2016, reperibile all'indirizzo http://www.sidiblog.org/2016/10/03/prime-riflessioni-sulle-proposte-di-riforma-del-sistema-europeo-comune-dasilo-in-materia-di-qualifiche-procedure-e-accoglienza/, laddove si rileva che:« *La proposta impone agli Stati-membri l'obbligo di sottoporre lo status di rifugiato e di beneficiario della protezione sussidiaria a condizione risolutiva in caso di cessazione delle circostanze esistenti al momento del riconoscimento. Al riguardo, la facoltà di rivedere lo status di protezione, caduta in obsolescenza nella prassi di molti Stati membri, si trasforma in un vero e proprio obbligo di revisione al momento del rinnovo dei permessi, prima che si consolidi tramite l'acquisto dello status di lungo-soggiornante. La proposta obbliga le autorità nazionali a revocare, cessare o rifiutare il rinnovo dello status di protezione internazionale quando ne siano cessati i motivi o siano applicabili ex novo dei motivi di esclusione (articoli 14 (1) e 20 (1)), in occasione del rinnovo del permesso di soggiorno previsto per i rifugiati e per i beneficiari di protezione sussidiaria (due i rinnovi previsti (articoli 15 (1) (a) e 21 (1) (b))*».

all'accoglienza, per coloro che lasciano il centro di accoglienza del Paese ritenuto competente all'esame della loro domanda di asilo ai sensi del regolamento Dublino.

A una prima lettura le proposte della Commissione del luglio 2016 sono criticabili perché eccessivamente restrittive e limitative, ne consegue che non solo da parte della Commissione non vi è alcuna intenzione di superare il limite dell'applicazione meramente negativa del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni positive di asilo ma ancor peggio si prospettano misure punitive e limitative della libera circolazione dei richiedenti asilo.

Ad avviso di chi scrive si ritiene che l'Unione europea si trovi innanzi ad una sfida importante, infatti, dal momento che è stata avviata l'iniziativa legislativa di riforma del sistema di asilo europeo – considerate le proposte della Commissione di sostituire due direttive fondamentali come "procedure" e "qualifiche" con dei regolamenti – l'Unione avrebbe l'occasione realizzare un'armonizzazione completa in tema di asilo così da rimediare alla non omogeneità sul piano delle politiche, della normativa e delle prassi applicative nazionali oggi esistente tra gli Stati. La maggiore armonizzazione andrebbe realizzata al fine di innalzare il livello di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, offrendo loro la possibilità di godere pienamente del diritto alla dignità umana, ciò darebbe coerenza all'asserito obiettivo di realizzare un diritto di asilo europeo più umano e sicuro.

2. La proposta di riforma del sistema Dublino. Il diritto UE riconosce o meno un diritto fondamentale della persona all'asilo: verso un'evoluzione del regime di diritto internazionale?

Precipua attenzione merita la proposta di riforma del sistema Dublino, poiché questo strumento rimane il più importante e allo stesso tempo il più inefficiente del sistema europeo comune di asilo. La Commissione sembra confermare la presa di coscienza di questa inadeguatezza dello strumento Dublino, di fatti riportandosi agli ultimi studi sulla valutazione del sistema ne ammette le disfunzioni.

Il regolamento Dublino è stato definito un colosso inefficiente se solo si guarda al numero di trasferimenti che riesce a realizzare effettivamente e sull'esiguo numero di Paesi membri sui quali ricade la responsabilità delle domande di asilo: sei paesi su ventotto. Questo indica che le carenze del sistema sono legate da un canto all'applicazione dei sui criteri di determinazione dello stato membro responsabile e dall'altro dalla totale assenza di applicazione del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità. È un fatto notorio che l'attuale sistema Dublino, nonostante l'indicazione di criteri gerarchici di determinazione della competenza dello Stato responsabile alla domanda di asilo, nella sostanza conduce all'applicazione del criterio in base al quale è lo Stato membro di primo ingresso a essere designato come competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. Questi difetti, in quanto strutturali al sistema Dublino, sono sempre stati motivo della sua inadeguatezza, si rileva pertanto che ciò che li ha resi più evidenti e intollerabili sono state le crisi migratorie legate alla situazione libica e siriana, di talché se ne è imposta una radicale riforma.

Il Parlamento europeo con la risoluzione del 12 aprile 2016[744]osserva che il regolamento Dublino ha mostrato le carenze che si sono qui richiamate

[744] Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (2015/2095(INI)) reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0102&language=IT&ring=A8-2016-0066 .

riguardo all'assenza di solidarietà ed equità nella ripartizione delle responsabilità dello Stato membro competente ad esaminare la domanda, rilevando che il sistema Dublino non tiene sufficientemente conto della particolare pressione migratoria a cui sono sottoposti gli Stati membri situati ai confini esterni dell'Unione. Il Parlamento europeo invita la Commissione a proporre soluzioni capaci di rendere effettivo il principio di solidarietà tra gli Stati membri, valorizzando il principio di fiducia reciproca quale presupposto per una migliore collaborazione solidale tra Stati interessati e tra Stati membri e migranti interessati. Nella risoluzione del Parlamento europeo inoltre si raccomanda che i criteri su cui si basano le due decisioni di ricollocazione siano incorporati nel nuovo regolamento Dublino, operando però un riesame del concetto di *richiedenti con evidente bisogno di protezione internazionale* dal momento che i migrati e i rifugiati che non rientrano in tale categoria dovranno comunque essere gestiti dallo Stato membro di primo arrivo. Il Parlamento europeo si sofferma molto sull'importanza della valorizzazione del principio di solidarietà quale strumento necessario per il corretto e migliore funzionamento del sistema europeo comune di asilo. Infine, il Parlamento europeo fa presente che una possibile opzione per migliorare il regolamento Dublino consisterebbe nell'istituire una raccolta centralizzata delle domande a livello di Unione e nell'istituire un sistema centrale per l'attribuzione della competenza per tutti coloro che richiedono asilo in Europa. Questa proposta ad avviso di chi scrive è molto interessante e andrebbe valorizzata e seguita poiché manifesta chiaramente l'idea di un diritto di asilo europeo, il che offrirebbe ai migranti la consapevolezza di accedere a un sistema di protezione internazionale offerta dall'Unione, vista come un tutto unico, e non offerta da un singolo Stato membro e ciò dovrebbe ridurre i movimenti secondari. Il Parlamento suggerisce che tale sistema potrebbe prevedere

determinate soglie per Stato membro relative al numero degli arrivi, il che potrebbe probabilmente contribuire a disincentivare i movimenti secondari, poiché tutti gli Stati membri parteciperebbero pienamente al sistema centralizzato e non avrebbero più una competenza individuale per l'assegnazione dei richiedenti ad altri Stati membri; inoltre il Parlamento ritiene che tale sistema potrebbe funzionare in conformità a un certo numero di punti di crisi ("*hotspot*"), dai quali dovrebbe aver luogo la distribuzione nell'Unione; quindi rileva che qualunque nuovo sistema per la determinazione della competenza dovrà tener conto dei concetti chiave di unità familiare e d'interesse superiore del minore.[745]

Infine, nella risoluzione del Parlamento europeo dell'aprile 2016 vi è un passaggio che, sebbene stringato, merita di essere richiamato poiché ribadisce una questione che in questo lavoro si è cercato di evidenziare con riguardo al tema del mutuo riconoscimento, si legge nella risoluzione: « […] *attualmente gli Stati membri riconoscono le decisioni in materia di asilo adottate da altri Stati membri solo quando sono negative; ribadisce che il riconoscimento reciproco da parte degli Stati membri delle decisioni positive in materia di asilo costituisce un passo logico verso la corretta attuazione dell'articolo 78, paragrafo 2, lettera a) TFUE, il quale prevede "uno status uniforme in materia di asilo (...) valido in tutta l'Unione*"».[746] Ad avviso di chi scrive, la riforma del sistema europeo comune di asilo deve passare da questa rivoluzione copernicana, dal punto di vista giuridico non vi sono ostacoli poiché già le norme del Trattato di Lisbona e i principi generali che governano l'ordinamento europeo lo permetterebbero: armonizzazione della normativa in tema di asilo, fiducia reciproca tra gli Stati membri, mutuo riconoscimento, solidarietà ed equa ripartizione tra Stati membri

[745] *Ibidem*, punti 33-38.
[746] *Ibidem*, punto 39.

sarebbero il corollario di un asilo europeo riconosciuto, offerto e garantito dall'Unione intesa come organizzazione unica e centrale capace di realizzare – entro lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia – un sistema europeo comune di asilo.

Il Parlamento europeo, già con la relazione Keller del settembre 2015[747] aveva ribadito la necessità di riformare il sistema di asilo tenendo conto il più possibile le preferenze espresse e i legami esistenti dei richiedenti asilo in altri Paesi membri, ad avviso del Parlamento europeo questo sarebbe l'unico modo per evitare seriamente i movimenti secondari. Questa posizione è qui condivisa e sostenuta, i richiedenti asilo infatti non si spostano da un Paese membro all'altro solo perché attirati da una normativa nazionale in materia di asilo più vantaggiosa, queste persone fuggono al sistema Dublino perché, pur avendo il diritto di ricongiungersi con dei familiari ai sensi del regolamento, rimangono ingabbiati dal sistema Dublino e devono attendere un tempo eccessivamente lungo (fino a due anni in alcuni casi) prima di essere trasferiti.[748]

---

[747] Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 settembre 2016 sulla proposta di decisione del Consiglio che modifica la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia (COM(2016)0171 – C8-0133/2016 – 2016/0089(NLE)) (Consultazione), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0354&language=IT&ring=A8-2016-0236 .

[748] Si veda il rapporto di valutazione della Commissione europea sul sistema Dublino del marzo 2016, Evaluation of the implementation of the Dublin III, 18 marzo 2016, ove si riportano le valutazioni delle ONG e degli operatori legali si legge: «'*There is insufficient capacity to perform family tracing and it is therefore not (systematically) performed in practice' (NGOs in EL and MT).'Family tracing takes too long and is often not successful, this creates secondary movement as applicants will travel on to be with their family members' (NGO in AT). 'The procedure takes too long' (lawyer/legal representative in DE). 'Nothing is hardly ever found and thus tracing is usually unsuccessful' (NGO in BE and HR). 'The definition of family members is too strict, which leads to the inability to find family members' (NGOs in BE and IT*).», il rapporto è reperibile all'indirizzo 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.

Ebbene, la Commissione europea ha presentato una proposta di riforma del regolamento Dublino[749]che non segue per nulla le indicazioni del Parlamento europeo, ma che anzi strizza l'occhio alle richieste di taluni Stati membri che hanno mostrato di non voler cooperare alle misure di ricollocazione avviate con l'Agenda europea; la proposta della Commissione merita pertanto di essere con attenzione analizzata al fine di coglierne le criticità.

Poiché nel momento in cui si scrive è appena iniziato il tavolo di negoziati in Parlamento, qui di seguito si analizzerà in parallelo la proposta di riforma della Commissione e il primo progetto di relazione sulla riforma del Parlamento europeo presentato dalla relatrice Cecilia Wikström.[750]

L'obiettivo della Commissione è quello di migliorare la capacità di determinare lo Stato membro competente all'esame della domanda di asilo attraverso la previsione di regole agili, in tal modo la Commissione ritiene che saranno gestiti in maniera più efficiente le situazioni di crisi legate ai flussi massicci di migranti. La proposta della Commissione si

pdf.

[749] 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), Bruxelles 4.05.2016, COM(2016) 270 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0270(01)&from=IT.

[750] Parlamento europeo, Commissione LIBE, Progetto di 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) (rifusione) (rifusione) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)), Relatore: Cecilia Wikström, 24.02.2017, 2016/0133(COD), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-599.751+02+DOC+PDF+V0//IT&language=IT.

caratterizza per essere incentrata su due novità precise fondate da un canto sulla necessità di adottare meccanismi di solidarietà tra Stati membri e dall'altro dall'introduzione di obblighi e sanzioni in capo ai richiedenti asilo al fine di evitare un abuso del sistema di asilo offerto dall'Unione e scoraggiare i movimenti secondari.

Il primo scopo è quindi quello di garantire un alto livello di solidarietà e un'equa ripartizione delle responsabilità tra Stati. A questo fine, come si vedrà meglio, la Commissione ha previsto un sistema di ripartizione delle domande per mezzo di un meccanismo correttivo di ricollocazione basato su una chiave di distribuzione e un meccanismo sanzionatorio di natura finanziaria per gli Stati che si sottraggono alla redistribuzione.

Il secondo obiettivo invece è, come si è detto, quello di scoraggiare i movimenti secondari ed è perseguito dalla Commissione attraverso la previsione a carico dei richiedenti asilo di una serie di obblighi e relative sanzioni in caso di violazione per limitarne gli spostamenti.

Quanto alla gerarchia dei criteri di determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di asilo, la proposta della Commissione non pare modificare la struttura gerarchica già esistente, né tanto meno sono state introdotte misure per alleviare il peso che grava sui Paesi di primo ingresso; al contrario com'è stato osservato dai primi commentatori[751] il criterio del Paese di primo ingresso è rafforzato dalla previsione esplicita, agli art. 4 e 15 della proposta, dell'obbligo del richiedente di formalizzare nello Stato di primo ingresso la sua domanda di asilo, pena l'irrilevanza giuridica delle informazioni presentate in ritardo, la violazione di tale obbligo è sanzionata dalla previsione dell'esame della domanda di asilo secondo la procedura accelerata.

[751] P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino iv?* in Eurojus, 7.09.2016, p. 4.

Una delle novità della proposta della Commissione è proprio quella di aver introdotto una fase preliminare alla procedura Dublino, come se il sistema Dublino non creasse già abbastanza problemi quale "procedura nella procedura" di asilo. A tal fine la Commissione introdurrebbe un nuovo art. 3, comma 3 nel quale si prospetta l'obbligo di una procedura di valutazione anticipata delle domande di protezione internazionale, ciò prevede che sarà onerato a eseguire tale obbligo il primo Stato membro in cui è stata presentata la domanda, verosimilmente quindi dal primo Paese d'ingresso.

Lo Stato membro di primo ingresso dovrebbe quindi esaminare se la domanda di protezione internazionale sia inammissibile ai sensi dell'art. 33, paragrafo 2 lette c della direttiva 2013/32/UE, richiamando quindi le nozioni di primo Paese di asilo o Paese terzo sicuro per il richiedente. In altri termini, in via preliminare lo Stato membro di primo ingresso dovrebbe valutare se il richiedente è giunto in Europa passando prima da un Paese di primo asilo o da un Paese terzo sicuro, in tal caso potrà dichiarare la domanda inammissibile.

Già questa prima disposizione è fortemente criticabile stante l'ambiguità delle nozioni di "paese sicuro" rimessa nella sostanza alla discrezionalità degli Stati membri, ciò ha determinato nella prassi disparità perché alcune nazionalità di richiedenti asilo ottengono lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria solo in determinati Stati membri e non in altri. Inoltre, il nuovo art. 3, comma 3 lett. *b)* proposto dalla Commissione prevede che il primo Stato membro in cui è stata presentata la domanda esamini la domanda con procedura accelerata ai sensi dell'art. 31, par. 8 della direttiva 2013/32/UE quando: il richiedente è cittadino di un paese terzo o un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in un paese terzo, designato quale Paese di origine sicuro nell'elenco comune

dell'UE di paesi di origine sicuri stabilito con regolamento [proposta COM (2015) 452 del 9 settembre 2015], oppure quando il richiedente può, per gravi ragioni, essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro, ovvero è stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale. Fatta questa valutazione preliminare della domanda di asilo, lo Stato membro che giudica la domanda inammissibile o che la esamina con procedura accelerata è considerato Stato membro competente, ed è altresì competente per l'esame di ogni ulteriore dichiarazione o domanda reiterata di tale richiedente, conformemente agli articoli 40, 41 e 42 della direttiva 2013/32/UE, a prescindere dal fatto che il richiedente abbia lasciato il territorio degli Stati membri o ne sia stato allontanato.

Ebbene, ad avviso di chi scrive quest'approccio della Commissione europea va fortemente criticato per due ordini di ragioni: il primo attiene al sacrificio richiesto ai Paesi di primo accesso i quali avranno il compito, prima di procedere all'adozione dei criteri Dublino, di anticipare la valutazione della domanda aumentando così il carico di lavoro in capo a questi Paesi di frontiere, in altri termini basta leggere in combinato disposto questa proposta della Commissione con la politica degli *hotspot* per comprendere che il tentativo è quello di fare dei Paesi di primo arrivo, Grecia e Italia in particolare, degli enormi centri *hotsost* di smistamento dei richiedenti asilo; in secondo luogo, la procedura anticipata e la procedura accelerata non sembrano rispettose dei diritti dei richiedenti asilo in ordine ai loro diritto di difesa, infatti, questi avrebbero tempi strettissimi per proporre ricorso avverso alla procedura anticipata o accelerate adottata nei loro confronti; inoltre, in ordine alla procedura anticipata ci si chiede se tale decisione non attenga più al

merito della domanda, e in tal caso se non debba prevedere l'ascolto del richiedente innanzi alla Commissione territoriale o sia sufficiente il mero colloquio personale operato dalle autorità nazionali seppur con l'ausilio di agenti di collegamento Frontex e EASO.

L'introduzione di queste due procedure pre-Dublino, ad avviso di chi scrive può produrre due possibili fenomeni: l'ingolfamento dei sistemi giudiziari dei Paesi di primo accesso, i quali dovranno gestire un ingente numero di ricorsi avverso i provvedimenti di inammissibilità, il che non darebbe comunque scampo allo Stato di primo accesso poiché la norma proposta prevede che le successive domande di asilo vedrebbero come competente ai sensi del regolamento lo Stato che ha provveduto alla procedura anticipata o accelerata. Infatti, in ogni caso: la decisione d'inammissibilità o quella relativa alla necessità di avvisare la procedura accelerata comportano l'attribuzione della responsabilità allo Stato in cui il richiedente ha presentato la domanda di asilo; il secondo scenario possibile è una valutazione sommaria delle domande di asilo con l'evidente e preoccupante rischio di violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, si pensi, infatti, all'accordo UE-Turchia che ha permesso alla Grecia di rinviare rapidamente in Turchia i migranti che avevano attraversato la Turchia, asserito Paese sicuro.

Sull'introduzione di questa norma Cecilia Wikström nel suo progetto di Relazione sulla proposta di riforma del regolamento Dublino, presentato il 24 febbraio 2017, non solo ne ha proposto la soppressione ma nella motivazione ha spiegato che « *l'introduzione di tali controlli prima dei "criteri di Dublino" comporterebbe un significativo onere supplementare per gli Stati membri in prima linea, il che*

disincentiverebbe tali Stati dal registrare correttamente i richiedenti, incoraggiando così i movimenti secondari».[752]

La proposta della Commissione europea persegue una politica restrittiva e particolarmente dura nei confronti dei richiedenti asilo, l'obiettivo è limitare i movimenti secondari e i c.d. *abusi del diritto di asilo*, dunque si propone di inserire due nuovi articoli il 4 e il 5 dedicati rispettivamente il primo agli obblighi del richiedente e il secondo alle conseguenze del mancato rispetto di detti obblighi. Queste norme intendono inserire misure deterrenti e punitive nei confronti dei richiedenti asilo che cercano di sottrarsi ai criteri Dublino, in particolare colpisce l'art. 5, comma 3 laddove si legge che:« *durante le procedure previste dal presente regolamento il richiedente non ha diritto alle condizioni di accoglienza di cui agli articoli da 14 a 19 della direttiva 2013/33/UE, ad eccezione dell'assistenza sanitaria di urgenza, in Stati membri diversi da quello in cui deve essere presente*».[753] La perdita del diritto all'accoglienza, ad avviso di chi scrive, appare una misura oltremodo sproporzionata nonché iniqua e inumana, se solo si considera che questo atteggiamento di chiusura della politica europea di asilo

[752] Parlamento europeo, Commissione LIBE, Progetto di 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) (rifusione) (rifusione) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)), Relatore: Cecilia Wikström, 24.02.2017, 2016/0133(COD), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-599.751+02+DOC+PDF+V0//IT&language=IT.

[753] Art. 5, comma 3 della proposta della Commissione 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), Bruxelles 4.05.2016, COM(2016) 270 *final*.

spingerà i richiedenti ancor di più a sottrarsi alle maglie di Dublino; l'attuale elusione al sistema Dublino condanna i richiedenti asilo alla fuga clandestina e a creare campi profughi spontanei in cui le condizioni di vita sono ovviamente inumane e degradanti.[754]

Per quanto riguarda gli obblighi imposti dall'art. 4 della proposta, appare criticabile la previsione posta al comma 2 secondo cui il richiedente asilo sarebbe obbligato a trasmettere il prima possibile, al più tardi in occasione del c.d. colloquio Dublino, ogni elemento e informazione pertinente per la determinazione dello Stato membro competente; ebbene la Commissione pone un obbligo in capo al richiedente che difficilmente questo potrà assolvere; infatti, è altamente improbabile che un richiedente asilo, appena giunto nel Paese di primo accesso, abbia già a disposizione documenti idonei a provare l'esistenza di un parente in un altro Stato membro. La raccolta di queste informazioni necessita tempo per cui si ritiene che la Commissione avrebbe dovuto prevedere un termine più ampio o comunque la possibilità d'integrazioni successive al primo colloquio Dublino.

A proposito dell'introduzione delle disposizioni relative agli obblighi e alle sanzioni introdotte dalla Commissione, in particolare con riferimento alla disposizione di cui all'art. 5, Cecilia Wikström ne ha proposto la soppressione spiegando che il rispetto dei diritti fondamentali impedirebbe l'applicazione di una tale sanzione.[755] Deve osservarsi che

[754] Si pensi alla c.d. giungla di Calais.

[755] Progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit,* si legge: «*Your rapporteur agrees on the need to remove the incentives for secondary movements but proposes to tackle the underlying reasons that applicants move. The commission has clarified in recital 22 that the withholding of reception conditions must be in conformity with the requirements of the charter of fundamental rights, which in practice implies that hardly any reception conditions currently offered could legally be withheld. Several Member States as well as NGOs have also pointed out that imposing far reaching limits to the access to basic needs would be unconstitutional in a number of Member States. Your rapporteur is of the view that applicants that abscond from the Member*

la proposta della Commissione europea laddove prevede come sanzione la perdita delle condizioni di accoglienza in conseguenza alla violazione degli obblighi imposti al richiedente asilo è contraria ai principi fondamentali tutelati dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; è altresì in contrasto con la stessa interpretazione della direttiva "accoglienza", così come elaborata dalla Corte di giustizia,[756] secondo cui le misure di accoglienza possono essere rifiutate, ridotte o revocate da uno Stato soltanto in determinate circostanze tra cui non compare l'ipotesi di chi si sposta dal centro accoglienza.[757]

Gli articoli 6 e 7 sul diritto d'informazione e al colloquio personale specificano ancor meglio le intenzioni della Commissione e la sua volontà di ribadire le nuove misure punitive introdotte con la proposta di modifica di Dublino. Sul diritto all'informazione del richiedente asilo, appaiono senz'altro meritevoli di attenzione gli emendamenti presentati

State that is responsible for their application should be promptly returned to the responsible Member State. The process to return the applicants should however be dignified and respect the fundamental rights of applicants», p. 32.

[756] Vedi Corte di giustizia Ue, sentenza del 27 settembre 2012, caso Cimade e Gisti, C.179/11.

[757] Bisogna osservare però che la direttiva "accoglienza" ha lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri: ad esempio l'Italia ha approvato il 18 agosto 2015 il D.lgs n. 142 (recante attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale) in cui all'art. 23 disciplina i casi di revoca dell'accoglienza che ha posto diversi problemi interpretativi, si vedano a proposito la nutrita giurisprudenza amministrativa sul tema: TAR Liguria, sentenza del 13 ottobre 2016 ricorso n. 00701/2016 REG.RIC; TAR Campania, sentenza del 27 gennaio 2016, ricorso n. 04032/2015 REG.RIC; TAR Sicilia, sentenza del 9 giugno 2016, ricorso n. 00974/2016 REG.RIC.; TAR Abruzzo sezione distaccata di Pescara, sentenza del 15 luglio 2016, ricorso n. 00233/2016 REG.RIC.; TAR Lazio, sentenza del 15 giugno 2015, ricorso n. 13898/2014 REG.RIC.; TAR Lazio, sentenza del 16 aprile 2015, ricorso n. 11747/14 REG.RIC; TAR Lombardia, sentenza del 2 aprile 2014, ricorso n. 01491/12 REG. RIC.; TAR Puglia, sez. distaccata di Lecce, sentenza del 17 gennaio 2014, ricorso n. 01135/2012 REG.RIC.; TAR Piemonte, sentenza del 14 ottobre 2015, ricorso n. 01011/2015 REG.RIC.; TAR Veneto, sentenza del 4 dicembre 2015, ricorso n. 01582/2015 REG.RIC.; TAR Veneto sez. Unite, sentenza del 5 agosto 2015, ricorso n. N. 01008/2015 REG.RIC.; TAR Veneto, sentenza del 7 ottobre 2015, ricorso n. N. 01331/2015 REG.RIC.

nel progetto di relazione del Parlamento europeo in quanto individuano ad esempio norme specifiche a tutela del diritto all'informazione del minore non accompagnato, il quale andrebbe affidato a un tutore nel più breve tempo possibile da quando manifesta la volontà di presentare la domanda.

Sempre allo scopo di velocizzare la procedura Dublino, la Commissione ha proposto una riduzione dei termini delle varie fasi procedurali che concernono la richiesta di presa in carico e i tempi di risposta, la notifica di presa in carico e la decisione di trasferimento. In particolare la Commissione ha semplificato la procedura di ripresa in carico sostituendo la richiesta di ripresa in carico con una semplice notifica della stessa da parte dello Stato d'invio, eliminando la fase di risposta dello Stato di destinazione.

La Commissione introduce, altresì, un termine eccessivamente breve per consentire il ricorso avverso le decisioni di trasferimento: il richiedente dovrà proporre ricorso entro il termine di giorni sette e l'autorità giudiziaria dovrebbe pronunciarsi nel termine di giorni quindici nel merito del ricorso. Questa proposta è criticabile per due diverse ragioni: la prima relativa alla violazione del diritto del richiedente a un ricorso effettivo,[758]infatti, si dubita che un tempo così ristretto sia sufficiente a garantire tale diritto; d'altro canto l'indicazione di giorni quindi per la pronuncia nel merito da parte dell'autorità giudiziaria appare del tutto irrealistica, infatti, questo termine così ristretto non è sufficiente a permettere un controllo giurisdizionale effettivo.

Su questo punto la relatrice Cecilia Wikström ha osservato che «*al fine di garantire l'efficacia del ricorso, è fondamentale che la persona*

[758] Sul diritto ad un ricorso effettivo si veda la sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011, caso *Samba Diouf*, C-69/10.

disponga di un termine sufficiente per avvalersi del diritto di ricorso. Un termine di sette giorni è veramente troppo breve. È opportuno garantire che il richiedente disponga di almeno 15 giorni per esercitare il diritto di ricorso per assicurare che il sistema offra le opportune salvaguardie, ma gli Stati membri dovrebbero essere liberi di fissare un termine più lungo se lo desiderano».[759]

La Commissione, inoltre, intende limitare la possibilità di ricorso avverso i provvedimenti di trasferimento alle sole ipotesi in cui il richiedente rischi di subire trattamenti inumani e degradanti, o per violazione dei criteri collegati alla minore età del richiedente e all'esistenza di legami familiari, o per violazione delle clausole sulle persone a carico. Anche questa parte della proposta della Commissione è fortemente criticabile perché contraria alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto al ricorso effettivo[760]; non a caso la relatrice Cecilia Wikström ha proposto la soppressione di questa norma con la seguente motivazione:« *il relatore non ritiene sia possibile limitare il diritto di ricorso a taluni aspetti della Carta senza incorrere immediatamente in problemi rispetto al diritto a un ricorso effettivo, quale sancito all'articolo 47 della Carta*».[761]

Meritevole di condivisione appare la proposta della Commissione laddove prevede all'art. 28, par. 5 che gli Stati membri debbano assicurare la possibilità di un ricorso nel caso in cui non si proceda a un trasferimento ove un richiedente dichiari che un familiare o, per un

[759] Motivazione dell'emendamento n. 87, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit*., p. 67.
[760] Corte di giustizia Ue, sentenza del 7 giugno 2016, caso *Ghezelbash,* C- 63/15, par. 61, in cui è stato sancito che:«*un richiedente asilo può invocare, nell'ambito di un ricorso proposto avverso una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti, l'errata applicazione di un criterio di competenza*».
[761] Motivazione all'emendamento n. 84, progetto di relazione Cecilia Wikström cit., p. 67.

minore non accompagnato, un parente è presente legalmente in uno Stato membro diverso da quello che ne esamina la domanda di protezione internazionale, e ritenga pertanto che l'altro Stato membro sia competente per l'esame della domanda. Si osserva però, in condivisione con la motivazione all'emendamento n. 85 proposto dal progetto di relazione del Parlamento europeo che « *sarebbe tuttavia opportuno, non ultimo alla luce della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa Ghezelbash, ampliare la portata di questo diritto a tutti i casi in cui vi è la percezione di un'applicazione scorretta dei criteri di Dublino*».[762]

Un aspetto molto critico della proposta della Commissione riguarda la disciplina dei minori stranieri non accompagnati che non hanno alcun familiare o parente presente nell'Unione. Ebbene, la Commissione con la sua proposta pare regredire sul piano della tutela dei diritti di questa categoria di vulnerabili. Invero, con la presente proposta la Commissione di fatto ritira la precedente proposta del 2014 COM(2014) 382 *final* in cui si recepiva la giurisprudenza della corte di giustizia caso *Ma* del 6 giugno 2013.[763] La Corte di giustizia aveva stabilito che alla luce del superiore interesse del minore, così come sancito dall'art. 24, paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si impone di non prolungare inutilmente la procedura di determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda e quindi bisogna assicurare al minore un rapido accesso alle procedure, prevedendo che è competente ai fini dell'esame della domanda di protezione internazionale del minore non accompagnato che non ha familiari presenti nell'Unione europea lo Stato in cui si trova il minore. La Commissione, al contrario, con la

[762] Motivazione all'emendamento n. 85, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit.,* p. 68.
[763] Vedi *supra* cap. III.

proposta in esame introduce il criterio secondo il quale lo Stato competente a esaminare le domande dei minori non accompagnati senza familiari o parenti negli Stati membri in quello dove è presentata la prima domanda, dovrebbe coincidere con quello di primo ingresso (art. 10, n. 5 e 8, n. 4), salvo che non sia dimostrato che ciò non è nel migliore interesse del minore, imponendo in tal modo che il minore non accompagnato, e che si sia spostato in uno Stato diverso, sia trasferito nel Paese di primo accesso. Al riguardo sembra interessante osservare il progetto di emendamento presentato dal Parlamento europeo, ove Celia Wikström ha proposto di modificare l'art. 10 della proposta della Commissione nel seguente modo: *« in mancanza di un familiare o di un parente di cui ai paragrafi 2 e 3, lo Stato membro competente viene determinato dallo Stato membro in cui il richiedente è presente secondo la procedura di cui all'articolo 15, paragrafo 1, o 1bis, salvo se si determini che ciò non è nell'interesse superiore del minore. Prima di tale determinazione, il richiedente è autorizzato ad avvalersi delle procedure di cui all'articolo 19»*.[764] La spiegazione di questo emendamento è davvero significativa, in quanto richiama al senso di responsabilità e solidarietà tra gli Stati membri, riconoscendo che la scelta di determinare come competente all'esame della domanda lo Stato in cui si trova il minore non accompagnato non solo renderebbe la

[764] Progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit.,* p. 50-51.

procedura certa ma anche rapida[765]; in questo senso si intende richiamare in particolare la clausola di sovranità prevista all'art. 19.

La Commissione propone una modifica anche delle clausole discrezionali e lo fa circoscrivendo talmente tanto le suddette clausole da incidere quasi sulla loro natura. In particolare l'art. 19, che andrebbe a sostituire l'attuale art. 17, prevedrebbe che in deroga all'art. 3, par. 1 e, aggiunge la Commissione *soltanto se nessuno Stato membro è stato determinato come competente,* uno Stato membro può decidere di esaminare la domanda di protezione internazionale soltanto se *basata su motivi familiari relativi a membri della famiglia allargata non contemplati nell'art. 2 lett. g)* anche se tale esame non gli compete ai sensi del regolamento Dublino. Ebbene, la novità introdotta dalla Commissione, ad avviso di chi scrive, merita di essere fortemente criticata: essa mostra bene un punto cruciale in tema di determinazione del Paese competente a esaminare la domanda di asilo; il altri termini la Commissione invece di recepire le indicazioni del Parlamento europeo che chiedevano l'introduzione di criteri tesi a valorizzare le procedure di

[765] *Ibidem*, ove si legge: «*In cases where the responsible Member State cannot be determined through criteria of family reunification there is a need for a system that would ensure that the applicant is given quick access to the asylum procedure and a stable environment where his or her rights can be fully respected. It is also important to ensure that unaccompanied minors are not incentivised to "go under the radar" but receive appropriate care from the authorities. Furthermore it is crucial to establish a fair sharing of the responsibilities between Member States also when it comes to unaccompanied minors. Your rapporteur suggests a system where the Member State where the child is present would make the determination. If the child has entered this Member State directly from a third country the Member State becomes responsible (unless under collective allocation, where the rules in chapter VII apply). If the child has entered the Member State by passing through other Member States without registering it will be almost impossible to ascertain which was the Member State of first entry and responsibility should instead be determined randomly among the remaining Member States. This proposal effectively breaks the link between the registration of an unaccompanied minor and this Member State becoming responsible for the minor which will remove the main reason both for applicants to engage in secondary movements and for Member States not to register applicants. At the same time it provides a speedy method for determining a responsible Member State ensuring quick access to the asylum procedure*».

ricongiungimento familiare e i legami con le famiglie allargate o le comunità di connazionali[766], prende atto di queste necessità dei richiedenti asilo ma le subordina alla mera scelta discrezionale degli Stati membri.

Questo aspetto della proposta della Commissione è stato criticato anche dal progetto di Relazione del Parlamento europeo, nel quale all'emendamento n. 64 non solo ha suggerito di sopprimere i limiti che la Commissione ha proposto, ma nella spiegazione all'emendamento sostiene che:« *la clausola discrezionale, pur essendo utilizzata solo da pochi Stati membri, ha fornito uno strumento flessibile e progressivo per garantire un adeguato esame dei motivi umanitari nei singoli casi ed è stato quindi uno strumento apprezzato sia tra gli Stati membri che tra le ONG che lavorano con i richiedenti asilo. Il vostro relatore desidera quindi favorire l'utilizzo della procedura, piuttosto che limitarlo. Le modifiche di cui all'articolo 19 ripristinano le formulazioni dell'attuale regolamento Dublino III*».[767]

Alcun accenno nella proposta della Commissione a una riforma dell'art. 3, paragrafo 2 o della clausola di sovranità in ordine ad un' applicazione più conforme alla giurisprudenza della Corte Edu, tuttavia come si è già analizzato la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *C.K. e altri c. Slovenia* ha chiarito che una lettura dell'art. 3, par. 2 del regolamento Dublino conforme all'art. 4 della Carta di Nizza e all'art. 3 della CEDU, nonché alla giurisprudenza della sua Corte, impone agli Stati di non trasferire i richiedenti asilo ove questo, a causa della sua condizione personale e di salute, corra un rischio di trattamento inumano

[766] Si veda: la Relazione Keller 15 settembre 2015 *cit*. e Risoluzione del PE del 12 aprile 2016 *cit.*
[767] Progetto di relazione Cecilia Wikström, p. 54.

e degradante a prescindere dalla sussistenza di crisi sistemiche nel Paese in cui il richiedente andrebbe trasferito.

In questo senso sembra anche andare il Parlamento europeo, di fatti nel progetto di relazione presentato da Cecilia Wikström[768]è proposto all'art. 3, paragrafo 2 il seguente emendamento: « *Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che il richiedente sarebbe esposto a un rischio effettivo di grave violazione dei suoi diritti fondamentali, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente, a condizione che ciò non prolunghi la procedura per un periodo di tempo irragionevol*e».[769] Nella motivazione di tale emendamento Cecilia Wikström indica la necessità di eliminare il riferimento alle *carenze sistemiche* in quanto tale definizione « *ha portato a decisioni divergenti da parte di diversi tribunali nazionali, malgrado gli orientamenti forniti della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Tarakhel c. Svizzera*»,[770] pertanto l'emendamento proposto all'art. 3, paragrafo 2 è finalizzato ad assicurare chiarezza giuridica e l'applicazione uniforme del principio

[768] Parlamento europeo, Commissione LIBE, Progetto di 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) (rifusione) (rifusione) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)), Relatore: Cecilia Wikström, 24.02.2017, 2016/0133(COD), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-599.751+02+DOC+PDF+V0//IT&language=IT.

[769] *Ibidem*, p. 26.
[770] *Ibidem*.

secondo il quale le persone non dovrebbero essere trasferite se sono esposte a un rischio effettivo di gravi maltrattamenti ai sensi dell'articolo 3 della CEDU (articolo 4 della Carta).[771]

Infine, in ordine alle clausole di sovranità e umanitaria, così come proposte dalla Commissione, si ritiene che non andrebbero inserite fra le clausole discrezionali ma andrebbero considerate come criteri autonomi di determinazione dello Stato membro competente rimesse alla scelta volontaria del richiedente asilo. D'altra parte si è convinti che permettere ad un richiedente asilo di presentare la domanda laddove vi è la presenza di parenti o di una rete di propri connazionali possa essere la soluzione migliore per attuare in modo efficiente, sicuro e controllato il sistema di asilo, in quanto i richiedenti avrebbero maggiore possibilità d'integrazione e non tenterebbero di darsi alla fuga. In questo stesso senso pare esprimersi il Parlamento europeo, di fatti nel progetto di relazione di Cecilia Wikström s'inserisce un emendamento all'art. 6 della proposta finalizzato a rendere più chiara la procedura del colloquio e dell'ascolto del richiedente il cui scopo dovrebbe essere quello di rintracciare nel più breve tempo possibile la presenza di parenti e familiari nell'Unione al fine di incentivare altresì l'uso della clausola discrezionale, si legge infatti nel progetto di relazione: « *la procedura di cui all'articolo 19 consentirebbe a un richiedente di chiedere l'applicazione della clausola discrezionale in un determinato Stato membro quando tale richiedente è presente nel primo Stato membro di presentazione della domanda. Si tratta di una misura per scoraggiare i movimenti secondari nonché offrire un certo livello di intervento per il singolo richiedente asilo. L'inclusione in questo punto implicherebbe*

[771] *Ibidem.*

*che le autorità dovranno fornire informazioni circa l'esistenza di questa procedura e le modalità relativ*e».[772]

Il progetto di relazione del Parlamento europeo proposto da Cecilia Wikström su questo tema è rivoluzionario in ordine all'applicazione della clausola di sovranità in quanto ne comprende il potenziale profondo: scoraggiare i movimenti secondari.

Per la prima volta la clausola discrezionale è concepita come uno strumento nella disponibilità del richiedente asilo, infatti, all'emendamento n. 66 il relatore propone di inserire un nuovo art. 19 comma 3 *bis* dal seguente tenore: «*un richiedente protezione internazionale può chiedere allo Stato membro in cui è stata presentata la domanda di applicare il paragrafo 1. Tale richiesta deve essere scritta e debitamente motivata*»,[773]nella motivazione è spiegato che s'intende permettere al richiedente asilo di chiedere allo Stato membro in cui ha presentato la domanda di avvalersi del diritto di utilizzare la clausola discrezionale di cui all'art. 19, par. 1. Lo Stato membro potrebbe quindi decidere se esercitare i propri diritti in virtù della clausola discrezionale o meno. La novità proposta dalla relatrice Cecilia Wikstöm sta nell'offrire un modo ai richiedenti asilo per avanzare formalmente l'istanza di attivazione della clausola di sovranità.

Interessante appare anche il dibattito sulla clausola umanitaria, infatti, mentre la Commissione non apporta alcuna modifica rispetto al regolamento Dublino III, la relatrice Wikström al contrario propone un approccio diverso dell'applicazione della clausola umanitaria, di fatti nell'emendamento n. 67 fa riferimento al ricongiungimento tra persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in

[772] *Ibidem*, p. 35.
[773] *Ibidem,* p. 55.

particolare su legami familiari, culturali o sociali o su competenze linguistiche che ne faciliterebbero l'integrazione nello Stato membro.[774]

Gli emendamenti proposti dalla relatrice del Parlamento dimostrano che s'intenda promuovere e valorizzare le clausole discrezionali, le quali pur essendo state utilizzate pochissimo dagli Stati membri[775], costituiscono uno strumento adeguato ai bisogni umanitari del singolo richiedente

[774] Emendamento n. 67 progetto di Relazione Cecilia Wikström: «*Lo Stato membro nel quale è presentata la domanda di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su legami familiari, culturali o sociali o su competenze linguistiche che ne faciliterebbero l'integrazione nell'altro Stato membro, anche se tale altro Stato membro non è competente ai sensi dei criteri definiti agli articoli da 8 a 13 e 18. Le persone interessate debbono esprimere il loro consenso per iscritto».*

[775] Si veda il rapporto di valutazione della Commissione europea sul sistema Dublino del marzo 2016, Evaluation of the implementation of the Dublin III, 18 marzo 2016, ove in riferimento all'uso pratico della clausola di sovranità si legge: « *As with the dependency clause, Member States reported Article 17(1) is rarely used. Bulgaria, Slovenia, Norway and Croatia did indicate the clause is used with regard to applicants travelling through Greece, and the United Kingdom reported using it on occasion. Danish authorities suggested they use it in cases related to family unity that fall outside Articles 9–11. (It should be noted, however, that indications given here are of use in first instance decisions. Use by judicial authorities on appeal may follow a different pattern.) Use of the clause may have increased, however, in 2015. Finnish authorities suggested they used the clause 'quite often' in 2015. Authorities in Hungary, for example, explained that they had received just 51 notifications from Member States that Article 17(1) had been applied in 2014, while by the end of September of 2015, authorities had received about 800 notifications, mostly from Germany. Irish authorities stated they applied it frequently to cases that had travelled through Greece (although it is unclear whether they meant cases separate from those already covered under Article 3(2)). Separately, Maltese authorities also revealed that authorities may choose to take on a case under Article 17(1) if they deem the normally responsible Member State would take too long in responding to a request. Swedish authorities also indicated that their use of the clause began to rise last year. Most Member States did not have reliable statistics readily available on the use of Article 17(1), and a few Member States even indicated they do not keep*

asilo; non a caso questo strumento è molto incentivato dalle ONG e dagli operatori legali che lavorano sul campo con i richiedenti asilo. Per queste ragioni la relatrice intende promuove una procedura *ad hoc* per favorire l'utilizzo di queste clausole discrezionali. In vero nel progetto di relazione non solo si propone di estendere il campo di applicazione delle clausole discrezionali ma s'introduce un *iter* procedurale per la loro attivazione.[776] In particolare, la relatrice spiega che il richiedente deve essere in grado di avvalersi del diritto di chiedere l'applicazione delle clausole discrezionali in qualsiasi Stato membro e da qualsiasi Stato membro. Le ragioni di una tale proposta, rivoluzionaria, si fondano sull'idea che quest'approccio sia l'unico davvero capace di ridurre i tentativi di fuga verso lo Stato *desiderato*; di fatti, consentire di avviare una procedura che tenga conto delle volontà del richiedente dovrebbe indurre quest'ultimo a collaborare con lo Stato di primo ingresso. Ad avviso della relatrice del Parlamento europeo, quest'approccio faciliterebbe anche il meccanismo di ricollocazione correttiva poiché si creerebbe una sorta di strumento di adattamento flessibile tra i richiedenti e gli Stati membri. Pare evidente, che dovendo favorire i criteri di ricollocazione correttiva ed equa ripartizione, il sistema troverebbe maggiore efficacia e collaborazione da parte dei richiedenti se si tenesse in debito conto dei possibili legali parentali, culturali e linguistici dei richiedenti asilo con un determinato Stato membro, piuttosto che pervenire a ricollocazioni casuali. L'approccio proposto favorirebbe la promozione di misure d'integrazione e la riduzione dei movimenti secondari.

---

this data at all (DE, NL, RO, SE). Czech Republic authorities stated they use this Article in fewer than 10 cases a year, and Estonian authorities explained they had yet to apply Article 17(1) at all», p. 35.

[776] Si vedano gli emendamenti 68-69 e 70 del progetto di relazione di Cecilia Wikström, *cit*., p. 57-58.

Orbene, si ritiene che l'Unione europea si trovi innanzi alla possibilità di una svolta importante, l'occasione non andrebbe sprecata ancora una volta; il superamento del regolamento Dublino è necessario per la piena realizzazione di un diritto europeo di asilo davvero più umano. Si è, infatti, convinti che la normativa europea in tema di asilo abbia costituito senza dubbio una piena progressione in tema di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, di fatti l'insieme di norme che compongono il sistema di asilo europeo conducono alla realizzazione di un diritto fondamentale all'asilo che ha trovato piena e migliore realizzazione nell'ordinamento dell'Unione europea.

Si è convinti che una riflessione sulle clausole discrezionali conduca a una corretta definizione del diritto di asilo europeo. In altri termini il diritto di asilo europeo dovrebbe assicurare: una procedura uniforme, rapida e certa per il riconoscimento dello *status* di rifugiato; una definizione uniforme di asilo europeo nelle forme o del riconoscimento dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria; il riconoscimento di uno *status* valido in tutta Europa andrebbe associato il diritto di libera circolazione entro l'Unione; condizioni di accoglienza dignitose; la determinazione certa e rapida dello Stato membro che tale diritto deve garantire. Le clausole discrezionali chiariscono ed esplicitano l'opportunità di indicare come Stato competente alla domanda di asilo lo Stato che meglio può garantire un diritto di asilo pienamente rispettoso dei diritti della persona di ogni singolo richiedente asilo.

Inoltre, si osserva che alla base della valorizzazione delle clausole discrezionali vi sono anche ragioni di opportunità logica: prima fa tutte la collaborazione e una ritrovata fiducia tra richiedenti asilo e Stati membri, infatti, si ritiene che un tale approccio sia idoneo a

disincentivare i movimenti secondari, il che equivarrebbe a un maggiore controllo dei richiedenti asilo; inoltre, la tesi sostenuta da taluni Paesi secondo la quale l'utilizzo delle clausole discrezionali minerebbero il sistema Dublino quale espressione di strumento di fiducia reciproca tra Stati non è meritevole di essere seguita, si ritiene, infatti, che l'applicazione delle clausole discrezionali sia al contrario espressione di fiducia tra Stati membri e solidarietà. Questi principi tra l'altro andrebbero invocati e valorizzati per la realizzazione di un diritto di asilo più rispettoso dei diritti della persona. In tema di asilo, gli Stati membri dovrebbero cominciare a invocare i principi fondanti l'ordinamento dell'Unione in modo propositivo, così da generare comportamenti virtuosi.

Infine, si ritiene che dallo studio della clausola di sovranità nella sua formulazione *ex* art. 3, par. 2 del regolamento Dublino III possa, alla luce delle riflessioni e dello studio condotto nel presente lavoro, condurre a questa interpretazione: lo Stato membro è obbligato a garantire la protezione internazionale laddove il richiedente asilo se trasferito in altro Stato corra il rischio reale di subire trattamenti inumani e degradanti, a prescindere dal fatto che tale rischio sia conseguenza di una crisi sistemica del sistema di asilo. Da questa definizione si può sostenere la seguente tesi: l'ordinamento dell'Unione europea realizza un'evoluzione del diritto internazionale di asilo, superando il concetto di mera discrezionalità statale in capo agli Stati e identificando l'asilo come diritto dell'individuo a ricevere protezione e non solo a non essere respinto. Ebbene, ricevere protezione internazionale, in altri termini godere del diritto individuale all'asilo *ex* art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, significa poter accedere a quel sistema di norme europee relative alla procedura, qualifica, accoglienza

capaci di garantire il rispetto della dignità umana. Questo diritto entra dunque in bilanciamento con l'esigenze di capacità effettiva dei singoli Stati di sostenere economicamente il riconoscimento delle tutele fondamentali di accoglienza, ed è in questo settore che l'Unionedovrebbe assicurare il proprio sostegno.

Ebbene, si ritiene che il tema, di non facile soluzione, meriterebbe uno sforzo collettivo di tutti gli Stati membri e dell'Unione europea al fine di adottare una programmazione sostenibile ed effettivamente solidale della gestione della protezione internazionale degli stranieri.

La riforma del sistema Dublino sarà il banco di prova per capire se l'Unione intende fare uno slancio in avanti verso la realizzazione di un diritto umano di asilo o se al contrario farà prevalere le istanze intergovernative e di chiusura degli Stati membri, ove ciò prevalesse il progetto di un sistema europeo comune di asilo tradirebbe le sue potenzialità in tema di innalzamento dei diritti fondamentali.

3. Ricollocazione e reinsediamento: i limiti del sistema comune europeo di asilo alla prova dei fatti. La mancata responsabilizzazione degli Stati e la proposta di un meccanismo correttivo di allocazione dei richiedenti asilo

Con l'Agenda europea sulla migrazione del 2015 la Commissione europea rispolvera due norme del Trattato di Lisbona lasciate fino a quel momento del tutto ignorate: l'art. 78, par. 3 TFUE[777] e l'art.80 TFUE.[778]

[777] Art. 78, par. 3 TFUE:« *Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo*».

[778] Art. 80 TFUE: «*Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure*

L'obiettivo è quello di realizzare un sistema europeo comune di asilo fondato sulla solidarietà tra Stati membri.[779]Gli strumenti giuridici che meglio garantirebbero una ripartizione solidale delle responsabilità tra gli Stati membri sono stati individuati nella ricollocazione[780] e nel re insediamento.[781]

Quel che si deve però chiarire in via preliminare è che l'art. 78, par. 3 TFUE prevede che: «*qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo*»[782], ciò significa che il Consiglio delibera secondo la procedura legislativa prevista dall'art. 16, par. 3 TUE e dunque a maggioranza qualifica, su proposta della Commissione e

appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

[779] Per un approfonimento critico si veda P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?, in Diritto dell'Unione europea*, settembre 2015.

[780] Per "ricollocazione" s'intende il trasferimento del richiedente dal territorio dello Stato membro che i criteri di cui al capo III del regolamento (UE) n. 604/2013 designano come competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, verso il territorio dello Stato membro di ricollocazione; per "Stato membro di ricollocazione" si intende: lo Stato membro che, ai sensi del regolamento (UE) n. 604/2013, diventa competente per l'esame della domanda di protezione internazionale di un richiedente a seguito della ricollocazione di quest'ultimo nel suo territorio.

[781] Per reinsediamento s'intende il trasferimento di singoli profughi con evidente bisogno di protezione internazionale, effettuato su richiesta dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, da un paese terzo in uno Stato membro consenziente, allo scopo di proteggerli dal respingimento e di riconoscere loro il diritto di soggiorno e tutti gli altri diritti analoghi a quelli riconosciuti ai beneficiari di protezione internazionale. Il programma di reinsediamento europeo dovrebbe riguardare tutti gli Stati membri.

[782] Art. 78, par. 3 TFUE.

previo parere del Parlamento europeo. È dunque una misura emergenziale adottata con metodo intergovernativo.[783]

La solidarietà tra Stati diventa la priorità da perseguire dal momento che la crisi migratoria del 2015 ha reso non più procrastinabile il bisogno di sostegno e aiuto dei Paesi del mediterraneo, primi fra tutti Grecia e Italia.[784] Pertanto furono adottati nell'immediato un programma di reinsediamento[785]il cui obiettivo era di reinsediare 20.000 persone bisognose di protezione internazionale e due decisioni del Consiglio del settembre 2015 (decisione UE 2015/1523 e decisione UE 2015/1601) il cui obiettivo era di ricollocare 160.000 richiedenti asilo dall'Italia e la Grecia verso altri Paesi europei. Questi strumenti hanno dato scarsi risultati, dimostrando che vi sono molti Stati membri come la Slovenia, l'Ungheria, la Polonia e la Romania che non intendono ripartire le quote dei migranti richiedenti asilo.

---

[783] Per un approfondimento critico si veda P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?, in Diritto dell'Unione europea*, settembre 2015, p. 7-8.

[784] Si legge al punto 10 della decisione UE 2015/1523:« *Secondo i dati dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne (Frontex), nel 2014 le rotte del Mediterraneo centrale e orientale sono state le più utilizzate per l'attraversamento irregolare delle frontiere dell'Unione. Nel 2014 solo in Italia sono entrati in modo irregolare più di 170 000 migranti, pari a un aumento del 277 % rispetto al 2013. Anche in Grecia l'aumento è stato costante, con oltre 50 000 migranti irregolari giunti nel paese, il 153 % in più rispetto al 2013. Il numero complessivo è ulteriormente aumentato nel corso del 2015. Nei primi sei mesi del 2015 l'Italia ha assistito a un aumento del 5 % del numero degli attraversamenti irregolari delle frontiere rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Nello stesso periodo la Grecia ha registrato un'impennata del numero di attraversamenti irregolari delle frontiere, con un aumento pari a sei volte il numero dei primi sei mesi del 2014 (più di 76 000 nel periodo da gennaio a giugno 2015 rispetto a 11 336 nel periodo da gennaio a giugno 2014). Una percentuale significativa del numero totale di migranti irregolari individuati nelle due regioni era costituita da migranti di nazionalità che, stando ai dati Eurostat, godono di un alto tasso di riconoscimento a livello di Unione*».

[785] Raccomandazione (UE) della Commissione 2015/914 dell'8 giugno 2015 relativa ad un programma di reinsediamento europeo, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491340151172&uri=CELEX:32015H0914.

Prima di continuare l'analisi sulle proposte della Commissione e sui possibili scenari futuri, occorre fare un'osservazione preliminare che tornerà utile alla fine del presente ragionamento: la Commissione europea si è ricordata del "sopito" principio di solidarietà quando i Paesi di primo ingresso erano ormai al collasso dovuto alla crisi migratoria del 2015 e alle atroci tragedie dei naufragi del mediterraneo, sino ad allora l'Unione aveva sostenuto Italia e Grecia solo con i finanziamenti economici dell'EASO, nessun provvedimento strutturale di applicazione del principio di solidarietà era mai stato adottato; il sistema Dublino tra i suoi obiettivi non poneva meccanismi di equa ripartizione, disponendo di fatto solo di un c.d. meccanismo di allerta rapido, di preparazione e gestione delle crisi sancito nell'art 33 del regolamento (UE) 604/2013[786] rivelatosi inutile poiché mai, inspiegabilmente, attivato dagli Stati membri.

Alla luce dell'esigenza di adottare strumenti di solidarietà tra Stati la Commissione nella proposta di riforma del regolamento Dublino propone l'abrogazione dell'attuale art. 33 introducendo invece all'art. 34 un meccanismo correttivo di assegnazione.

[786] Art. 33 regolamento (UE) 604/2013 intitolato «*Meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi*», rappresentava una delle novità positive del pacchetto asilo del 2013, tuttavia tale norma pareva essere destinata a rimanere lettera morta in quanto gli Stati membri non ne hanno richiesto l'attivazione. La sorte di questa norma è in qualche modo assimilabile a quella della direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2011 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi. La mancata attuazione della direttiva è sempre stato il segno della mancanza di volontà da parte degli Stati membri di voler applicare strumenti solidali per la gestione dei flussi di richiedenti asilo. Si rammenta che nel 2011 l'Italia fu lasciata da sola a gestire l'ingente flusso di migranti provenienti dal nord Africa, gli Stati membri non vollero attivare la direttiva sulla protezione temporanea e accusarono l'Italia di rilasciare permessi temporanei ai rifugiati sbarcati nel nostro Paese, pratica che non fu tollerata da altri Paesi membri, in particolare la Francia, che minacciarono di chiudere le frontiere interne.

Questo meccanismo si applicherebbe a beneficio di uno Stato membro che si trova ad affrontare un numero sproporzionato di domande di protezione internazionale per le quali sarebbe lo Stato membro competente ai sensi del regolamento Dublino.

Chiaramente la nozione di "numero sproporzionato di domande" va specificato e la Commissione al paragrafo 2 dell'art. 34 chiarisce che il meccanismo si applicherebbe: «*quando il sistema automatizzato di cui all'articolo 44, paragrafo 1, indica che il numero di domande di protezione internazionale per le quali uno Stato membro è competente secondo i criteri di cui al capo III, articolo 3, paragrafo 2 o 3, e articoli 18 e 19, aggiunto al numero di persone effettivamente reinsediate, supera il 150% del numero di riferimento per tale Stato membro, determinato dalla chiave di cui all'articolo 35*».[787]

La Commissione calcola la quota di riferimento o capacità massima di uno Stato in conformità a una chiave di riferimento basata su criteri relativi a ciascuno Stato membro e secondo dati forniti da Eurostat: popolazione complessiva (50%) e PIL totale (50%).[788]Per consentire la ripartizione, tutte le domande di protezione internazionale andrebbero registrate e monitorate in tempo reale da un sistema automatizzato centrale che sarà gestito dall'agenzia Eu-LISA (Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia).[789]

Nella prospettiva della Commissione europea, finché la pressione sullo Stato membro non scende sotto la soglia del 150% della quota di riferimento, tutti i nuovi richiedenti, dopo l'accertamento di ammissibilità della domanda, ma prima della determinazione dello Stato

[787] Art. 34, par. 2 proposta COM(2016) 270 *final*.
[788] Art. 35, proposta COM(2016) 270 *final.*
[789] Art. 44, proposta COM(2016) 270 *final*.

membro competente a trattarla, dovranno essere collocati proporzionalmente negli altri Stati membri. Dopo aver eseguito il trasferimento, lo Stato di ricollocazione si fa carico dell'accertamento dello Stato membro competente ai sensi del regolamento Dublino e qualora sia accertata la competenza della domanda di asilo in un altro Stato, si avvierà un nuovo procedimento di trasferimento verso lo Stato designato.[790] Infine, all'art. 37 della proposta di riforma del regolamento Dublino la Commissione inserisce un meccanismo di c.d. solidarietà finanziaria che permetterebbe agli Stati membri di avvalersene allorquando decidano di non partecipare per un periodo di dodici mesi al meccanismo correttivo di ricollocazione; in tal caso, al termine dei dodici mesi lo Stato dovrà versare un contributo di solidarietà di 250.000 euro per ogni richiedente asilo che gli sarebbe stato attribuito attraverso il meccanismo di ricollocazione e questa somma andrebbe versata a beneficio dello Stato membro che ha gestito al suo posto l'esame di quella specifica domanda di protezione internazionale.[791]

Ebbene, questa proposta merita di essere criticata poiché prevede che il meccanismo di solidarietà si attivi solo quando lo Stato si trova già in sofferenza, in altri termini: il meccanismo proposto non può considerarsi espressivo di una ripartizione equa e solidale delle responsabilità tra Stati membri, in quanto prevede per la sua attivazione che uno Stato arrivi al collasso del proprio sistema interno. Ciò significa che i Paesi di primo ingresso come Italia e Grecia – che la proposta della Commissione penalizza nel suo insieme ribadendo il criterio del Paese di primo ingresso e inserendo la competenza per le procedure anticipate e accelerate sempre in capo al Paese di primo ingresso – continueranno a

[790] Art. 39, lett. *e)* e *d)* proposta COM(2016) 270 *final*; per l'analisi si veda P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?, cit*. , p. 7.
[791] Art. 37 proposta COM(2016) 270 *final*.

sostenere il maggiore onere e potranno invocare questo meccanismo quando il sistema è già in crisi. Da questo punto di vista pare che il meccanismo non sia destinato a sortire un riparto di responsabilità tra Stati membri che possa essere espressione del principio di solidarietà *ex* art. 80 TFUE.

Inoltre, il meccanismo correttivo proposto non pare nemmeno offrire una risposta efficiente in quanto prevede una procedura lunga e complessa; infatti il meccanismo correttivo proposto, prima prevede che il richiedente sia trasferito nello Stato di ricollocazione e solo dopo questo Stato membro potrà, in ottemperanza ai criteri Dublino, individuare lo Stato competente all'esame della domanda e quindi dovrà trasferire nuovamente il richiedente asilo verso detto Stato membro designato competente. Dunque, il meccanismo prevede ben due potenziali procedure di trasferimento del richiedente asilo che vedrebbero coinvolti tre Stati membri: lo Stato membro beneficiario del meccanismo di ricollocazione, lo Stato membro di ricollocazione e lo Stato membro competente all'esame della domanda di asilo.

Il meccanismo correttivo di ricollocazione proposto dalla Commissione europea sconta un problema di fondo: è frutto di una politica che si ostina a non voler prendere in considerazione le preferenze espresse dai richiedenti asilo.

Il Parlamento europeo per mezzo della sua relatrice Cecilia Wikström ha manifestato molte perplessità in ordine al meccanismo di solidarietà proposto dalla Commissione, di fatto nel progetto di relazione sono state presentate diverse soluzioni correttive. In primo luogo è stato proposto di abbassare al 100% la soglia percentuale per far scattare il meccanismo correttivo di allocazione poiché:«*il sistema correttivo di assegnazione dovrebbe essere attivato prima che lo Stato membro beneficiario sia*

sopraffatto dal flusso di richiedenti asilo in arrivo. La percentuale per l'attivazione è stata quindi abbassata dal 150 al 100% della chiave di riferimento. Il relatore è inoltre dell'avviso che le domande che rientrano nel criterio di cui all'articolo 3, paragrafo 1, debbano essere conteggiate ai fini del raggiungimento del valore di riferimento».[792]

Inoltre, la proposta della Commissione prevede all'art. 43, comma 1 che lo Stato membro beneficiario del meccanismo di ricollocazione perda tale beneficio non appena le domande scendono sotto la percentuale del 150% della quota che gli spetterebbe; ciò significherebbe mantenere sempre costante lo stato di sofferenza di quello Stato membro. Nel progetto di relazione della relatrice Wikström di contro si propone di abbassare al 75% la quota, al fine di consentire allo Stato beneficiario del meccanismo di solidarietà di riprendersi dal momento di crisi, ciò renderebbe anche più efficiente e prevedibile l'intero sistema di cooperazione tra Stati membri.[793]

Si è più volte sostenuto in questo lavoro che un'interpretazione efficiente della clausola di sovranità conduce a ritenerla espressione di fiducia reciproca tra Stati membri e strumento di solidarietà, dello stesso avviso è la relatrice Wikström la quale propone una procedura *ad hoc* per permettere ai richiedenti asilo di invocare la clausola discrezionale; ciò dovrebbe condurre a una migliore ed equa ripartizione dei richiedenti

[792] Emendamento n. 87, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit*., p. 69.
[793] Motivazione emendamento n. 99, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit.*, p.79: «*It is proposed that corrective allocation commences once the quota of a Member State has been fulfilled (at 100%). Your rapporteur suggests lowering the point at which corrective allocation ceases to 75% of the quota in order to avoid situations where a Member State continuously close to this level of capacity in relation to arrivals would be going in and out of the corrective allocation mechanism. Once the arrivals have diminished to 75% of the national quota it could reasonably be argued that the risk that the Member State would shortly once again need the support of the corrective allocation mechanism would be much smaller. This will increase the predictability and stability of the system*».

asilo. Nel progetto di relazione del Parlamento europeo all'emendamento n. 90 si propone di inserire un nuovo art. 36, par. 3 *bis* il cui scopo è proprio quello di permettere ai richiedenti asilo di invocare la clausola di sovranità direttamente allo Stato di primo ingresso, certamente lo Stato interessato rimarrebbe libero di accettare la richiesta, ma questa procedura permetterebbe di indirizzare i richiedenti asilo verso quegli Stati membri in cui avrebbero maggiore possibilità di integrazione; inoltre la possibilità di attivare questa procedura di selezione darebbe fiducia ai richiedenti asilo riducendo in tal modo i tentativi di fuga.

Molto più coerente appare l'emendamento proposto dal progetto di relazione della relatrice Cecilia Wikström la quale propone l'inserimento dell'art. 42, par. 2 *bis* il cui scopo sarebbe quello di ricollocare i richiedenti asilo in gruppi anziché singolarmente permettendo così a coloro che si sono registrati nel Paese di primo ingresso come persone che viaggiano insieme di non separarsi.[794]

Anche la c.d. solidarietà finanziaria in realtà non pare una soluzione efficace, di fatti se ne propone la soppressione con la seguente motivazione, che qui si condivide e si vuole riportare integralmente: « *il sistema di assegnazione correttiva è inteso a riequilibrare la ripartizione iniqua delle responsabilità in un sistema che impone sforzi notevoli agli Stati membri in prima linea. Consentire ad altri Stati membri di pagare per non partecipare al sistema non sarebbe equo nei confronti degli Stati membri che si trovano in prima linea e, per far funzionare un sistema siffatto, il costo della non partecipazione dovrebbe essere così dissuasivamente elevato da diventare fondamentalmente iniquo anche per gli Stati membri economicamente meno forti. Infine, il relatore non è d'accordo con il concetto in base al*

[794] Art. 41, par. 2 *bis*, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit*., 78.

quale gli Stati membri pagherebbero per eludere la responsabilità di assistere persone bisognose di protezione ».[795]

Nel progetto di relazione del Parlamento si propone di introdurre un nuovo capo VII *bis* intitolato *solidarietà reciproca* il cui nuovo art. 43 *bis* prevedrebbe una *sospensione del meccanismo di assegnazione*[796]e all'art. 43 *ter* delle misure coercitive che obbligherebbero gli Stati ad adempiere al principio di solidarietà.

I negoziati sulla riforma del regolamento Dublino sono da poco iniziati, si preannuncia una battagliata serrata sul tema della ripartizione della responsabilità degli Stati; si segnala, con preoccupazione, infatti la proposta di una c.d. *solidarietà flessibile* avanzata dalla presidenza Slovacca.[797] Nel Parlamento europeo dopo la presentazione del progetto

[795] Spiegazione all'emendamento n. 95, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit*., p. 76.

[796] Art. 43 *bis*, progetto di relazione Cecilia Wikström, *cit.,* prevede: *«Se uno Stato membro è soggetto a una decisione di cui all'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/1624 a seguito dell'incapacità di adempiere adeguatamente ai propri obblighi in relazione alla gestione della propria parte di frontiere esterne, il Consiglio, sulla base di una proposta della Commissione, può adottare senza indugio una decisione, mediante atto di esecuzione, in cui sospende l'applicazione del meccanismo correttivo di assegnazione di cui all'articolo 34 del presente regolamento per quanto riguarda lo Stato membro interessato. La decisione di sospendere il meccanismo correttivo di assegnazione è valida per un periodo determinato non superiore a un anno e può essere rinnovata. Nella preparazione e nell'elaborazione degli atti di esecuzione, la Commissione provvede affinché tutti i documenti, compreso il progetto di atto, siano trasmessi contestualmente e tempestivamente al Parlamento europeo e al Consiglio. Il Parlamento europeo è informato senza indugio di tutte le ulteriori misure e decisioni adottate».*

[797] Si veda la notizia pubblicata su Eunews, *Consiglio Ue cerca consenso su solidarietà flessibile, Italia furiosa: "Presa in giro". La presidenza slovacca ha convocato una cena informale per tentare di mettere d'accordo le capitali su una proposta al ribasso per la modifica di Dublino che consentirebbe a chi non vuole accogliere migranti di contribuire in altri modi,* del 17 novembre 2016, reperibile all'indirizzo http://www.eunews.it/2016/11/17/consiglio-ue-cerca-consenso-su-solidarieta-flessibile-italia-furiosa-presa-giro/72263. Per un approfondimento si veda anche M. DEN HEIJER, *Corrective allocation or effective solidarity? The Slovak Presidency non-paper on the revision of the Dublin system*, articolo pubblicato per

di relazione dalla relatrice Wikström si sta sviluppando un fervente confronto fra gruppi politici in vista della posizione della Commissione LIBE cui poi seguirà l'adozione della posizione dell'Assemblea. Anche la società civile è in fermento, a tal riguardo si segnala il lavoro appassionato del c.d. "tavolo nazionale asilo".[798]

La sfida è decisiva e non andrebbe sprecata, ci si augura che l'Unione riesca a offrire un sistema Dublino solidale ed equo, ciò significherebbe, nella prospettiva di chi scrive, superare l'adozione di meccanismi correttivi di natura emergenziale ma prevedere a priori un meccanismo equo di ripartizione delle domande di asilo; questa soluzione è concettualmente possibile solo ove si riconosca all'Unione europea un ruolo unitario in tema di asilo, uno spazio unico e uniforme in grado di offrire un diritto di asilo europeo rispettoso dei diritti della persona e capace di bilanciare equamente i sacrifici degli Stati membri. Nel lungo periodo un sistema europeo davvero efficiente, solidale ed equo dovrebbe garantire e favorire un maggior numero d'ingressi legali

The Odysseus Network EU Immigration Law and Asylum Law and Policy, 10 marzo 2017, reperibile all'indirizzo http://eumigrationlawblog.eu/corrective-allocation-or-effective-solidarity-the-slovak-presidency-non-paper-on-the-revision-of-the-dublin-system/.

[798] Il c.d. "tavolo nazionale asilo" è composto da diverse realtà della società civile tra cui Federazione delle chiese evangeliche in Italia (FCEI), Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI) e l'Osservatorio sul Diritto europeo dell'immigrazione. Il tavolo nazionale asilo ha elaborato un testo di emendamenti al progetto della relatrice Wikström, questo testo firmato da M. DI FILIPPO e G. SCHIAVONE, *AN AMBITIOUS AND PRAGMATIC REFORM OF THE DUBLIN SYSTEM. Selected amendments to the Draft Report by MEP Cecilia Wikström,* pubblicato il 26 marzo 2017 e reperibile al seguente indirizzo http://immigrazione.jus.unipi.it/wp-content/uploads/2017/03/The-Dublin-Reform-in-the-EP-Selected-Amendments-final.pdf è stato appoggiato da A.C.L.I. (Associazione Cristiana Lavoratori Italiani), A.R.C.I. (Associazione Ricreativa Culturale Italiana), Associazione "A Buon Diritto", Caritas Italiana, Casa dei Diritti Sociali, Centro Astalli-J.R.S. (Jesuit Refugee Service), C.I.R. (Consiglio Italiano per i Rifugiati), Comunità di S. Egidio, Senza Confine, Save The Children Italia. Si veda l'articolo *Regolamento Dublino III: al via la discussione nel Parlamento europeo* pubblicato il 27 marzo 2017 sul sito ASGI, reperibile al seguente indirizzo http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/regolamento-dublino-riforma-parlamento-ue/.

umanitari e un'applicazione costante dello strumento del reinsediamento, oltre che un'assistenza in tema di accoglienza dei richiedenti asilo.

4. L'approccio hotspot e l'accordo UE-Turchia: le violazioni dei diritti della persona discendenti dall'attuale assetto para-normativo europeo

La crisi dei rifugiati del 2015, come si è più volte osservato, ha visto un numero record d'ingressi di migranti in Italia e Grecia, questi Paesi si sono trovati da soli a fronteggiare il problema dell'identificazione e della prima accoglienza; una piena applicazione delle regole del sistema Eurodac e del sistema Dublino era davvero impresa proibitiva per questi due Paesi. Italia e Grecia, infatti, avrebbero avuto la responsabilità di prendere le impronte digitali di tutte le persone in ingresso, quindi registrare le loro domande di asilo e – considerato che il sistema Dublino assegna di norma la responsabilità allo Stato di primo ingresso – organizzare la loro accoglienza a lungo periodo o il loro rimpatrio.[799] Italia e Grecia non riuscirono a far fronte alle responsabilità discendenti dal sistema Eurodac e Dublino, di talché gran parte dei migranti sbarcati in Italia e soprattutto in Grecia, sottraendosi ai controlli e quindi non presentando domanda di asilo nel Paese di primo accesso, hanno proseguito scegliendo la rotta balcanica; la conseguenza è stata che i Paesi di transito dell'area balcanica hanno reagito con decisioni unilaterali quali: il rispristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne; la costruzione di muri di filo spinato; la proclamazione della

[799] In questo senso si veda F. MAIANI, *Hotspots and Relocation Schemes: the right therapy for the Common European Asylum System?,* in Migration Policy Centre blog, 8 febbraio 2016, reperibile all'indirizzo https://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/hotspots-and-relocation-schemes-the-right-therapy-for-the-common-european-asylum-system/.

fissazione di c.d. tetti nazionali sul numero di persone a cui sarebbe consentito chiedere asilo.[800]

Questo clima ha dunque portato a una situazione di tensione tra gli Stati membri, con la conseguenza drammatica che a farne le spese furono soprattutto i rifugiati i quali furono lasciati in fila al freddo fuori dai confini degli Stati.[801]

Autorevole dottrina ha rilevato che la crisi dei rifugiati del 2015 ha reso in frantumi l'idea stessa di politiche europee comuni fondate sulla base di regole comuni, interessi comuni, libera circolazione, rispetto dei diritti dei rifugiati così come previsti dal TFUE agli artt. 77, 78 e 80.[802]

Meritano di essere esaminate due azioni volute dalla Commissione europea e dal Consiglio europeo: l'approccio *hotspot* e l'accordo UE-Turchia del 18 marzo 2016; entrambe queste azioni si caratterizzano per il loro carattere atipico.

Con l'agenda europea del maggio 2015 la Commissione propone di sviluppare un nuovo metodo basato sugli *hotspot* per dare sostegno agli Stati in prima linea nell'affrontare le fortissime pressioni migratorie alle frontiere esterne dell'Unione europea[803]; questa misura ha ricevuto l'avallo del Consiglio europeo del 25-26 giugno 2015 nell'ottica di un «*miglior contenimento dei crescenti flussi migratori illegali,*[fra l'altro

---

[800] *Ibidem*.

[801] Si veda ad esempio la situazione createsi ai confini con la Croazia: BBC News, *Migrant crisis: Croatia opens Serbia border*, del 15 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-34576045.

[802] In questo senso F. MAIANI, *Hotspots and Relocation Schemes: the right therapy for the Common European Asylum System?, cit.*

[803] Commissione europea, il metodo basato sui hotspots per la gestione dei flussi migratori eccezionali, scheda informativa dell'8 settembre 2015, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/approfondimenti-speciali/metodo-basato-sui-hotspots-la-gestione-dei-flussi-migratori-eccezionali/.

attraverso il] *rafforzamento della gestione delle frontiere esterne dell'Unione*» .[804]

Secondo la definizione fornita dalla Commissione europea è da considerarsi *hotspot* una sezione di frontiera esterna caratterizzata da pressione migratoria specifica e sproporzionata causata da flussi migratori misti. Il metodo *hotspot* prevede che le agenzie europee intervengano in quelle zone di crisi in modo coordinato tramite c.d. squadre di sostegno per la gestione delle migrazioni; tuttavia l'approccio *hotspost* si basa sostanzialmente sul personale e le attrezzature messe a disposizione dallo Stato membro.

Gli *hotspot* sono dei centri di crisi collocati in Italia e Grecia in cui l'EASO, Frontex, Europol e EUROJUST attraverso i loro agenti di collegamento lavorano sul campo con le autorità dello Stato membro per aiutarlo ad adempiere agli obblighi derivanti del diritto dell'UE e a condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo. Il lavoro che è svolto negli *hotspot* consiste quindi nella registrazione, identificazione e rilevamento delle impronte digitali e nei c.d. *debriefing* dei richiedenti asilo, nonché nelle operazioni di rimpatrio.

Scopo della Commissione, confermato anche dalla proposta di riforma del regolamento Dublino, è quello di trattare velocemente le domande dei richiedenti avvalendosi della collaborazione delle squadre di supporto dell'EASO. Il ruolo di FRONTEX invece è quello di aiutare gli Stati membri coordinando il rimpatrio dei migranti irregolari che non necessitano di protezione internazionale. La presenza di Europol e

[804] Conclusioni del Consiglio europeo, 25-26 giugno 2015, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/26-eucoconclusions/.

Eurojust è finalizzata ad assistere lo Stato membro ospitante nelle indagini per smantellare le reti della tratta e del traffico di migranti. Bisogna osservare però che dall'intento della Commissione di offrire un supporto globale e mirato da parte delle agenzie europee rimangono sostanzialmente esclusi alcuni aspetti importanti su cui la responsabilità ricade in modo esclusivo sugli Stati membri, ci si riferisce: sia l'accoglienza dei richiedenti asilo, sia dell'esame delle domande di asilo; anche per quanto riguarda le procedure di rimpatrio è previsto solo un sostegno finanziario da parte dell'UE. In capo agli Stati membri di prima linea, Italia e Grecia, vi è anche l'obbligo di presentare una c.d. *roadmap* che definisce le misure complementari da adottare per gestire la situazione.

Come si è osservato in dottrina, gli *hotspot* sono stati evidentemente progettati in modo da rendere effettive tutte le responsabilità che gli Stati in prima linea dovrebbero in teoria assumersi in base alla legislazione europea vigente: identificare i migranti, fornire prima accoglienza, identificare e rimpatriare coloro che non presentano richiesta di asilo, e avviare chi invece fa domanda verso le procedure di asilo dello Stato responsabile e quindi, come è di norma, lo Stato in prima linea stesso.[805]

In Italia, il quartier generale del metodo *hotspot* è situato a Catania e coordina l'operazione di quattro porti identificati come *hotspot*: Pozzallo, Porta Empedocle, Trapani e Lampedusa; a questi quattro si sono aggiunti gli *hotspot* di Taranto e di Augusta. La Commissione riferisce che in ciascuno di questi *hotspot* vi sono strutture di prima accoglienza che possono ospitare complessivamente circa 500 persone ai

[805] Così F. MAIANI, *Hotspots and Relocation Schemes: the right therapy for the Common European Asylum System?, cit.*

fini dell'identificazione, della registrazione e del rilevamento delle impronte digitali.[806]

Ebbene, questo metodo ancor prima di essere giuridicamente illegittimo appare politicamente inaccettabile poiché fa ricadere sui paesi più colpiti dalla crisi migratoria l'onere di trattenere illegittimamente i migranti al fine della loro registrazione, identificazione mediante prelievo forzato delle impronte digitali, rapida valutazione della loro eventuale domanda di asilo e rimpatrio.

L'approccio avrebbe dovuto fare da corollario al piano di ricollocazione di emergenza, che prevedeva il trasferimento di 160.000 richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia verso altri Paesi membri. Come si è già dimostrato la ricollocazione è risultata fallimentare e illusoria poiché a fine settembre 2016 solo 1196 persone erano state collocate in altri Paesi dell'Unione dall'Italia a fronte di 131.000 arrivi.[807]

Il metodo *hotspot* non è certo espressione del principio di solidarietà tra Stati membri, al contrario: esso è servito solo ad aumentare la pressione sui Paesi di primo accesso promovendo sempre di più l'impianto del sistema Dublino. Inoltre, Italia e Grecia hanno l'ingrato compito di perpetrare una prassi contraria ai diritti umani, e quindi questi Paesi si espongono a nuove condanne da parte della Corte Edu.[808]

---

[806] *Ibidem*.

[807] Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Sesto rapporto sulla ricollocazione e il reinsediamento, 28 settembre 2016, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposalimplementation-package/docs/20160928/sixth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf. ; Unhcr, Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean/Italy, http://data.unhcr.org/mediterranean/country.php?id=105.

[808] Si veda Corte Edu Grande camera, sentenza 15 dicembre 2016, caso *Khlaifia c. Italia,* ricorso n. 16483/12), con cui la Corte Edu ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 CEDU per aver trattenuto illegittimamente dei cittadini stranieri nel centro di accoglienza di Lampedusa e su delle navi divenute centro di detenzione in assenza di alcun provvedimento di un giudice che legittimasse il

Dal punto di vista strettamente giuridico, il metodo *hotspot* sembra illegittimo in quanto non disposto da alcun atto normativo né dell'Unione europea né degli Stati membri interessati. Inoltre, la totale assenza di una normativa a supporto del trattenimento dei migranti nei centri *hotspot* pone un problema di violazione del principio *dell'habeas corpus*. Già la Corte costituzionale con la sentenza n. 30 del 1962 evidenziò che «*spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13*».[809]Ebbene, con una Comunicazione del 15 dicembre 2015[810] si chiedeva all'Italia di incrementare gli sforzi anche a livello legislativo per assicurare una cornice legale allo svolgimento delle procedure previste per l'*hotspot* con particolare riferimento all'uso della forza per il rilevamento delle impronte nei confronti di chi si rifiuta in modo da ridurre i tempi di permanenza nelle strutture e si ribadiva che l'obiettivo da perseguire nel più beve tempo possibile è quello del 100%

trattenimento/detenzione. La Corte Edu constatava la violazione altresì dell'art. 13 CEDU in quanto la detenzione dei migranti in assenza di un provvedimento giurisdizionale che legittimasse la detenzione e la privazione della libertà ha di fatto reso impossibile un ricorso effettivo per contestare eventuali violazioni. La sentenza è reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/12/CASE-OF-KHLAIFIA-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf .

[809] Corte costituzionale, sentenza del 22 maggio 1962 n. 30.

[810]Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Progress report on the implementation of the hotspots in italy, Strasburgo, 15/12/2015, COM(2015) 679 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492085780106&uri=CELEX:52015DC0679.

delle identificazioni dei migranti sbarcati.[811]Da ultimo, infatti, con la legge Minniti-Orlando il legislatore italiano ha voluto dare una copertura legale al trattenimento nei centri di crisi.[812]

La valutazione della prassi del metodo *hotspot* ha condotto a risultati aberranti, è, infatti, d'obbligo un riferimento al rapporto sull'approccio *hotspot* in Italia di Amnesty International del 3 novembre 2016[813] e al rapporto ECRE sull'implementazione degli *hotspot* in Grecia e Italia del 5 dicembre 2016.[814] Ebbene, da questi rapporti è emersa una prassi costante di violazione dei diritti fondamentali, infatti, i migranti appena sbarcati, compresi i soggetti vulnerabili come le donne incinte e i minori in tenera età, sono stati costretti a una detenzione prolungata. Si legge nel rapporto di Amnesty International che al fine di raggiungere un tasso d'identificazione del 100% applicando il metodo *hotspot* l'Italia avrebbe attuato misure coercitive per costringere le persone che non vogliono fornire le loro impronte digitali e che tale prassi è diventata man mano la regola attuata attraverso la detenzione prolungata e l'uso della forza fisica.[815]

---

[811] *Ibidem*, ove si legge:« *Further efforts, also at legislative level, should be accelerated by the Italian authorities in order to provide a more solid legal framework to perform hotspot activities and in particular to allow the use of force for fingerprinting and to include provisions on longer term retention for those migrants that resist fingerprinting. The target of a 100% fingerprinting rate for arriving migrants needs to be achieved without dela*».

[812] In ordine alle critiche sulla legge Minniti-Orlando si rinvia *supra* p. 152.

[813] Amnesty International, rapporto 3 novembre 2016, *Hotspot in Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, reperibile all'indirizzo file:///Users/fefe/Downloads/EUR3050042016ITALIAN.PDF.

[814] ECRE studio del 5 dicembre 2016, *The implementation of the hotspots in Italy and Greece*, reperibile all'indirizzo http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf.

[815]Rapporto Amnesty International 3 novembre 2016, *cit.*: «*nel cercare di raggiungere "un tasso di identificazione del 100%", l'approccio hotspot ha spinto le autorità italiane ai limiti, e oltre, di ciò che è ammissibile secondo il diritto internazionale dei diritti umani. L'attuazione di misure coercitive per costringere le persone che non vogliono fornire le loro impronte digitali è diventata man mano la regola, attraverso la detenzione prolungata e l'uso della forza fisica. È in questo scenario che rifugiati e migranti che non volevano dare le impronte digitali hanno*

Le autorità italiane hanno smentito il rapporto di Amnesty International, il capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Viminale ha addirittura affermato che ciò che certifica il rapporto sarebbero un insieme di *cretinaggini* e *falsità*; orbene, senza entrare nel merito di valutazioni politiche sull'opportunità di liquidare una questione così importante con insulti fuori luogo nei confronti di un'organizzazione internazionale pienamente accreditata e rispettata, basti qui richiamare le preoccupazioni sollevate dalla stessa Polizia di Stato italiana. Ci si riferisce infatti una nota del sindacato UGL Polizia di Stato della Segreteria Nazionale inviata al Capo della Polizia avente come oggetto «*uso della forza nelle operazioni di foto-segnalamento e nella rilevazione delle impronte digitali di stranieri e cittadini italiani*»,[816] in cui il sindacato mette in evidenza forti preoccupazioni in ordine all'assenza di protocolli operativi oltre che di chiari e inoppugnabili riferimenti normativi, ai quali la polizia deve attenersi in caso di rifiuto dello straniero di fornire le proprie generalità e di coadiuvare gli agenti e/ ufficiali della p.g. nella loro attività di prelievo delle impronte digitali e realizzazione delle foto-segnaletiche.

I migranti sbarcati in Italia cercano in tutti i modi di sottrarsi al prelievo delle impronte digitali poiché voglio sfuggire al sistema Dublino – nella pratica i migranti mantengono un atteggiamento passivo e di mancata collaborazione con le forze dell'ordine, tale atteggiamento si sostanzia

---

subito detenzioni arbitrarie e maltrattamenti da parte della polizia. Nonostante non ci siano dubbi che la maggior parte degli agenti di polizia abbia continuato a fare il proprio lavoro in modo impeccabile, testimonianze coerenti raccolte da Amnesty International indicano che alcuni hanno fatto uso eccessivo della forza e hanno fatto ricorso a trattamenti crudeli, disumani o degradanti, o addirittura alla tortura».

[816] UGL Polizia di Stato Nazionale Osservatorio Nazionale Polizia Scientifica, Prot. N° 88/SN del 10 febbraio 2016, allegata alla nota dell'UGL Polizia di Stato Segreteria Provinciale di Catania Prot. N° 039/16/CT del 17 febbraio 2016 indirizzata al Sig. questore della Provincia di Catania, reperibile all'indirizzo http://www.uglpoliziadistato.sicilia.it/docs/395.pdf.

nel chiudere le mani o ritrarre le dita, nel raschiarsi i polpastrelli o nel curvarsi durante il foto segnalamento – il metodo *hotspot* permette di trattenere i migranti nell'immediatezza di uno sbarco, al fine del prelevamento coattivo delle impronte; i centri *hotspot* pensati per essere situati nei porti si sono rivelati inapplicabili poiché ciò nella prassi ha comportato il trattenimento di un numero considerevole di persone dentro container all'aperto, pertanto vecchi centri di accoglienza come ad esempio il CARA di Mineo sono stati convertiti in centri *hotspot*;[817]si sono sollevati dubbi anche sul rispetto del diritto d'informazione garantito in tali centri *hotspot*, i migranti, infatti, dovrebbero ricevere informazioni circa la possibilità di presentare domanda di asilo.

Basta analizzare l'esperimento degli *hotspost* in combinato disposto con la proposta di riforma del regolamento Dublino e la proposta di introdurre procedure pre-Dublino per rendersi conto che l'obiettivo della Commissione europea è quello di trasformare l'Italia e la Grecia in due grossi centri d'identificazione ed espulsione dei migranti.

Ha fatto *tremare le vene ai polsi* la proposta dell'allora ministro Alfano di spostare gli *hotspot* in mare, egli ha dichiarato: "*Stiamo studiando una proposta da presentare all'Unione europea per l'uso delle navi per l'identificazione dei migranti, per poter prendere impronte digitali e dati anagrafici in mare durante i soccorsi. Così non avremo un posto fisso a terra creando degli hotspot sul mare*"[818], una tale pratica sarebbe contraria alla nota giurisprudenza *Hirsi* della Corte Edu.

---

[817] È evidente che collocare gli hotspot in vecchi centri di accoglienza, lontani dal luogo di sbarco dei migranti, equivale a trasformare di fatto gli *hotspot* in centri di detenzione ed espulsione.

[818] Si veda Rainews.it, *Migranti. Alfano: "Con Ue attivare hotspot in mare". Avramopoulos: "Tesi interessante"*, del 27 aprile 2016, reperibile all'indirizzo http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Migranti-Alfano-Con-Ue-attivare-hotspot-in-mare-Avramopoulos-Tesi-interessante-a47516bc-78c6-469e-a810-e23b6797dd96.html?refresh_ce.

L'approccio *hotspot* espone l'Italia a evidenti violazioni del diritto nazionale[819] e dei diritti umanitari, di queste violazioni le autorità nazionali sono responsabili direttamente ma è evidente che vi è una responsabilità politica europea innegabile.

La logica europea di contrasto alla crisi migratoria si è, infatti, fondata su azioni tese a ostacolare il più possibile l'ingresso dei migranti in Europa; si propone ove possibile un'esternalizzazione della gestione del fenomeno migratorio il cui obiettivo è di contenere il più possibile il numero dei richiedenti asilo presenti in Europa.

---

[819] In questo senso si veda, fra gli altri, F.VASSALLO PALEOLOGO, *Miracolo a Lampedusa : un Hot Spot modello per l'Europa ? Dove hanno portato il Presidente Grasso ? Ancheil Cara di Mineo una "best practice"?,* 8 luglio 2016, ove si legge:« *Il ricorso all'uso della forza incide evidentemente sulla sfera della libertà personale e non si può prescindere da quanto previsto in questi casi dalle leggi italiane. La legge prevede espressamente le uniche ipotesi in cui le forze di polizia sono autorizzate a procedere in modo coattivo, cioè utile a vincere le resistenze passive del destinatario che non si trovi in stato di arresto o di fermo. L'art. 349 comma 2 bis cod. proc. pen. consente esclusivamente, nei confronti di una persona sottoposta a indagini preliminari, il prelievo coattivo di capelli o saliva, comunque nel "rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione" del Pubblico ministero. Quella relativa al prelievo di capelli e saliva è l'unica forma di identificazione coatta contemplata dal legislatore. La questione è molto delicata, al punto che già nel 1962, con la sentenza n. 30, la Corte costituzionale evidenziò che " spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13. Poiché la legge vigente non prevede che le autorità di pubblica sicurezza possano fare ricorso all'uso di altre forme di coazione fisica per costringere una persona a sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici, tale uso è da considerarsi illegittimo e penalmente rilevante»,* reperibile all'indirizzo http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/07/miracolo-lampedusa-un-hot-spot-modello.html.

Si osserva che l'approccio *hotspot* proposto dalla Commissione, così come il piano d'intervento immediato sulla ricollocazione, possono essere considerati un *euro-paradosso* poiché formalmente si presentano come approcci globali paneuropei ma nella sostanza però espongono nuovamente al collasso sistemico solo gli Stati della frontiera esterna; ebbene secondo una parte della dottrina questa strategia europea potrebbe condurre a un c.d. *detto piano b* volto al ripristino delle frontiere interne e alla fine del sistema europeo comune di asilo;[820] questa tesi si poggia sulla constatazione del fallimento dei progetti di ricollocazione e sulle difficoltà di Grecia e Italia a far funzionare in modo efficiente gli *hotspot*, se a questo si unisce che la proposta di Dublino IV tende a favorire il criterio del Paese membro di primo accesso ne consegue che in Italia e Grecia sono destinate a implodere nuovamente, ciò darebbe modo agli Stati del centro europea di riattivare i controlli alle frontiere interne al fine di salvaguardare l'ordine pubblico così come garantito dall'art. 72 TFUE.

Ad avviso di chi scrive, questa tesi, così nefasta ma possibile, deve essere duramente contrastata con la proposizione di strategie politiche e giuridiche nuove e pronte a portare a compimento la creazione di un sistema europeo comune di asilo.

È in questo stesso contesto politico che è stato concepito l'accordo di cooperazione UE-Turchia del 18 marzo 2016[821], definito nei suoi principi

[820] In questo senso si veda D. THYM, *Moving Towards Plan B: the Rejection of Refugees at the Border*, articolo pubblicato per The Odysseus Network Eu Immigration and Asylum Law and Policy, 28 gennaio 2016, reperibile all'indirizzo http://eumigrationlawblog.eu/moving-towards-plan-b-the-rejection-of-refugees-at-the-border/; si veda anche D. THYM, *Beyond Dublin – Merkel's Vision of EU Asylum Policy,* articolo pubblicato per The Odysseus Network Eu Immigration and Asylum Law and Policy, 26 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo http://eumigrationlawblog.eu/beyond-dublin-merkels-vision-of-eu-asylum-policy/.

[821] Consiglio europeo, Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-

il 7 marzo 2016 dal Consiglio di Capi di Stato e di governo; l'accordo UE-Turchia è stato deciso al termine di un lungo piano di cooperazione tra Unione europea e Turchia finalizzato al controllo del flusso di migranti irregolari che intendono fare ingresso in Europa e alla gestione della crisi siriana in Turchia. Come si diceva, i principi dell'accordo sono stati definiti nel *summit* del 7 marzo 2017 tra i capi di Stato e di governo degli Stati membri e il primo ministro turco Davutoğlu; ebbene, solo dieci giorni più tardi in occasione del Consiglio europeo del 17 -18 marzo 2016 il governo tedesco, olandese e turco presentano al Consiglio europeo un piano di accordo fondato su due principi: 1) tutti i migranti che giungono sulle isole greche dalla Turchia sono ricondotti in Turchia inclusi i richiedenti asilo; 2) per ogni siriano riammesso in Turchia, un altro siriano deve essere reinsediato dalla Turchia a uno Stato Membro UE tenendo conto dei criteri di vulnerabilità delle Nazioni Unite.

Questo tipo di accordo rappresenta una novità rispetto al c.d. piano di azione congiunto[822] e all'accordo del 29 novembre 2015[823] poiché fino a quel momento la cooperazione con il governo turco aveva il solo obiettivo di rimpatriare i migranti irregolari che non hanno diritto alla protezione internazionale sulla base di un protocollo di riammissione Grecia-Turchia. L'accoro UE-Turchia del 18 marzo 2016 invece si estende anche ai richiedenti protezione internazionale e i rifugiati; in dottrina vi è chi ha osservato che il coinvolgimento dei richiedenti asilo e

turkey-statement/.

[822] Commissione europea, UE- Turchia piano di azione comune. Le sfide sono comuni e le risposte devono essere coordinate. Negoziare paese candidato la Turchia e l'Unione europea sono determinati ad affrontare e superare le sfide attuali in modo concertato. Bruxelles 15 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_it.htm.

[823] Riunione dei capi di Stato e di governo con la Turchia – UE-Turchia dichiarazione, 29/11/2015, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement/.

dei rifugiati nei programmi di riammissione erano già stati proposti nel c.d. *Piano Samsom* elaborato e promosso dal *think tank European Stability Initiative* (ESI) e appoggiato sia dal governo olandese.[824]

Tuttavia, è certamente una novità dell'accordo del 18 marzo 2016 quella di includere nell'espressione migranti irregolari anche quella di richiedenti asilo compresi i cittadini siriani che avrebbero però diritto di ingresso limitatamente alla presentazione della domanda di asilo, infatti, come ha osservato autorevole dottrina, l'accordo UE-Turchia: « *riguarda tutti coloro che sono arrivati nelle isole greche, vale a dire anche i richiedenti asilo. Tra questi anche di quei richiedenti asilo, i siriani, che hanno un'altissima possibilità di ottenere protezione internazionale in qualsiasi Stato dell'UE e che, proprio per questo, non potrebbero vedersi negare il diritto di ingresso né in Grecia né in altri Stati membri*».[825]

La previsione di una politica europea di rimpatrio dei richiedenti asilo rappresenta una novita assoluta: un cambiamento epocale davvero preoccupante.

L'accordo Ue-Turchia del 18 marzo 2016 prevede quindi il rimpatrio in Turchia di tutti i nuovi migranti irregolari[826]giunti sulle isole greche attraverso la Turchia. Al fine di chiarire che tali rimpatri saranno eseguiti

[824] Si veda in dottrina: E. ROMAN, *L'accordo Ue-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in SIDIblog, 21 marzo 2016, reperibile all'indirizzo http://www.sidiblog.org/2016/03/21/laccordo-ue-turchia-le-criticita-di-un-accordo-a-tutti-i-costi/; S. PEERS, E. ROMAN, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong?*, in EU Law Analysis del 5 febbraio 2016, reperibile all'indirizzo http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html; E. ROMAN, *Why Turkey is Not a "Safe Country"*, in Statewatch del febbraio 2016, reperibile all'indirizzo http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf.

[825] C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in Diritti umani e diritto internazionale, vol. 10, 2016, n. 2, pp. 411.

[826] L'accordo è entrato vigore in Grecia dalla mezzanotte del 20 marzo 2016.

nel pieno rispetto del principio di *non refoulement*, la Commissione europea ha presentato una comunicazione in cui rassicura circa il pieno rispetto del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea in tema di divieto di espulsioni collettive[827], tuttavia appare evidente che questa comunicazione della Commissione era un atto dovuto poiché il programma di rimpatri previsto espone al rischio reale e concreto di violazione del principio fondamentale di *non refoulement*.

Prima del rimpatrio i migranti devono essere registrati e informati della possibilità di presentare domanda di asilo, in caso manifestata volontà di presentare la domanda di asilo questa sarà presentata in Grecia. Le domande di asilo sono quindi esaminate dalle autorità greche con il supporto dell'UNHCR in conformità alla direttiva procedure; l'accordo prevede che i migranti saranno registrati senza indugio e le richieste d'asilo saranno esaminate individualmente dalle autorità greche. Saranno rimpatriati in Turchia chi vorrà sottrarsi alla registrazione e coloro che non presentano domanda di asilo o la cui domanda sarà giudicata inammissibile o infondata sulla base della direttiva procedure. Quindi, per ogni siriano riammesso in Turchia, un altro siriano presente in Turchia verrà reinsediano nell'Unione europea. In cambio la Turchia chiede all'Europa la liberalizzazione dei visti per i cittadini turchi dal 1 giugno 2015 a patto che siano rispettate tutte le condizioni richieste dal Consiglio europeo. L'Unione ha posto un limite al numero di rifugiati siriani da reinsediare di 72.000 in totale per il 2016.

L'accordo prevede tra l'altro che Turchia e Grecia, saranno assistiti da istituzioni e agenzie dell'UE che prenderanno le misure necessarie per

[827] Commissione europea, Prossime fasi operative della cooperazione UE-Turchia in materia di migrazione, Bruxelles, 16.03.2016, COM(2016)166, disponibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52016DC0166.

concordare eventuali accordi bilaterali necessari, compresa la presenza di funzionari turchi sulle isole greche e funzionari greci in Turchia dal 20 marzo 2016, ciò al fine di assicurare i contatti e facilitare in tal modo il buon funzionamento di questi accordi. I costi delle operazioni di rimpatrio dei migranti irregolari saranno coperti dall'UE.

L'accordo è stato adottato quale misura temporanea e straordinaria e dovrebbe essere sostituito da un programma di ammissione umanitaria di siriani dalla Turchia; allo stato attuale l'Accordo è ancora in vigore.

Sono diverse le ragioni di criticità che devono essere mosse all'accordo UE-Turchia[828], prima tra tutte quella di realizzare attraverso l'egida di questo accordo delle vere e proprie espulsioni di massa in violazione del principio di *non refoulement*[829]; inoltre, vi sono ragioni serie e comprovate per ritenere la Turchia Paese non sicuro[830], basti qui ricordare che dal punto di vista normativo la Turchia non può essere considerata Paese terzo sicuro in quanto pur essendo parte della Convenzione di Ginevra del 1951 si è avvalsa della c.d. clausola geografica per cui applica la Convenzione limitatamente ai richiedenti protezione internazionale provenienti dall'Europa, riconoscendo ai richiedenti protezione internazionale non europei solo una forma di protezione internazionale temporanea non paragonabile alla protezione

[828] Per un approfondimento si veda C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in Diritti umani e diritto internazionale, vol. 10, 2016, n. 2, pp. 405-426.

[829] *Ibidem*, p. 412.

[830] Si veda E. ROMAN, *Why Turkey is Not a "Safe Country"*, in Statewatch del febbraio 2016, reperibile all'indirizzo http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf; E. ROMAN *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in SIDIBlog del 21 marzo aprile 2016, disponibile su www.sidi-isil.org; H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *L'accord Union européenne-Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, in Réseau Universitaire européen du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice del 23 marzo 2016, disponibile su www.gdr-elsj.eu; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in Diritti umani e diritto internazionale, vol. 10, 2016, n. 2, p. 415.

connessa al riconoscimento dello *status* di rifugiato. Inoltre, dal punto di vista applicativo sono i numerosi rapporti di denuncia[831]di violazione dei diritti fondamentali in Turchia, al quale si aggiunge altresì la relazione parlamentare del Consiglio d'Europa[832]– con la quale si è eseguita sia un'approfondita analisi sulla qualificazione giuridica della Turchia quale Paese terzo sicuro, sia un rapporto sul trattamento dei richiedenti asilo e beneficiari di protezione internazionale in Turchia – ebbene, da tutti questi documenti emerge che la Turchia non può essere considerata un Paese sicuro ove poter rimpatriare i richiedenti protezione internazionale. È fondamentale la qualificazione della Turchia come Paese di primo asilo o Paese terzo sicuro poiché permette di giudicare inammissibile ai sensi della direttiva procedura la domanda di protezione internazionale presentata da un richiedente giunto in Grecia dalla Turchia e dunque consentirebbe di rimpatriare il richiedente protezione internazionale in Turchia. Per tale ragione la Commissione europea ha esortato la Grecia a modificare la propria legislazione nazionale in tema di asilo, adottando una lista di Paesi terzi sicuri tra cui la Turchia, poiché il governo greco non ha adottato allo stato attuale alcuna lista si è creata una situazione d'incertezza che ha determinato la presentazione di numerosi ricorsi avverso i rimpatri in Turchia dei richiedenti asilo.

[831] Si veda per un approfondimento: Dutch Council for Refugees, ECRE, "The DCR/ECRE desk research on application of a safe third country and a first country of asylum concepts to Turkey", maggio 2016, disponibile su www.ecre.org; Jesuit Refugee Service European Policy Discussion Paper, "The EU-Turkey Deal", 2016, disponibile su jrseurope.org. Si veda anche Report from GUE/NGL Delegation to Turkey, *What Merkel, Tusk and Timmermans should have seen during their visit to Turkey*, , 2-4 maggio 2016, disponibile su www.europarl.eu.

[832] Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016, risoluzione n. 2109(2016) del 20 aprile 2016, adottata sulla base del rapporto doc. 14028 del 19 aprile 2016.

Come si è osservato in dottrina[833] i numerosi ricorsi sollevati in Grecia avverso i provvedimenti di rimpatrio eseguiti in virtù dell'accordo UE-Turchia sono ad avviso della Commissione un *vulnus* della Dichiarazione UE-Turchia perché non solo ne inficiano lo scopo ma ne ribaltano gli effetti congestionando sempre di più il sistema greco di asilo. Si è, infatti, osservato che «*secondo la Commissione il problema non è che la Turchia non è (ancora?) un Paese terzo sicuro dove rinviare richiedenti asilo, ma lo sono le decisioni di accoglimento dei ricorsi contro le decisioni d'inammissibilità pronunciate dalle Commissioni d'appello greche*».[834]È sotto queste osservazioni della Commissione e sotto la pressione di altri Stati europei che il governo greco ha approvato una legge di modifica della composizione delle Commissioni di appello competenti a esaminare i ricorsi in materia d'asilo.[835]

Infine, il principio del c.d. *programma 1:1* – secondo cui per ogni siriano irregolare rinviato in Turchia dalla Grecia, un rifugiato siriano verrà dalla Turchia reinsediato in Europa – pone problemi giuridici sulla violazione del principio di non discriminazione, si è, infatti, rilevato in

[833] Si veda C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, cit., p. 418.
[834] *Ibidem*.
[835] *Ibidem* ove si legge: « *Le commissioni d'appello erano composte da tre membri, uno di espressione governativa, uno nominato dall'UNHCR e uno dalla Commissione nazionale per i diritti umani. La nuova composizione vedrà invece un membro nominato dall'UNHCR e due giudici amministrativi. Poiché non ci sarà più la maggioranza di membri di espressione degli organismi di tutela dei rifugiati e dei diritti umani, è probabile che gli esiti dei ricorsi saranno effettivamente diversi rispetto a quelli avuti sino ad ora. Trattandosi di un aspetto cruciale nella verifica del rispetto del diritto individuale dei singoli alla protezione internazionale da parte della Grecia e dell'UE tutta attraverso la Dichiarazione, l'esito dei ricorsi da parte delle nuove commissioni d'appello dovrà essere attentamente esaminato e valutato»;* si veda anche P. KINGSLEY, "*Greece sidelines officials who blocked expulsion of refugees to Turkey*", in The Guardian del 17 giugno 2016, disponibile su www.theguardian.com.

dottrina che questo programma «*solleva delle problematiche giuridiche – ad esempio, perché discrimina fra siriani e richiedenti asilo di altre nazionalità– ed è moralmente discutibile, nella misura in cui genera una sorta di 'commercio' di esseri umani*».[836]

In via preliminare, tuttavia, colpisce la natura giuridica dell'accordo UE-Turchia in quanto esso è stato adottato informalmente dai capi di Stato e di governo dell'Unione europea; l'accordo del 18 marzo 2016 è, infatti, una chiara espressione della volontà politica del Consiglio europeo, nella sostanza è un accordo atipico dell'Unione europea poiché è stato stipulato in violazione delle procedure previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea *ex* art. 218 TFUE.

L'accordo UE-Turchia del 18 marzo 2016 è stato reso noto solo attraverso la pubblicazione di una stringata dichiarazione del Consiglio europeo un c.d. *statement* che in genere non costituisce atto vincolante, a tal proposito in dottrina si sono sottolineate le c.d. *acrobazie lessicali* adoperate al fine di non evocare la natura giuridica dell'accordo.[837]

Al fine di conoscere integralmente gli atti dell'accordo, un'associazione spagnola[838]ha presentato due diverse richieste, tramite la piattaforma per

---

[836] M. GATTI, *La dichiarazione Ue–Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del parlamento?,* in Eurojus, 11 aprile 2016, reperibile all'indirizzo http://rivista.eurojus.it/la-dichiarazione-ue-turchia-sulla-migrazione-un-trattato-concluso-in-violazione-delle-prerogative-del-parlamento/?print=pdf.

[837] Si veda C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, *cit.*, p. 419 ove si legge: « *Quanto alla forma, la Dichiarazione del 18 marzo non è denominata come «accordo», non è firmata né pubblicata secondo quanto previsto dalle rispettive parti ed ha un contenuto derivante da una pluralità di documenti, tutti di per sé non qualificabili come accordi: due comunicati stampa, una comunicazione della Commissione e un Piano d'azione del novembre 2015. Proprio per non definirli come tali si osservano sorprendenti acrobazie lessicali, con l'impiego di sinonimi della parola accordo che evochino il meno possibile l'idea dell'obbligo giuridico, come Piano d'azione o Dichiarazione, per poi però ritornare all'uso della terminologia tipica di questi come «entrata in vigore» e «attuazione »*.

[838] Access Info Europe https://www.access-info.org/frontpage/27029.

l'accesso all'informazione AsktheEu.org[839]; entrambe le richieste sono state rigettate sia dalla Direzione generale affari interni che dal servizio legale della Commissione europea con la seguente motivazione: «*necessità di tutela della consulenza legale, del processo decisionale e delle relazioni internazionali*»[840], per tale ragione l'associazione spagnola *Access Info Europe* ha presentato ricorso alla Corte di giustizia dell'Ue affinché la Commissione Europea renda noti i dettagli legali sull'accordo Ue-Turchia sui migranti.[841]

Sulla natura giuridica dell'accordo UE-Turchia si era sollevata da parte del Parlamento europeo un'interrogazione parlamentare dal seguente tenore: « *ai sensi del trattato di Lisbona, un accordo internazionale che abbia un impatto sulla legislazione "ordinaria" dell'UE dovrebbe essere negoziato dal Consiglio o dalla Commissione conformemente all'articolo 218 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) ed essere approvato dal Parlamento, il quale "è immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura" (articolo 218, paragrafo 10, del TFUE). Tali disposizioni mirano principalmente, da una parte, a non mettere sotto pressione il Parlamento per recepire nella legislazione dell'UE misure che non hanno precedentemente ottenuto la sua approvazione e, dall'altra, ad attuare il principio di "buona fede" con il paese terzo interessato. Nonostante la chiarezza di tali disposizioni a livello di trattato, alcuni Stati membri hanno negoziato un cosiddetto "Accordo UE-Turchia" (con la partecipazione della Commissione), poi perfezionato nell'ambito della*

[839] Piattaforma AsktheEu.org https://www.asktheeu.org/.
[840] Si veda ASGI, *Accordo Ue-Turchia: ricorso alla Corte Europea di Giustizia,* del 14/12/2016, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/accordo-ue-turchia-ricorso-corte-europea-giustizia/.
[841] Si veda Access Info Europe, *Access Info challenges European Commission secrecy around EU-Turkey refugee deal legal advice before the European Court of Justice,* del 2 dicembre 2016, reperibile all'indirizzo https://www.access-info.org/frontpage/27029.

riunione tra i capi di Stato e di governo e il primo ministro turco. Malgrado il suo titolo generico ("Dichiarazione"), l'accordo prevede vari obblighi da ambo le parti e un meccanismo di monitoraggio reciproco. 1. Ritiene il Consiglio che l'"Accordo UE-Turchia", che disciplina ambiti di competenza esclusiva e condivisa dell'UE, sia vincolante a norma del diritto internazionale e/o del diritto dell'UE? 2. In caso di risposta positiva, perché l'accordo non è stato negoziato e concluso conformemente all'articolo 218 del TFUE? 3. In caso di risposta negativa, la controparte turca è stata informata circa la natura non vincolante dell'accordo e del fatto che alcuni aspetti potrebbero non essere attuati conformemente a quanto previsto?».[842]

L'interrogazione parlamentare è meramente retorica, di fatti in tema di diritto internazionale e diritto dell'Unione europea la dottrina è concorde nel ritenere che la mancanza della forma e delle procedure tipiche dell'accordo non è elemento decisivo ai fini della qualificazione dell'accordo stesso, in quanto vige il principio della libertà delle forme e il *favor* verso la qualificazione sostanziale di un accordo internazionale laddove sussistano obblighi reciproci tra le parti, assunti anche in modo irrituale, salvo il rispetto delle norme sulla competenza a stipulare dei soggetti parte, nonché sul limite degli accordi segreti.[843]

[842] Interrogazione parlamentare del 22 marzo 2016 con richiesta di risposta orale al al Consiglio ex Articolo 128 del regolamento da parte dell'europarlamentare Birgit Sippel, a nome del gruppo S&D avente ad oggetto: Natura giuridica e natura vincolante del cosiddetto "Accordo UE-Turchia", reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2016-000053+0+DOC+XML+V0//IT.

[843] In questo senso si veda in dottrina C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, *cit.*, p. 419; E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?,* in European Papers 2016, p. 3 ss., disponibile su www.europeanpapers.eu; O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?,* in EU Immigration and Asylum Law Policy del 10 giugno 2016, disponibile su http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?,* in EU Law

Sorprende e preoccupano le ordinanze del Tribunale dell'UE con le quali il Tribunale ha dichiarato la propria incompetenza a conoscere e analizzare i ricorsi di tre richiedenti asilo avverso la dichiarazione UE-Turchia[844]poiché «*tale atto non è stato adottato da una delle istituzioni dell'Unione europea*».[845]Ebbene, questa decisione del Tribunale dell'Unione europea è, ad avviso di chi scrive, preliminare a tutte le analisi che si possono fare in ordine alle violazioni dei diritti umani discendenti dall'Accordo UE-Turchia. Questa pronuncia del Tribunale dell'Unione europea merita di essere severamente censurata e criticata.

La dottrina italiana ed europea è unanime nel ritenere che: « *il principio giuridico rilevante è che la Dichiarazione del 18 marzo 2016, a prescindere dalla forma e dalla procedura seguita, può essere considerata come un accordo internazionale nella misura in cui comporta autentici obblighi giuridici in capo alle parti; sul piano del diritto UE è poi rilevante se tale «accordo» incida su norme UE alterandone la portata. In questa ipotesi, infatti, non solo si afferma una competenza esclusiva dell'Unione ma è anche necessaria la previa approvazione del Parlamento europeo (articoli 3, par. 2, e 216, par. 1, del TFUE)*».[846]

Benché, infatti, il Consiglio abbia definito l'accordo come *statement* e quindi come mera dichiarazione non vincolante, e benché, come si è visto, il Tribunale dell'Unione europea si sia tolto dall'imbarazzo di

---

Analysis del 7 aprile 2016, disponibile su http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html.

[844] Tribunale dell'Unione europea, Ordinanze del Tribunale del 28 febbraio 2017, caso NF, NG e NM / Consiglio europeo, nelle cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16; si veda il comunicato stampa del Tribunale dell'Unione europea n. 19/17 del 28 febbraio 2017 reperibile all'indirizzo http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019it.pdf.

[845] *Ibidem*.

[846] C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, *cit.*, p. 419.

valutare nel merito gli effetti dirompenti dell'accordo sul piano del rispetto dei diritti umani – dichiarando di non esserne competente *in quanto l'accordo non costituisce atto dell'Unione* – si ritiene che l'accordo UE-Turchia sia da considerare un vero e proprio trattato internazionale in quanto obbliga le parti ad impegni reciproci anche di natura finanziaria.[847]Ne consegue in ordine all'adozione di tale accordo sussiste la violazione delle norme previste dal Trattato di Lisbona *ex* art. 218 TFUE, in particolare l'accordo è stato adottato in spregio delle prerogative del Parlamento europeo.[848]Si osserva, infatti, che l'art, 218, comma 6 TFUE attribuisce al Parlamento europeo il potere di approvare la conclusione di varie categorie di accordi internazionali, tra cui gli accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria; in dottrina si è dunque rilevato che:« *tale procedura si applica, inter alia, nel settore della "politica comune dell'immigrazione" (art. 79 TFUE), che riguarda "la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale" – cioè l'ambito di applicazione materiale della Dichiarazione UE-Turchia. Eppure, come sopra anticipato, il Parlamento non sembra essere stato coinvolto nell'adozione della Dichiarazione* ».[849]

Ci si chiede pertanto perché il Parlamento europeo non abbia avviato un ricorso per annullamento *e x* art. 263 TFUE della Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016; il Parlamento avrebbe, infatti, potuto

[847] La stessa Corte di giustizia nel parere dell'11 novembre 1975 n.1/75 ha definito l'interpretazione della nozione di accordo internazionale nel seguente modo: «*ogni impegno a carattere vincolante assunto da soggetti di diritto internazionale, indipendentemente dalla sua forma*».

[848] Per un approfondimento sulla natura giuridica dell'accordo UE-Turchia si veda: M. GATTI, *La dichiarazione Ue–Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del parlamento?, cit.;* C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, *cit.*

[849] M. GATTI, *La dichiarazione Ue–Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del parlamento?, cit* p. 2.

invocare la violazione delle norme procedurali previste dall'art. 218 TFUE e dunque far dichiarare dalla Corte di giustizia l'illegittimità di un atto che viola le proprie prerogative.

Una parte della dottrina ha rilevato che forse anche il Parlamento europeo ha preferito mantenere lo *status quo* e dunque abbia tacitamente accettato la conclusione di questa Dichiarazione considerandola come espressione di una mera volontà intergovernativa, al fine di non farsi coinvolgere su una questione molto delicata sul piano politico.[850]Questa tesi sembra trovare conferma nel parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo.[851]Dunque nonostante la questione sulla natura giuridica dell'accordo Ue-Turchia sia stata oggetto di un apposito dibattito in seno al Parlamento europeo[852], si è deciso di non adire la Corte di giustizia ex art. 263 TFUE in difesa delle proprie prerogative. Ebbene, appare però evidente che tale riflessione sulla mancata attivazione *ex* art. 263 TFUE del Parlamento europeo ad oggi può condurre solo a formulare eventuali giudizi su un comportamento

[850] *Ibidem*, p.4.

[851] Parere esposto oralmente nella seduta del 9 maggio 2016 della Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni – LIBE – del Parlamento europeo: Aspetti giuridici della dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, LIBE/8/06399, Presentazione a cura del servizio giuridico, disponibile su www.europarl.eu; così C.FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, *cit*., p. 421 in nota n. 50 ove si richiamano altresì i seguenti contributi in dottrina: N. NIELSEN, *EU-Turkey Deal Not Legal Binding Says EP Legal Chief*, in EuObserver del 10 marzo 2016, disponibile su www.euobserver.com. ; S. PEERS, *The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment,* EU Law Analysis del 18 marzo 2016, disponibile su www.eulawanalysis.blogspot.it e D. THYM, *Why the EU-Turkey Deal Can Be Legal the Right Direction*, in EU Immigration and Asylum Law Policy dell'11 marzo 2016, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu.

[852] Plenaria del Parlamento europeo del 13 aprile 2016, reperibile all'indirizzo disponibile su www.europarl.europa.eu.

compiacente del Parlamento europeo e dunque valutazioni di natura squisitamente politica.

Dall'altra parte però è interessante interrogarsi sugli eventuali strumenti giuridici ancora utili a far rilevare l'illegittimità dell'Accordo Ue-Turchia.

Ebbene, da ultimo, come si è già anticipato, il Tribunale dell'Unione europea ha avuto occasione di esprimersi circa la propria competenza *ex* art. 263 TFUE in ordine alla legittimità dell'Accordo UE-Turchia e la pronuncia è stata d'incompetenza in quanto « *né il Consiglio europeo né alcun'altra istituzione dell'Unione ha deciso di concludere un accordo con il governo turco in merito alla crisi migratoria. In mancanza di un atto di un'istituzione dell'Unione di cui possa sindacare la legittimità ai sensi dell'articolo 263 TFUE, il Tribunale si dichiara incompetente a conoscere dei ricorsi dei tre richiedenti asilo. Ad abundantiam, alla luce del riferimento, contenuto nella «dichiarazione UE-Turchia», al fatto che «l'[Unione] e la [Repubblica di] Turchia avevano concordato punti di azione complementari», il Tribunale considera che, anche supponendo che un accordo internazionale possa essere stato concluso informalmente nel corso della riunione del 18 marzo 2016, circostanza che, nel caso di specie, è stata negata dal Consiglio europeo, dal Consiglio dell'Unione europea e dalla Commissione europea, tale accordo sarebbe stato fatto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri dell'Unione e dal Primo ministro turco. Orbene, nell'ambito di un ricorso proposto ai sensi dell'articolo 263 TFUE, il Tribunale non è competente a pronunciarsi sulla legittimità di un accordo internazionale concluso dagli Stati membri*».[853]

[853] Tribunale Unione europea, Ordinanze del Tribunale del 28 febbraio 2017, caso NF, NG e NM / Consiglio europeo, nelle cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16; si veda il comunicato stampa del Tribunale dell'Unione europea n. 19/17 del 28

Come si è detto questa soluzione del Tribunale dell'Unione europea non è per niente condivisibile, ci si chiede pertanto se le ordinanze verranno impugnate in secondo grado dai ricorrenti innanzi alla Corte di giustizia.

Immaginare la proposizione di nuovi ricorsi diretti alla Corte di giustizia ex art. 263 TFUE è impossibile in quanto il termine per proporre ricorso – di due mesi a decorrere dall'approvazione dell'atto da impugnare – è già spirato; quanto alla legittimazione ad agire da parte delle persone fisiche interessate, bisogna osservare che il Tribunale dell'Unione europea quantomeno non ha dichiarato la mancanza di legittimazione attiva da parte dei tre richiedenti asilo che hanno proposto il ricorso *ex* art. 263, par. 4 TFUE.

È possibile invece immaginare che la Corte di giustizia potrà essere in futuro adita con un rinvio pregiudiziale di invalidità *ex* art. 267 TFUE, infatti: «*l'invalidità dell'accordo potrebbe essere fatta valere di fronte alle giurisdizioni nazionali competenti a conoscere dei ricorsi individuali di persone interessate alle misure adottate dalla Grecia in attuazione dell'accordo, che dovrebbero rivolgersi alla Corte di giustizia nel caso ritenessero fondato il dubbio di validità sollevato*».[854]

Quel che si è voluto dimostrare con il richiamo all'approccio al metodo *hotspot* e l'accordo EU- Turchia è questa tendenza dell'Unione a elaborare strumenti che si distinguono per la loro marcata ambiguità: sono entrambi azioni atipiche, inoltre sono state volute dalla Commissione e dal Consiglio europeo e sono state adottate in un ambito di competenza dell'Unione, tuttavia di contro mettono in campo gli Stati

---

febbraio 2017 reperibile all'indirizzo http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019it.pdf.

[854] Così, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, *cit.,* p. 422.

uti singuli per quanto concerne le responsabilità che ne discendono sul loro piano attuativo.[855]

L'obiettivo di queste politiche sembra quello di fare della Grecia e dell'Italia l'imbuto dell'Europa al fine di ostacolare sempre di più l'ingresso dei richiedenti asilo. Sul piano del rispetto dei diritti umani si è osservato che i numerosi ricorsi presentati in Grecia sono la prova che le domande sono valutate caso per caso, anche il numero dei ricorsi accolti è indice che la tutela dei diritti fondamentali è stata garantita da parte della Grecia.

In conclusione, alla luce dei negoziati sulla riforma del sistema europeo comune di asilo appare necessaria un'indagine approfondita sull'impatto che queste politiche – da considerare come il laboratorio di prova delle strategie future – hanno in tema di rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

Si manifesta profonda preoccupazione per la tendenza a voler replicare nel breve termine questo tipo di accordi di riammissione con Paesi terzi che non offrono alcuna garanzia in tema di rispetto dei diritti fondamentali, il riferimento è all'accordo che il governo italiano intende siglare, sotto la pressione e il benestare dell'Unione europea, con il governo libico.[856]

---

[855] Si veda il rapporto dell'ASGI, *Esperimento Grecia sul diritto d'asilo dopo l'accordo UE – Turchia*, resoconto del sopralluogo giuridico ASGI del 15-19 giugno 2016, disponibile all'indirizzo http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/08/2016_giugno_Esperimento-Grecia.pdf.

[856] Memorandum di intesa sui migranti firmato il 2 febbraio 2017 tra Italia e Libia, si veda Repubblica, *Migranti: accordo Italia- Libia, il testo del memorandum*, del 2 febbraio 2017, disponibile all'indirizzo http://www.repubblica.it/esteri/2017/02/02/news/migranti_accordo_italia-libia_ecco_cosa_contiene_in_memorandum-157464439/.

5. Un'evoluzione del diritto di asilo europeo sarà mai possibile? Conclusioni a margine della sentenza X., X. c. Belgio, causa C-638/2016

È possibile immaginare un sistema europeo comune di asilo capace di offrire ai richiedenti asilo uno spazio sicuro in cui trovare protezione e farvi ingresso senza correre il rischio di affrontare un viaggio pericoloso e disumano. È possibile elaborare una teoria del diritto di asilo capace di superare i limiti della dottrina internazionalistica ancorata alla preminenza della sovranità statale, ed è altrettanto possibile pensare che a realizzare questa evoluzione non siano i singoli Stati ma l'Unione europea.

Ha certamente creduto che fosse possibile tutto questo l'avvocato generale Paolo Mengozzi il quale, nelle conclusioni presentate il 7 febbraio 2017 nel caso *X., X. c. Belgio*[857], ha offerto un quadro alternativo possibile al concetto di diritto di asilo europeo.

La questione pregiudiziale, sollevata con procedura d'urgenza dal *Conseil du contentieux des étrangers* (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, Belgio), verteva sull'interpretazione dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (CE) n. 810/2009, del Parlamento e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti, nonché degli articoli 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

I fatti di causa prendono avvio nell'ambito di una controversia fra una coppia di siriani residenti ad Aleppo e i loro tre figli in tenera età e lo Stato belga in relazione al rifiuto di quest'ultimo di rilasciare loro un

[857] Conclusioni avvocato generale Paolo Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, caso *X., X. c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491913401004&uri=CELEX:62016CC0638.

visto con validità territoriale limitata, ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del codice dei visti, richiesto per motivi umanitari.[858]

La questione è importante perché, come sottolinea l'avvocato generale, offre la possibilità alla Corte di giustizia di chiarire se uno Stato membro attua il diritto dell'Unione quando adotta una decisione riguardante una domanda di visto con validità territoriale limitata. In caso di risposta affermativa, così come prospetta l'avvocato generale, lo Stato membro sarebbe tenuto ad assicurare il rispetto dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali, in particolare dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali; la conseguenza è che gli Stati avrebbero un obbligo positivo che li dovrebbe indurre a rilasciare un visto con validità territoriale limitata quando sussistono motivi gravi e dimostrati per

[858] I fatti di causa possono essere così brevemente riassunti: i ricorrenti sono una coppia siriana residente ad Aleppo e genitori di tre figli in tenera età. La coppia ha dichiarato di essere cristiani di confessione ortodossa. Il 12 ottobre 2016 si sono recati al consolato belga di Beirut in Libano e lì hanno presentato domanda di visto; il 13 ottobre sono tornati ad Aleppo. La domanda di visto temporaneo era finalizzata a consentire alla famiglia di siriani di giungere in modo sicuro il Belgio e una volta lì presentare domanda di asilo. Uno dei ricorrenti dichiara, in particolare, di essere stato sequestrato da un gruppo terrorista, percosso e torturato, prima di essere infine liberato a seguito del pagamento di un riscatto. I ricorrenti insistono segnatamente sul degrado della situazione della sicurezza in Siria e in particolare ad Aleppo, nonché sulla circostanza che, essendo di religione cristiana ortodossa, rischiano di essere perseguitati a causa delle loro credenze religiose. Essi aggiungono che è loro impossibile ottenere di essere registrati come rifugiati nei paesi limitrofi, in considerazione, segnatamente, del fatto che la frontiera tra Libano e Siria è stata nel frattempo chiusa. Le domande di visto venivano respinte con decisioni dell'*Office des étrangers* (Ufficio per gli stranieri, Belgio) del 18 ottobre 2016, in applicazione dell'articolo 32, paragrafo 1, lettera b), del codice dei visti. Secondo l'*Office des étrangers* (Ufficio per gli stranieri), infatti, richiedendo un visto con validità territoriale limitata al fine di presentare una domanda di asilo in Belgio, i ricorrenti avevano palesemente l'intenzione di soggiornare per un periodo superiore a 90 giorni in Belgio. Inoltre, le decisioni controverse dell'Office des étrangers (Ufficio per gli stranieri) pongono in rilievo, da un lato, che l'articolo 3 della CEDU non può essere interpretato nel senso di imporre agli Stati firmatari di ammettere nel loro territorio ogni persona che vive una situazione catastrofica e, dall'altro, che, secondo la legislazione belga, le sedi diplomatiche belghe non rientrano nel novero delle autorità presso le quali uno straniero può presentare una domanda d'asilo. Orbene, autorizzare il rilascio di un visto d'ingresso ai ricorrenti per consentire loro di presentare la loro domanda di asilo in Belgio equivarrebbe ad autorizzare la presentazione della loro domanda in una sede diplomatica.

ritenere che il rifiuto di procedere al rilascio di tale documento comporterà la conseguenza diretta di esporre persone in cerca di protezione internazionale a tortura o a trattamenti inumani o degradanti vietati dal menzionato articolo.[859]

Le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi sono appassionate e richiamano al senso di responsabilità degli Stati membri proprio in un momento in cui si erigono muri di filo spinato ai confini dell'Unione. Inoltre, alle paure mosse dai governi e dalla Commissione europea, all'udienza del 30 gennaio 2017, sulle possibili conseguenze del riconoscimento di un obbligo in capo agli Stati membri di rilasciare visti d'ingresso umanitari finalizzati alla presentazione della domanda di protezione internazionale, l'avvocato generale Mengozzi risponde ritenendo che tali preoccupazioni non sono condivisibili, quindi offre un ragionamento che qui s'intende richiamare testualmente:«*benché l'Unione viva momenti difficili, non condivido tale preoccupazione. È, invece, come nel procedimento principale, il rifiuto di riconoscere una via d'accesso legale al diritto alla protezione internazionale sul territorio degli Stati membri – che sfortunatamente costringe spesso i cittadini di paesi terzi in cerca di una tale protezione a unirsi, rischiando la loro vita, al flusso attuale di immigrati illegali alle porte dell'Unione – che mi pare particolarmente preoccupante in considerazione, segnatamente, dei valori umanitari e del rispetto dei diritti dell'uomo sui quali si fonda la costruzione europea. È forse necessario ricordare che, come si afferma rispettivamente negli articoli 2 e 3 del Trattato UE, l'Unione «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana (...) e del rispetto dei diritti umani» e «si prefigge di*

[859] *Ibidem*, par. 3.

promuovere (...) i suoi valori», anche nelle relazioni con il resto del mondo? ».[860]

Ai fini del presente lavoro le considerazioni qui richiamate parrebbero idonee a sostenere la tesi che sin dall'inizio si è provata a dimostrare: il diritto di asilo s'identifica, nella sua parte essenziale, con il diritto al rispetto della dignità umana pertanto innanzi alla richiesta di tutela di quel diritto, lo Stato, ma sarebbe meglio dire l'Unione, avrebbe l'obbligo positivo di garantire la protezione internazionale e dunque assicurare i diritti ad essa connessi, primo fra tutti quello all'accoglienza.

Inoltre, ad avviso dell'avvocato generale Mengozzi – in attesa che il futuro codice dei visti introduca condizioni legali di accesso in Europa al fine di richiedere protezione internazionale – sostiene che l'obbligo giuridico di protezione internazionale discenderebbe già dall'art. 25, par. 1 lett. a) del codice dei visti secondo cui «*i visti con validità territoriale limitata sono rilasciati eccezionalmente nei seguenti casi: a) quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato ritiene necessario: 1) derogare al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso di cui all'articolo [6], paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen […]; 2) rilasciare un visto [...]*».[861]

Le domande di visto che la coppia siriana aveva presentato presso il Consolato belga di Beirut in Libano, erano state rigettate dall'Ufficio per gli stranieri belga in applicazione dell'art. 32, par. 1 lett. b) del codice dei visti, poiché, ad avviso del predetto ufficio, richiedendo un visto con validità territoriale limitata al fine di presentare una domanda di asilo in Belgio, i ricorrenti avevano palesemente l'intenzione di soggiornare per

[860] *Ibidem,* par. 6.
[861] Art. 25, par. 1 lett. *a)* regolamento (CE) n. 810/2009, del Parlamento e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti.

un periodo superiore a 90 giorni in Belgio. Inoltre, le decisioni di rigetto delle domande erano motivate partendo dal rilievo, da un lato, che l'articolo 3 della CEDU non può essere interpretato nel senso di imporre agli Stati firmatari di ammettere nel loro territorio ogni persona che vive una situazione catastrofica e, dall'altro, che, secondo la legislazione belga, le sedi diplomatiche non rientrano nel novero delle autorità presso le quali uno straniero può presentare una domanda d'asilo. Quindi, secondo l'ufficio per gli stranieri, autorizzare il rilascio di un visto d'ingresso ai ricorrenti per consentire loro di presentare la loro domanda di asilo in Belgio equivarrebbe ad autorizzare la presentazione della loro domanda in una sede diplomatica.[862]

I ricorrenti nel procedimento principale impugnavano le decisioni dell'ufficio per gli stranieri belga sostenendo che « *l'articolo 18 della Carta preveda un obbligo positivo per gli Stati membri di garantire il diritto d'asilo e che la concessione della protezione internazionale sia l'unico mezzo per evitare il rischio di violazione dell'articolo 3 della CEDU e dell'articolo 4 della Carta. A tale riguardo, essi lamentano che il rischio di violazione dell'articolo 3 della CEDU da loro dedotto non sarebbe stato considerato nel respingere le loro domande di visto*».[863] L'eccezione mossa a questa tesi è sostanzialmente quella avanzata anche dal governo belga secondo cui dall'art. 3 della Cedu e dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 deriva in capo agli Stati membri solo un obbligo di *non refoulement*. In verità, il governo belga non considera gli obblighi che discendono anche dall'art. 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali ritenendo che nel caso di specie non entri in gioco il diritto dell'Unione europea in quanto non esite ancora una normativa europea

[862] Conclusioni avvocato generale Paolo Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, caso *X. e X. c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, paragrafo 33
[863] *Ibidem,* par. 34.

di diritto derivato in tema di ingresso legale dei migranti, dunque ne deriverebbe in questa materia una competenza esclusiva degli Stati membri.

Sulle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio, l'avvocato generale Mengozzi rileva che la prima questione è composta da due parti: « *nella prima parte, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se l'espressione «obblighi internazionali», di cui all'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del codice dei visti, si riferisca ai diritti garantiti dalla Carta e, segnatamente, a quelli enunciati agli articoli 4 e 18 di quest'ultima. Nella seconda parte, il giudice del rinvio auspica accertare se tale espressione si riferisca agli obblighi ai quali gli Stati membri sono tenuti in considerazione della CEDU e dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra*».[864]

Ebbene, l'avvocato generale chiarisce che quando gli Stati adottano atti normativi in attuazione del diritto dell'Unione europea sono tenuti al rispetto del diritto dell'Unione e quindi *ex* art. 6 TUE degli obblighi imposti dalla carta dei diritti fondamentali, in particolare del suo art. 51, paragrafo 1; ne conseguirebbe che: « *rilasciando o rifiutando di rilasciare un visto con validità territoriale limitata in base all'articolo 25 del codice dei visti, le autorità degli Stati membri adottano una decisione relativa ad un documento che autorizza l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, che è soggetto ad un regime armonizzato e agiscono, pertanto, nell'ambito e in applicazione del diritto dell'Unione. Tale conclusione non può essere messa in discussione dall'eventuale riconoscimento di un potere discrezionale dello Stato membro interessato nell'applicazione dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del codice dei visti*».[865]

[864] *Ibidem*, par. 71.
[865] *Ibidem*, paragrafi 80 -81.

Gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione non possono, infatti, frapporre al rispetto dei diritti fondamentali sanciti nella Carta di Nizza alcun esercizio del loro potere discrezionale se finalizzato a una limitazione dei diritti in essa sanciti; anche per quanto riguarda l'eccezione sollevata dal Belgio in ordine al limite territoriale secondo cui le ambasciate non sarebbero legittimate a recepire *mascherate* domande di protezione internazionale, l'avvocato generale richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, rileva che esiste un parallelismo tra applicazione del diritto dell'Unione e applicazione dei diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, che non trova ostacolo nel criterio di collegamento territoriale. Infatti, si legge nelle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi: « *se l'applicazione della Carta fosse subordinata ad un criterio di collegamento territoriale con l'Unione (o piuttosto con uno degli Stati membri), oltre al criterio di collegamento con il diritto dell'Unione, l'attuazione dell'insieme del regime comune dei visti previsto dal codice dei visti sarebbe verosimilmente sottratta al rispetto dei diritti previsti dalla Carta, il che violerebbe non soltanto il principio che disciplina l'applicazione di quest'ultima, ma altresì la chiara intenzione del legislatore dell'Unione, quale enunciata al considerando 29 del codice dei visti, in un'epoca in cui la Carta non aveva ancora forza obbligatoria* ».[866]

La tesi sostenuta dall'avvocato generale avrebbe un impatto dirompente e rivoluzionario in tema di asilo, poiché per questa via s'introdurrebbe il superamento del carattere territoriale dell'asilo.

Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio si domanda se, in presenza di una situazione in cui esiste un rischio comprovato di violazione dell'articolo 4 e/o dell'articolo 18 della Carta dei diritti

[866] *Ibidem,* paragrafo 91.

fondamentali dell'Unione europea, detto Stato membro non sia tenuto a rilasciare il visto di ingresso temporaneo.

Ebbene, l'avvocato generale dopo aver ricostruito la drammatica e attuale condizione siriana[867] e dopo aver ribadito l'obbligo assoluto degli Stati di dover rispettare l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, ritiene di non aver dubbio che i trattamenti cui sono sottoposti i cittadini siriani siano vietati dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; dunque rileva che: «*esistevano motivi seri per ritenere che il rifiuto da parte dello Stato belga di rilasciare un visto con validità territoriale limitata avrebbe condotto direttamente i ricorrenti nel procedimento principale, salvo rimanere in Siria, a doversi esporre, come estrema risorsa, a sofferenze fisiche e morali rischiando la loro vita al fine di esercitare il diritto alla protezione internazionale che essi hanno reclamato. Che uno Stato membro possa, in tali circostanze, astenersi dall'adottare misure in suo potere dirette ad evitare di esporre dei cittadini di un paese terzo in cerca di protezione internazionale a tali rischi costituisce parimenti, a mio avviso, una violazione dell'articolo 4 della Carta*».[868]

Ecco che emerge dalle parole dell'avvocato generale un carico di umanità che l'Europa e la Corte di giustizia dovrebbe ascoltare. La questione pone una riflessione fondamentale: in un contesto di conflitto come quello siriano, l'Unione europea è pronta ad intervenire promuovendo canali di accesso legale oppure vuole costruire un sistema europeo comune di asilo destinato solo ai sopravvissuti ai viaggi della morte?

[867] Si vedano i paragrafi 145-149 delle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, *cit*.
[868] *Ibidem,* par. 152.

Nuovamente occorre richiamare le belle parole dell'avvocato generale che, dopo aver spiegato che la coppia siriana non aveva alcuna alternativa di provare a richiedere protezione internazionale in uno Stato limitrofo[869], sottolinea ancora una volta la responsabilità dello Stato belga ritenendo che esso avrebbe dovuto ritenere che rifiutando di accettare la domanda di visto avrebbe esposto i ricorrenti a un rischio reale di subire trattamenti inumani e degradanti.

Colpiscono le parole dell'avvocato generale Mengozzi che, guardando al cuore della questione, ribadisce:« *per essere assolutamente chiari, di quali alternative disponevano i ricorrenti? Restare in Siria?*

[869] *Ibidem*, par. 154:«*È vero che, dall'inizio del conflitto in Siria, più di un milione di siriani sono stati registrati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (HCR) come rifugiati in Libano. Tuttavia, nel mese di maggio 2015, il governo libanese ha notificato all'HCR che la registrazione di nuovi rifugiati siriani doveva essere sospesa. Tale sospensione era ancora applicabile quando lo Stato belga doveva adottare le decisioni controverse, come i ricorrenti nel procedimento principale hanno ricordato dinanzi al giudice del rinvio. La Repubblica libanese non è parte contraente della Convenzione di Ginevra e i nuovi rifugiati non registrati, privati della possibilità di ottenere lo status di richiedente asilo in detto paese, correvano il rischio di essere arrestati e detenuti per soggiorno illegale , come è stato peraltro sostenuto dai ricorrenti nel procedimento principale tanto dinanzi al giudice del rinvio, quanto dinanzi alla Corte. La situazione di detto gruppo di persone, nel quale avrebbero potuto rientrare i ricorrenti se avessero raggiunto il Libano violando la legislazione di tale paese, è dunque maggiormente precaria rispetto a quella dei rifugiati registrati, che vivono molto spesso in ripari rudimentali, come garage o semplici tende, in un paese in cui non esiste alcun campo ufficiale e in cui l'accesso al cibo e all'acqua, all'assistenza sanitaria, nonché all'istruzione è già estremamente difficile, se non precaria. Inoltre, la stampa internazionale e diverse ONG hanno dato atto nel 2016 di ripetuti atti di violenza contro i rifugiati siriani causati segnatamente da crescenti tensioni con la popolazione locale, particolarmente nelle regioni più povere del paese. Alcuni osservatori dei diritti umani ponevano altresì in evidenza che nel corso dello stesso anno 2016 la situazione del complesso dei paesi di accoglienza limitrofi alla Siria era divenuta talmente insostenibile che numerosi siriani ritornavano in Siria a rischio della loro vita, anche nelle zone in cui i combattimenti continuavano ad imperversare. Infine, per quanto riguarda più specificamente la situazione dei cristiani, come i ricorrenti nel procedimento principale, alcuni rappresentanti di organizzazioni intergovernative e di ONG si sono fatti portavoce dei timori di ostracismo, di intimidazione e di gravi violenze nei confronti di tale minoranza religiosa sia in Libano che in altri paesi limitrofi, come la Giordania, anche all'interno dei campi profughi»*.

Inconcepibile. Affidarsi a scafisti senza scrupoli rischiando la vita per tentare di attraccare in Italia o di raggiungere la Grecia? Intollerabile. Rassegnarsi a diventare rifugiati illegali in Libano, *senza prospettive di protezione internazionale, correndo anche il rischio di essere respinti verso la Siria? Inammissibile. Per parafrasare la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Carta ha l'obiettivo di proteggere diritti non teorici né illusori, ma concreti ed effettivi*».[870]

La seconda questione pregiudiziale secondo l'avvocato generale Mengozzi andrebbe risolta ritenendo che l'art. 25, par. 1 lett. *a)* del codice dei visti deve essere interpretato nel senso che, in considerazione delle circostanze simili a quelle del conflitto siriano « *lo Stato membro cui un cittadino di un paese terzo ha chiesto di rilasciargli un visto con validità territoriale limitata con la motivazione dell'esistenza di motivi umanitari è tenuto a rilasciare un visto se esistono motivi seri e comprovati di ritenere che il rifiuto di procedere al rilascio del suddetto documento comporterà la conseguenza diretta di esporre tale cittadino a subire trattamenti proibiti dall'articolo 4 della Carta, privandolo di una via legale per esercitare il suo diritto di richiedere una protezione internazionale nello Stato membro in parola*».[871]

Le conclusioni dell'avvocato generale colpiscono soprattutto per la loro umanità: il richiamo alla realtà brutale della guerra siriana indurrebbe anche il più freddo giurista a sorvolare sulla regidità e il formalismo delle norme; non è un caso che Mengozzi difenda le sue ragioni dichiarando espressamente che esse sono il frutto di una profonda riflessione, tuttavia proprio in tal modo mostra di essere consapevole di proporre una soluzione pioneristica.

[870] *Ibidem*, par. 157-158.
[871] *Ibidem*, par. 163.

Gli ultimi dieci paragrafi delle conclusioni sono pagine accorate e dense di passione e preoccupazione: poiché *ne va della credibilità dell''Unione e dei suoi Stati membri*, l'obiettivo è quello di riportare la tutela dei diritti umani al centro delle politiche europee di migrazione e asilo.

In particolare una riflessione merita di essere condivisa e approfondita: l'avvocato generale confessa che, studiando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 CEDU – dunque attinente a casi drammatici, sempre orribilmente intollerabili, in cui lo Stato è ritenuto responsabile per non aver adempiuto agli obblighi imposti dall'art. 3 CEDU – è rimasto colpito dall'inevitabile tardività dell'intervento della Corte Edu la quale opera a violazione avvenuta, quando i trattamenti sono stati fatali alle vittime. Come è noto, ciò è connaturato alla procedura innanzi alla Corte Edu e alla necessità che, prima di adirla, si debbano esaurire i mezzi di ricorso interni. Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia Ue, al contrario, offre la possibilità di intervenire prima che le violazioni si compiano, per tale ragione con le proprie conclusioni proposte l'avvocato generale «*dimostra quindi che esiste una via umanitaria, nell'ambito del diritto dell'Unione, che ordina agli Stati membri di impedire violazioni manifeste dei diritti assoluti delle persone in cerca di protezione internazionale prima che sia troppo tardi. La Corte ha dunque l'occasione non solo di ricordare, e me lo auguro con forza, il rispetto dei valori umanitari e dei diritti umani che l'Unione e i suoi Stati membri si sono impegnati ad onorare, ma anche e soprattutto di offrire ai ricorrenti nel procedimento principale la speranza che siano risparmiati loro ulteriori sofferenze e trattamenti inumani*».[872]

[872] *Ibidem*, par. 167-168.

Inoltre, non vi è possibilità di equivocare le intenzioni della soluzione proposta dall'avvocato generale, egli, infatti, non propone che gli Stati siano obbligati ad accogliere tutti coloro che fuggono da una situazione catastrofica, il che equivarrebbe ad autorizzare l'ingresso di tutte le popolazioni in via di sviluppo, in guerra o devastate da calamità naturali. Si tratterebbe invece di «*onorare nel senso più nobile del termine, per motivi umanitari incontestabili, gli obblighi che derivano dall'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del codice dei visti e dall'articolo 4 della Carta, al fine di consentire ai ricorrenti nel procedimento principale, fra cui, ricordo, tre minorenni in tenera età, di esercitare il loro diritto alla protezione internazionale, altrimenti essi sarebbero direttamente esposti a trattamenti proibiti dall'articolo 4 della Carta, trattamenti che lo Stato membro in parola conosceva o avrebbe dovuto conoscere al momento di adottare le decisioni di non rilasciare il visto richiesto*».[873]

L'avvocato generale spiega perché la propria proposta supera le obiezioni proposte dai governi che hanno preso parte all'udienza del 30 gennaio 2017[874], basti qui richiamare il principio fondamentale proposto nel parere: il rispetto dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali impone un obbligo assoluto che non può entrare in bilanciamento con alcun *rigurgito* di sovranità statale.

Infine, l'avvocato generale Mengozzi richiama alla memoria la tragica morte del piccolo Alyan, trovato inerte sulla spiaggia, dopo che la sua famiglia aveva tentato, con l'aiuto di scafisti e di un'imbarcazione di fortuna sovraccarica di rifugiati siriani, di raggiungere, dalla Turchia, l'isola greca di Kos.[875]Quindi lancia un monito alla Corte di giustizia Ue

[873] *Ibidem*, par. 170.
[874] *Ibidem*, par. 171-174.
[875] Si veda M. SERAFINI, *Aylan, il bimbo morto sulla spiaggia. La famiglia sognava il Canada*, pubblicato in Corriere della sera del 3 settembre 2015 reperibile all'indirizzo http://www.corriere.it/esteri/15_settembre_03/aylan-bimbo-morto-

rilevando che con la presente causa avrebbe l'occasione di spingersi oltre la mera indignazione e i compianti per le morti del mediterraneo, sancendo la via legale di accesso alla protezione internazionale che risulta dall'articolo 25, paragrafo 1, lettera *a)*, del codice dei visti; alla fine chiosa ricordando che tale soluzione non deve essere presa perché lo detta l'emozione ma perché il diritto dell'Unione lo impone.[876]

Ebbene, l'entusiasmo provocato dalla lettura delle belle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi è stato interrotto dalla decisione della Corte di giustizia Ue[877], una decisione prevedibile seppur ci si aspettava qualcosa di più. Rilevano, infatti, i giudici di Lussemburgo che il legislatore europeo non ha ancora adottato alcun atto sul fondamento dell'art. 79, paragrafo 2 lett. *a)* TFUE per quanto riguarda le condizioni di rilascio, da parte degli Stati membri, di visti o di titoli di soggiorno di lunga durata a cittadini di Paesi terzi per motivi umanitari, pertanto le domande di visto avanzate dalla coppia siriana *ex* art. 25, comma 1 lett *a)* del codice dei visti rientrerebbero nell'ambito di applicazione unicamente del diritto nazionale.[878]La Corte di giustizia ue dunque ritiene che: «*poiché la situazione in discussione nel procedimento principale non è, quindi, disciplinata dal diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta, in particolare quelle dei suoi articoli 4 e 18, considerate nelle questioni del giudice del rinvio, non risultano alla stessa applicabili (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C- 617/10, EU:C:2013:105, punto*

spiaggia-famiglia-sognava-canada-b76b0cc6-5208-11e5-aea2-071d869373e1.shtml.

[876] *Ibidem*, par. 175.

[877] Corte di giustizia ue, sentenza del 7 marzo 2017, rettificato con ordinanza del 24 marzo 2017, caso *X e X c. Belgio*, causa C- 638/16 PPU, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491913401004&uri=CELEX:62016CJ0638.

[878] *Ibidem*, par. 44-45.

19, e del 27 marzo 2014, Torralbo Marcos, C- 265/13, EU:C:2014:187, punto 29 e giurisprudenza citata)».[879]

Deve costatarsi che purtroppo è vero che il legislatore europeo non ha emanato alcun atto normativo sul fondamento dell'art. 79, paragrafo 2 lett. *a)* del TFUE, questione che le istituzioni europee dovranno prima o poi affrontare seriamente, ma in ogni caso non si comprende perché l'applicazione del codice dei visti adottato con regolamento non sia idonea ad imporre gli obblighi di tutela dei diritti umani imposti dalla Carta dei diritti fondamentali.

Secondo la Corte di giustizia non è possibile far discendere dall'attuale assetto normativo il diritto a richiedere un visto umanitario *ex* art. 25 del codice dei visti al fine di accedere in Europa per presentare la domanda di protezione internazionale.[880]

Preoccupante, ad avviso di chi scrive, è il rilievo evidenziato dalla Corte secondo cui una tale decisione lederebbe l'impianto generale istituito dal

[879] *Ibidem*, par. 44-45.

[880] *Ibidem,* paragrafo 49: « *È altresì importante porre in rilievo che una simile conclusione contraria comporterebbe che gli Stati membri sarebbero tenuti, sulla base del codice dei visti, a consentire, di fatto, a cittadini di paesi terzi di presentare una domanda di protezione internazionale presso rappresentanze degli Stati membri situate nel territorio di un paese terzo. Orbene, atteso che il codice dei visti non è finalizzato ad armonizzare le normative degli Stati membri relative alla protezione internazionale, occorre constatare che gli atti dell'Unione adottati sul fondamento dell'articolo 78 TFUE che disciplinano le procedure applicabili alle domande di protezione internazionale non prevedono un obbligo del genere e, al contrario, escludono dal loro ambito di applicazione le domande presentate presso rappresentanze degli Stati membri. Come risulta infatti dall'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2013/32, la direttiva in parola è applicabile alle domande di protezione internazionale presentate nel territorio degli Stati membri, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito, ma non alle domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri. Parimenti, dall'articolo 1 e dall'articolo 3 del regolamento n. 604/2013 deriva che il medesimo impone agli Stati membri di esaminare qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata nel territorio di uno Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito, e che le procedure previste dal regolamento in parola si applicano esclusivamente a siffatte domande di protezione internazionale*».

sistema Dublino.[881]In queste parole, i giuridici di Lussemburgo dimostrano di voler a tutti i costi difendere il regolamento Dublino ed in particolare di voler scongiurare l'*asylum shopping*.

Sebbene, la sentenza della Corte di giustizia sia formalmente corretta poiché è una realtà che non vi è al momento una normativa dell'Unione in tema d'ingressi legali in Europa con la conseguenza che la competenza in materia è esclusivamente degli Stati membri, si ritiene ciononostante la sentenza profondamente deludente. Ci si aspettava una sentenza di rigetto con monito al legislatore europeo, o in alternativa un richiamo al margine di apprezzamento degli Stati; le motivazioni della Corte di giustizia, invece, si spalmano su una piena difesa dello *status quo* e ciò non può che indurre a osservazioni critiche perché chi, come lo scrivente, è fermamente convinto che debba essere l'Europa più e meglio degli Stati membri a offrire protezione internazionale.

Si ritiene che la creazione di vie di accesso legale in Europa, seguendo il modello del reinsediamento o dei corridoi umanitari come il protocollo d'intesa firmato dalla Comunità di Sant'Egidio unitamente alla Comunità delle chiese Evangeliche, la Tavola Valdese e il governo italiano,[882]possa costituire una soluzione efficiente alla crisi del sistema di asilo poiché ciò eviterebbe, a chi ne ha diritto, di affrontare viaggi

[881] *Ibidem*, paragrafo 48 laddove si legge: «*È necessario aggiungere che la conclusione contraria equivarrebbe, laddove il codice dei visti è stato concepito ai fini del rilascio di visti per soggiorni sul territorio degli Stati membri non superiori a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, a consentire ai cittadini di paesi terzi di presentare, basandosi sul codice in parola, domande di visto finalizzate ad ottenere il beneficio di una protezione internazionale nello Stato membro di loro scelta, il che lederebbe l'impianto generale del sistema istituito dal regolamento n. 604/2013*».

[882] In Italia è stato firmato un protocollo d'intesa tra la Comunità di Sant'Egidio unitamente alla Comunità delle chiese Evangeliche, la Tavola Valdese e il governo italiano al fine di rilasciare visti di ingresso umanitari, si veda Comunità di Sant'Egidio, *Partono i corridoi umanitari. Dall'Italia un segnale di speranza per l'Europa*, reperibile all'indirizzo file:///Users/fefe/Desktop/Scheda-Corridoi-Umanitari.pdf.

disumani correndo il rischio concreto di perdere la vita o subire trattamenti inumani e degradanti.

Al fine di evitare che solo alcuni Paesi membri si adoperino a rilasciare visti umanitari, si potrebbero creare sistemi di ripartizione delle quote finalizzati alla gestione di un ingresso in Europa sicuro per richiedenti asilo, mutuando tali sistemi dal programma di reinsediamento proposto dalla Commissione. Oppure si potrebbero calcolare delle quote percentuale d'ingressi legali per motivi umanitari per ciascuno Stato membro, in questo modo laddove un Paese membro abbia già superato la propria quota, un altro Stato membro, in virtù del principio di solidarietà, dovrebbe rilasciare il visto d'ingresso umanitario. In altri termini, andrebbero gestiti attraverso criteri di ripartizione equi e solidali tra gli Stati membri gli accessi in Europa per motivi umanitari finalizzati alla presentazione delle domande di protezione internazionale; vi sono già le basi giuridiche per adottare questi strumenti.

Quel che qui si vuole sostenere è che l'ingresso sicuro dei richiedenti protezione internazionale non può essere relegato alle sole azioni caritatevoli di privati; occorrerebbero soluzioni europee finalizzate alla gestione globale e solidale del problema. Ciò imporrebbe di adottare misure europee straordinarie in tema di accoglienza; si rileva, infatti, che tra le decisioni urgenti adottate dalla Commissione europea nel 2015 è mancata un'azione straordinaria in tema di supporto all'accoglienza.

L'apertura di corridoi umanitari sembra, infatti, l'unica strada percorribile per una gestione europea della crisi dei rifugiati; ciò consentirebbe di superare il paradosso disumano secondo cui il diritto di asilo europeo è offerto solo a chi riesce ad arrivare vivo in Europa. In altri termini: il diritto di asilo europeo non può essere garantito solo a chi supera una prova di sopravvivenza, poiché la tutela dei diritti

fondamentali non può essere subordinata a una cinica selezione naturale degli individui.

Da ultimo, con una risoluzione approvata il 5 aprile 2017[883]il Parlamento europeo chiede misure urgenti per far fronte alla crisi migratoria e alle tragedie in mare, in particolare nel documento si legge che occorre attuare con urgenza una risposta coordinata e sostenibile che garantisca procedure eque e accessibili alle persone che necessitano di protezione internazionale, affinché sia loro concesso l'asilo nell'Ue, anziché lasciare che la responsabilità primaria gravi sugli Stati in prima linea. Quindi, si chiede che il sistema europeo comune di asilo preveda la possibilità di presentare e trattare le richieste d'asilo anche al di fuori dell'Ue, o alle sue frontiere esterne. Inoltre, sollecita il sostegno dell'Ue «*nell'istituzione di corridoi umanitari per far fronte a gravi crisi di rifugiati e sfollati*»[884] e ribadisce l'invito agli Stati membri di fornire, in particolare alle persone vulnerabili, «*visti umanitari presso le ambasciate e gli Uffici consolari dell'Ue nei Paesi di origine o di transito*».[885]

Si ritiene pertanto che l'Unione europea debba orientare le proprie scelte verso la costruzione di un diritto di asilo europeo che sia capace di contemperare in modo adeguato il bilanciamento tra il rispetto dei diritti fondamentali sanciti nella sua Carta e i sacrifici economici che ogni Stato membro deve sostenere per adottate misure appropriate in tema di accoglienza e integrazione dei richiedenti protezione internazionale.

---

[883] Parlamento europeo, risoluzione del 5 aprile 2017 su come far fronte ai movimenti di rifugiati e migranti: ruolo dell'azione esterna dell'UE (2015/2342(INI)), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0124+0+DOC+XML+V0//IT .

[884] *Ibidem.*

[885] *Ibidem*.

Si è consapevoli della difficoltà obiettiva nell'individuare una soluzione efficiente al problema posto; ma si ritiene che sia opportuno instillare almeno qualche dubbio su possibili future soluzioni alternative.

Dall'analisi fin qui svolta, si è rilevato che il diritto di asilo in Europa si caratterizza per la sua tendenza a declinare in negativo principi basilari dell'ordinamento europeo, ci si riferisce in particolar modo al principio del mutuo riconoscimento. Ebbene, come si è osservato tale principio, necessario alla costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e non nuovo all'ordinamento dell'Unione europea, è utilizzato in un'accezione meramente negativa in tema di riconoscimento delle domande di protezione internazionale. In altri termini le decisioni positive in materia di asilo, e dunque i provvedimenti con i quali uno Stato rilascia il permesso di soggiorno per rifugiato o per beneficiario di protezione sussidiaria, non sono riconosciute negli altri Stati membri con la conseguenza che il cittadino di Paese terzo potrà invocare i diritti connessi alla protezione internazionale soltanto nello Stato che gliel'ha riconosciuta; diversamente le decisioni di diniego della protezione internazionale sono prese in considerazione dagli altri Stati membri al fine di valutare inammissibilità della domanda di asilo, di talché il richiedente non potrà presentare una nuova domanda di asilo in un altro Paese membro dopo aver ottenuto un provvedimento di diniego della protezione internazionale.

L'applicazione meramente in negativo del principio del mutuo riconoscimento è finalizzata evidentemente a limitare la libertà di circolazione dei cittadini di Paesi terzi che hanno ottenuto la protezione internazionale. Ciò da un canto è in evidente contraddizione con l'obiettivo di costruzione di uno *status* uniforme di asilo valido in tutta l'Unione europea così come sancito nel Trattato di Lisbona; d'altra parte

il superamento del limite della libera circolazione dei beneficiari della protezione internazionale porrebbe un problema di definizione tra *status* di cittadino europeo e *status* di beneficiario di protezione internazionale. Benché si ritenga, come si è dimostrato nel presente lavoro, che il riconoscimento della libertà di circolazione dei beneficiari di protezione internazionale non solo sia giuridicamente possibile ma anche politicamente auspicabile, poiché ciò limiterebbe i tentativi di elusione del regolamento Dublino, si deve tuttavia prendere atto della mancanza di terreno fertile dal punto di vista politico per attendersi nel breve periodo un tale cambiamento.

Si esprime, infatti, profonda preoccupazione per la proposta di riforma della direttiva qualifiche da ultimo avanzata dalla Commissione europea laddove si propone l'introduzione di un riesame periodico del diritto a mantenere la protezione internazionale[886]e di condizioni risolutive del diritto a beneficiare alla protezione internazionale.[887]Queste misure, oltre

[886] Si veda la proposta della Commissione COM(2016)466 final: «*l'articolo 14, paragrafo 1, e l'articolo 20, paragrafo 1, impongono alle autorità accertanti di revocare, far cessare o rifiutare di rinnovare lo status quando il bisogno di protezione viene meno o se diventano applicabili motivi di esclusione dopo la concessione della protezione. Il riesame dello status è pertanto necessario per verificare che sussistano ancora i criteri per avere diritto allo status (timore di persecuzione, violenza indiscriminata*)».

[887] *Ibidem*, art. 15 e 21 intitolati Riesame degli status di rifugiato e di protezione sussidiaria, rispettivamente prevedono che: « *la proposta introduce due circostanze che fanno scattare il riesame, una sostanziale, l'altra che garantisce la periodicità. È proposto di imporre alle autorità accertanti di effettuare il riesame dello status qualora si verifichi un cambiamento significativo rilevante nel paese di origine, identificato in un documento a livello dell'UE, vale a dire negli orientamenti dell'Agenzia, (articolo 15, paragrafo 1, lettera a), e articolo 21, paragrafo 1, lettera a)), e quando tali autorità devono rinnovare il permesso di soggiorno, la prima volta per i rifugiati e la prima e la seconda volta per i beneficiari di protezione sussidiaria (articolo 15, paragrafo 1, lettera b) e articolo 21, paragrafo 1, lettera b)). Questo riesame non dovrebbe comportare oneri amministrativi supplementari per le amministrazioni nazionali, dato che è ben mirato e prescritto nelle situazioni in cui in ogni caso deve essere presa una decisione sul rinnovo del permesso di soggiorno o in situazioni che denotino un cambiamento sostanziale della situazione in un determinato paese di origine. Pertanto la presente proposta permetterà di*

che a precarizzare e indebolire il diritto di asilo[888], sono chiaramente finalizzate a ostacolare sempre di più la libera circolazione dei beneficiari della protezione internazionale evitando che i beneficiari maturino i cinque anni richiesti per il rilascio del permesso di soggiorno di lungo periodo cui è connessa la libertà di circolazione entro l'Unione. Sul tema, infatti, la proposta della direttiva qualifiche prevede che: «*l'art. 29 stabilisce in linea generale, il beneficiario di protezione internazionale ha l'obbligo di soggiornare nello Stato membro che ha concesso la protezione e, insieme all'articolo 44, prevede i disincentivi qualora il beneficiario sia individuato in un altro Stato membro privo del diritto di soggiornarvi. Per questo l'articolo 29, paragrafo 2, rimanda alle disposizioni della proposta di regolamento Dublino (articolo 20, paragrafo 1, lettera e)). Si è voluto poi modificare la direttiva 2003/109/CE sui soggiornanti di lungo periodo affinché il periodo di cinque anni, al termine del quale i beneficiari di protezione internazionale hanno titolo a beneficiare dello status di soggiornante di lungo periodo, ricominci a decorrere ogni volta che l'interessato è individuato in uno Stato membro diverso da quello che gli ha concesso*

---

raggiungere un maggiore il livello di armonizzazione e controllo, evitando nel contempo di imporre oneri inutili agli Stati membri.
È introdotto un periodo di tolleranza di tre mesi (articolo 14, paragrafo 5, e articolo 20, paragrafo 3) per i casi in cui lo status è revocato per un cambiamento delle circostanze, affinché l'interessato abbia modo di modificare il proprio status se lo giustificano altri motivi (famiglia, lavoro, studio, motivi umanitari ecc.)».

[888] Si veda in dottrina C. CAGGIANO, in *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza, cit*. laddove si legge:« *il diritto d'asilo e alla protezione sussidiaria rischia di affievolirsi, confondendosi con la protezione temporanea il cui regime, peraltro, non è mai decollato nel diritto dell'Unione. In base ad una deriva rigorista, gli status di rifugiato e di beneficiario di protezione sussidiaria sarebbero così ulteriormente precarizzati. Ove gli status siano revocati, le persone interessate potrebbero comunque salvarsi dal rimpatrio nell'arco di un breve "periodo di grazia" (tre mesi), avvalendosi di altri motivi di soggiorno (permesso umanitario, di lavoro, blu card, ecc.). Su tale aspetto della riforma, il Parlamento europeo dovrebbe opporsi al fine di non peggiorare la situazione giuridica dei rifugiati e beneficiari di protezione internazionale il cui percorso di vita è già precario in sé*».

la protezione internazionale privo del diritto di soggiornarvi ai sensi del pertinente diritto dell'Unione o nazionale. L'intenzione è indurre i beneficiari di protezione internazionale a rispettare le norme e a desistere da movimenti secondari non autorizzati, in quanto rischierebbero di prolungare il periodo di attesa per l'acquisizione dello status di soggiornante di lungo periodo e dei diritti connessi alla mobilità all'interno dell'UE».[889]

Questa proposta merita di essere fortemente criticata sia in ordine ai criteri che l'Unione intende adottare al fine della rivalutazione del diritto alla protezione internazionale, sia in riferimento alle politiche di integrazione dei beneficiari dello *status* di rifugiato o di beneficiari di protezione sussidiaria.

Si ritiene che le istituzioni europee, la società civile, nonché la comunità scientifica, debbano adoperarsi per l'individuazione di soluzioni giuridiche diverse e maggiormente rispettose dei diritti dei richiedenti protezione internazionale volte a contemperare i sacrifici connessi all'accoglienza e le politiche di integrazione. Operando un ragionamento sul lungo periodo non si riscontrano ragioni giuridiche di ostacolo alla realizzazione della libertà di circolazione dei beneficiari di protezione internazionale; al contrario, questa soluzione sarebbe perfettamente coerente e conforme con l'obiettivo di realizzazione di uno *status* uniforme di asilo valido in tutta Europa; anche dal punto di vista economico si ritiene che una maggiore integrazione europea dei beneficiari di protezione internazionale possa costituire fonte di ricchezza per l'Unione europea e i suoi Stati membri: ciò sarebbe realizzabile adottando una politica europea di migrazione legale.

[889] Si veda art. 29 proposta della Commissione COM(2016)466 *final*.

Tuttavia, a riprova del fatto che tale sperato cambiamento è ancora lontano dal potersi realizzare basti analizzare le soluzioni proposte dalla Commissione europea al fine di riformare il sistema europeo comune di asilo. In particolare, la proposta di riforma del sistema Dublino in combinato disposto con il metodo *hotspot* pare voler favorire e appesantire sempre di più il ruolo degli Stati membri di primo ingresso i quali diventano il filtro di accesso verso un'Europa sempre più blindata. Come si osserva dalle rilevazioni statistiche, l'effetto del metodo *hotspot* unitamente all'accordo UE-Turchia ha fatto si che il numero di domande di asilo diminuisse bruscamente in Paesi come Germania e Svezia e aumentasse in Italia e Grecia.[890]

La tendenza messa in atto dall'Unione europea è quella di una progressiva esternalizzazione del fenomeno migratorio attraverso l'implementazione di programmi di partenariato e riammissione tra l'Unione e Paesi terzi[891] a cui appaltare la gestione dei migranti. La politica è quella dell'agire nell'ottica del principio più cooperazione e più aiuti con paesi di origine e di transito, seguendo il modello proposto dal governo italiano con il c.d. *migration compact*.[892]

---

[890] Si veda Eurostat: «*Tendenze nel numero di richiedenti asilo variano da paese a paese nel quarto trimestre del 2016. Grecia (con 17 200 più candidati) è stato il paese con il maggior incremento assoluto del numero di prime candidature, seguita da Italia (13 100 in più). Al contrario, in Germania e in Svezia, il numero di richiedenti asilo è diminuito in modo significativo da più di 80 000 meno i candidati ciascuna, mentre in Austria è sceso da 24 000, nel quarto trimestre del 2016 rispetto allo stesso trimestre del 2015*», reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report.

[891] Si veda Relazione della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio europeo e al Consiglio Terza relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 10.03. 2017, COM(2017) 205 *final*.

[892] Governo italiano, *Migration Compact, Contribution to an EU strategy for external action on migration*, reperibile all'indirizzo http://www.governo.it/sites/governo.it/files/immigrazione_0.pdf.

Inoltre, come si è osservato nel presente lavoro sono parecchie le perplessità sorte riguardo all'accordo con la Turchia, la cui natura giuridica di trattato internazionale appare confliggere con la sua procedura di adozione totalmente contraria a quanto disposto nel Trattato sul funzionamento dell'Ue, ci si è chiesti, infatti, perché il Parlamento europeo non abbia presentato un ricorso per annullamento alla Corte di giustizia *ex* art. 263 TFUE; ma con ancor più preoccupazione si è analizzata la sentenza del Tribunale dell'Unione europea con il quale si è dichiarato incompetente in relazione al suddetto accordo UE-Turchia.

Quel che preoccupa di più è che l'accordo UE-Turchia è stato considerato un modello da seguire anche nei rapporti tra singoli Stati membri e Paesi terzi, basti pensare al *memorandum* d'intesa tra Italia e Libia o al *memorandum* Italia- Sudan sottoscritto il 3 agosto 2016 dal capo della polizia, Prefetto Gabrielli.[893] Ebbene, questa prassi di accordi informali sottoscritti dal nostro Paese meritano di essere fortemente criticati poiché illegittimamente adottati.

Questa politica di riammissione dei migranti, oltre a suscitare perplessità circa il rispetto dei diritti fondamentali, non è né efficace né idonea a contenere i flussi in partenza dai Paesi di origine o di transito.

Quanto all'attesa applicazione del principio di solidarietà tra Stati membri deve rilevarsi che le soluzioni giuridiche adottate per far fronte alla crisi migratoria del 2015, consistite nel piano di ricollocazione e reinsediamento, alla prova dei fatti si sono rivelate inefficaci. Allo stesso

893 Per un approfondimento critico sul memorandum d'intesa Italia-Sudan si veda ASGI, *Memorandum* *Memorandum Italia – Sudan: il testo e il commento dell'ASGI,* pubblicato il 3.10.2016 e reperibile all'indirizzo **http://www.asgi.it/allontamento-espulsione/memorandum-italia-sudan-testo-commento-asgi/**.

modo, il meccanismo di allocazione ideato dalla Commissione europea e inserito nella proposta di riforma del regolamento Dublino è criticabile poiché esso subordina la propria attivazione al verificarsi già di una profonda crisi nella gestione delle domande di asilo fissata nel superamento della soglia del 150% delle domande di asilo. Ciò implica che il sistema di ripartizione per essere attivato presuppone il collasso dello Stato membro. Ne consegue che tale proposta sembra più un'attuazione dell'art. 78, par. 3 TFUE che espressione dell'art. 80 TFUE; invero se le decisioni sulla ricollocazione e il reinsediamento furono adottate all'indomani dell'ennesima tragedia in mare e in piena crisi migratoria e dunque correttamente ricollegabili all'art. 78, par. 3 TFUE, si ritiene fortemente criticabile invece l'assenza in un progetto di riforma dell'intero sistema europeo comune di asilo di proposte normative volte a dare attuazione all'art. 80 TFUE, il che dovrebbe condurre all'adozione di una politica europea di asilo strutturalmente e stabilmente solidale; in questo senso emerge con evidenza l'assenza di alcuna decisione urgente della Commissione in tema di accoglienza.

Si rileva che non vi è alcuna intenzione di gestire all'origine le richieste di asilo secondo una suddivisione equa e solidale tra gli Stati membri delle domande di protezione internazionale, dunque almeno stando alle proposte della Commissione ci si prepara a una riforma del sistema europeo comune di asilo che reitererà i medesimi errori del passato.

Come si è detto, una soluzione percorribile per gestire in modo efficiente la protezione internazionale degli stranieri sarebbe quella di prevedere canali di accesso legale in Europa, attraverso la suddivisione in quote tra gli Stati membri. Questa soluzione avrebbe diversi vantaggi: coloro che hanno diritto alla protezione internazionale non sarebbero costretti a mettere la propria vita nelle mani dei trafficanti e dunque eviterebbero il

rischio di essere sfruttati dalle reti criminali, inoltre eviterebbero di mettere a rischio la propria vita in mare; infine, una gestione europea dei flussi in entrata dei migranti forzati permetterebbe di controllare in modo più efficiente la presenza in Europa degli stranieri, infatti, difficilmente i migranti si sottrarrebbero ai controlli e alla loro registrazione sapendo di poter accedere in Europa in modo legale e sicuro.[894]

Queste soluzioni, benché ipotetiche, sono potenzialmente realizzabili poiché esiste già la base giuridica per adottare una normativa europea di accesso legale dei migranti in Europa. Tale normativa è fissata all'art. 79, par. 2 lett. *a)* laddove è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: condizioni d'ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare.[895]

Con la sentenza *X e X contro Belgio* la Corte di giustizia avrebbe avuto l'occasione di lanciare un messaggio al legislatore europeo invitandolo a intervenire normativamente in questa materia, al contrario però i giudici lussemburghesi hanno adottato un'interpretazione molto conservatrice omettendo di riconoscere che gli Stati membri nell'adottare le norme

[894] Sulla necessità di adottare una politica di migrazione legale in Europa si veda: J.Y CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16),* in ELSJ Résau Universitaire Européen, 20 febbraio 2017; I. ATAK, F. CRÉPEAU, *Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges*, E.J.H.R./J.E.D.H., 2015, p. 601; Nazioni Unite A/HRC/29/36, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, 2013; Nazioni Unite, Assemblea generale del 13 settembre 2016 Dichiarazione di New York per i rifugiati e I migranti su questa dichiarazione si veda E. GUILD, S. GRANT, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What Does it Mean?,* Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 252/2017.

[895] TFUE art. 79, par. 2 *lett. a)*.

imposte dal codice comune dei visti debbano altresì osservare gli obblighi imposti dalla Carta dei diritti dell'Unione europea segnatamente in tema di: dignità della persona *ex* art. 1, principio di *non refoulement ex* art. 19, diritto di asilo *ex* art. 18 e tutela da trattamenti inumani e degradanti *ex* art. 4. Ad avviso della Corte di giustizia, infatti, dal momento che l'intenzione dei richiedenti il visto umanitario era quella di presentare una domanda di protezione internazionale, e dunque di durata superiore a 90 giorni, deve essere lo Stato membro in applicazione della proprio normativa nazionale a decidere se rilasciare tale visto o meno, poiché non vi è ancora una normativa europea in materia.

Ad avviso di chi scrive questa posizione della Corte, formalmente corretta, incarna in sé un paradosso secolarmente ancorato al diritto di asilo territoriale: per ottenere la protezione internazionale occorre oltrepassare la frontiera anche illegalmente, e ciò perché è un esercizio di sovranità nazionale scegliere se concedere un visto di ingresso.

In dottrina si è sostenuto che la Corte di giustizia mutuando dalla propria giurisprudenza sul caso *Ruiz Zambrano*[896]avrebbe potuto orientare la propria decisione diversamente.[897]

---

[896] Corte di giustizia ue, sentenza dell'8 marzo 2011, causa C- 34/09, caso *Ruiz Zambrano.*

[897] SI veda, J.Y CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16),*in ELSJ Résau Universitaire Européen, 20 febbraio 2017, reperibile all'indirizzo http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lessentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/, ove si legge: « *On notera qu'un lien intéressant peut être fait entre la circulation externe (politique d'immigration et d'asile) et interne (la libre circulation). Chacun sait que la Cour exclut, en principe, du champ d'application de la libre circulation des personnes les situations purement internes à un État membre. Pressée de questions par les juridictions nationales, gênées par les discriminations à rebours réduisant les droits fondamentaux des nationaux sédentaires, la Cour a, dans sa jurisprudence Ruiz Zambrano, admis que les situations purement internes relèvent du champ d'application du droit de*

Orbene il dubbio circa l'individuazione di soluzioni giuridiche alternative all'ingresso illegale dei richiedenti asilo deve essere una priorità per il mondo accademico, è con questo spirito che si ritiene che la decisione della Corte di giustizia meriti di essere analizzata e messa in discussione.

In conclusione, con il presente lavoro si è dimostrato che nell'ordinamento europeo sussistono già principi e norme capaci di realizzare un diritto individuale all'asilo europeo che sia rappresentazione e testimonianza di un'evoluzione della concezione internazionalistica del diritto di asilo; l'ostacolo alla piena realizzazione di tal evoluzione è dovuto alla volontà di alcuni Stati membri e dalla connessa politica del Consiglio europeo protesa a conservare una concezione del diritto di asilo ormai superata e non più accettabile.

Ebbene, è possibile attraverso lo studio e l'analisi della prassi giurisprudenziale degli Stati membri, della Corte Edu, e da ultimo anche della Corte di giustizia nel caso *C.K e altri contro Slovenia*, relativa alla clausola di sovranità pervenire all'individuazione di un nocciolo duro di

---

l'Union, sur pied de l'article 20 TFUE relatif à la citoyenneté européenne, lorsqu'est en cause « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ». La Cour a précisé, dans Dereci, que tel est le cas, exceptionnellement, lorsque « le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire ... de l'Union. Parallèlement, la Cour pourrait intégrer dans le champ du droit de l'Union une situation qui pourrait être qualifiée de purement externe à l'Union, si et seulement si, pour paraphraser la jurisprudence Ruiz Zambrano, un ressortissant d'État tiers « se voit obligé, en fait, d'entrer sur le territoire de l'Union » pour bénéficier de « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés » par le statut de personne humaine selon le droit international des droits de l'homme . Cette interprétation, peu classique, aurait le mérite de structurer de façon cohérente la libre circulation dans l'Union et la politique migratoire. Elle offre aussi une réponse au paradoxe du droit de sortie de son pays, tel que consacré notamment par l'article 12, § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sans obligation correspondante pour un autre pays d'autoriser l'accès à son territoire».

garanzie connesse al diritto di asilo: diritto alla dignità umana e alla tutela dal rischio di trattamenti inumani e degradanti. Ciò conduce al superamento di un postulato del diritto internazionale in tema di asilo inteso quale mera prerogativa statale, in altri termini: gli Stati hanno l'obbligo di offrire protezione internazionale laddove dal trasferimento del richiedente asilo questo possa subire una violazione della sua dignità umana e il rischio di trattamenti inumani e degradanti, in questi casi, valutati singolarmente, gli Stati non possono opporre alcuna discrezionalità legata alla loro sovranità nazionale.

Pertanto, sebbene nella sua formulazione attuale la clausola di sovranità abbia mantenuto il suo carattere discrezionale, si ritiene che la giurisprudenza sul tema, così come ampiamente analizzata nel presente lavoro, abbia segnato il superamento della concezione classica del diritto di asilo. Inoltre, grazie al dialogo tra la Corte di giustizia e la Corte edu, il legislatore europeo ha fissato un principio fondamentale ed evolutivo rispetto al principio di *non refoulement*, in altri termini: mentre il principio di *non refoulement* indica il divieto di espulsione verso un Paese in cui vi è rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, l'art. 3, par. 2 del regolamento Dublino impone allo Stato membro di assumere la competenza a esaminare la domanda di asilo e quindi non trasferire il richiedente verso lo Stato membro che ne sarebbe competente ma in cui il richiedente correrebbe il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti; la differenza è che mentre dal principio di *non refoulement* discende in capo agli Stati un mero obbligo di *non facere*, dall'evoluzione giurisprudenziale in tema di clausola di sovranità è possibile far discendere un obbligo positivo di protezione internazionale in capo agli Stati.

Un'analisi ancora più approfondita della questione, offre l'opportunità di compiere un nuovo passo in avanti in tema di riconoscimento del diritto fondamentale all'asilo. Come si è analizzato, la giurisprudenza della Corte di giustizia e il legislatore europeo hanno ritenuto di dover limitare le deroghe ai trasferimenti Dublino ai soli casi di crisi sistemiche, poiché diversamente ciò avrebbe messo in discussione l'effetto utile del regolamento stesso e di conseguenza i principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento sul quale si fonda.

Ebbene, si ritiene di aver dimostrato, grazie al richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu, che la tutela dai trattamenti inumani e degradanti necessita di un esame caso per caso e prescinde dalla sussistenza di crisi sistemiche, da ultimo anche la Corte di giustizia pare aver aderito a questa giurisprudenza nel recentissimo caso *C.K. e altri contro Slovenia*. Questa soluzione è di fatti l'unica perseguibile se si vuole sostenere che l'Unione europea offre una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quell'offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A tal proposito si è richiamato e riflettuto a lungo sulla posizione assunta dalla Corte di giustzia nel parere 2/13 di adesione alla Cedu, e non si è mancato di osservare che le motivazione addotte dalla Corte di giustizia non erano condivisibili perché intrensicamente contraddittorie nella misura in cui al fine di dimostrare che entro l'Unione vige una tutela equivalente dei diritti fondamentali rispetto a quello offerta dal sistema della Convenzione era richiamata la giurisprudenza *N.S.* in tema di asilo; come si è osservato, infatti, in tema di asilo la Corte di giustizia ha relegato, sino al caso *CK e altri c. Slovenia*, le ipotesi derogatorie al sistema Dublino ai soli casi di crisi sistemiche. Tutto il ragionamento della Corte è ancorato al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Si è osservato che il principio di fiducia reciproca tra Stati membri non può essere invocato a discapito della tutela dei diritti fondamentali, ma al contrario deve essere richiamato al fine di consentire delle deroghe al sistema Dublino poiché solo in questo modo è possibile garantire il rispetto della dignità umana e la tutela contro i trattamenti inumani e degradanti. Quel che qui si propone è un ribaltamento delle prospettive, di fatti se la fiducia reciproca si fonda sulla condivisione di valori comuni, ne dovrebbe conseguire che gli Stati membri intervengono a sostegno l'uno dell'altro in virtù del principio di leale cooperazione, il cui obiettivo comune dovrebbe essere quello della costruzione di un sistema europeo comune di asilo. A chi obietta che questa soluzione è impraticabile perché fornirebbe la via d'uscita dal rispetto degli obblighi imposti dalla normativa europea in tema di asilo, deve opporsi che il diritto dell'Unione europea prevede sia la procedura *ex* art. 258 e 259 del TFUE contro l'inadempimento degli Stati sia la procedura *ex* art. 7 TUE, la cui natura squisitamente politica però ne ostacola il ricorso; dunque l'ordinamento dell'Unione avrebbe già al suo interno degli strumenti giuridici idonei a far rispettare la propria normativa contro gli Stati che non adempiono correttamente la disciplina europea sul tema.

Quel che si vuole sostenere è che il ribaltamento di prospettiva in ordine al principio di fiducia reciproca tra Stati membri dovrebbe far scaturire comportamenti virtuosi tra gli Stati e non minarne le ragioni dello stare insieme, inoltre ciò condurrebbe ad un'innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali.

Infine, si ritiene e si spera che nel lungo periodo l'Unione in virtù della competenza concorrente con gli Stati membri in tema di migrazione legale adotti atti normativi in materia. Infatti, se l'Unione europea vuol essere qualcosa di più di un gabbiano a cui è rimasta la sola intenzione

del volo, deve trovare il coraggio di adottare una normativa propria, magari attraverso lo strumento giuridico della direttiva, in materia di ingressi legali dei migranti forzati che sia espressione del bilanciamento tra equa e solidale ripartizione dell'onere dell'accoglienza tra Stati membri e tutela dei diritti fondamentali della persona.

BIBLIOGRAFIA

I. Fonti di documentazione

Fonti statistiche:

Eurostat: *Asylum Relazione trimestrale* reperibile all'indirizzo *http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report;*

Eurostat *Statistiche sulle migrazioni internazionali e sulle popolazioni di origine straniera* http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/it;

Eurostat, *Asylum in the EU Member States 1.2 million first time asylum seekers registered in 2016 Syrians, Afghans and Iraqis continued to be the top citizenships*, 46/2017 del 16 marzo 2017, reperibile http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921609/3-16032017-BP-EN.pdf/e5fa98bb-5d9d-4297-9168-d07c67d1c9e1;

Rapporto di valutazione della Commissione europea sul sistema Dublino del marzo 2016, Evaluation of the implementation of the Dublin III, 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo 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;

Eurostat, *Pending outgoing 'Dublin' transfers by receiving country (PARTNER) [migr_dubtpeno]*, Last update 16-12-2016, reperibile http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_dubtpeno&lang=en;

Ministero dell'Interno, *Richieste di competenza e trasferimenti di richiedenti protezione internazionale da e per l'Italia*, Annuario delle statistiche ufficiali del Ministero dell'Interno ed. 2016, reperibile su

http://ucs.interno.gov.it/FILES/AllegatiPag/1263/IMM_INT_00058__DLC_UNITA_DUBLINO_ed_2016.pdf;

Ministero dell'intero, Rapporto sull'accoglienza dei migranti e dei rifugiati in Italia. Aspetti, procedure e problemi, ottobre 2015, consultabilehttp://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/ministry_of_interior_report_on_reception_of_migrants_and_refugees_in_italy_october_2015.pdf;

European Commission – Eurostat, *Technical guidelines for the data collection under art. 4.4 of the regulation 862/20071 – 'dublin statistics' version 2.0 january 2015*, Luxembourg, January 2015;

EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union in 2015*, reperibile al sito internet https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EN_%20Annual%20Report%202015_1.pdf;

Consiglio italiano rifugiati, *Sistema Dublino inefficace e inumano. Necessario superarlo*, 26 febbraio 2015;

Fonti di diritto internazionale in ordine cronologico:

Consiglio Federale svizzero del 1921;

Institut de Droit International, *L'asile en droit International public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, articolo I. consultabile all'indirizzo http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1950_bath_01_fr.pdf;

Convenzione turco-cecoslovacca firmata a Praga il 22 agosto 1930;

Costitution of the International Refugee Organization and Agreement on Interim Measures to Be Taken in Respect of Refugees and Displaced Person, 15 dicembre 1946, UNTS, vol.18;

Dichiarazione universale dei diritti umani approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite;

Nazioni Unite A/C. 3/264;

Nazioni Unite A/C. 3/SR.121;

Nazioni Unite A/C.3/SR.122;

Nazioni Unite A/C.3/285/Rev.1;

Official Records of the U.N. Economic and Social Council, Session 6, 1948, Supplement 1;

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Roma 1950;

Ris. 428 (V) del 14 dicembre del 1950, reperibile per intero in B. MULAMBA MBUYI, *Le réfugiés et le droit international/ Refugees and International Law*, Scarborough, 1993, p. 9 ss.;

Convenzione di Ginevra relativa allo status di rifugiato 28 luglio 1951 come modificato dal Protocollo relativo allo *status* di rifugiato, adottato a New York il 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre 1967, reso esecutivo in Italia con Legge n°95 del 14/02/1970 (G.U. n°79 del 28/03/1970);

Convenzione per l'eliminazione delle discriminazioni razziali, UN Doc. A/RES/2106 (XX) del 21 dicembre 1965;

Patto sui diritti civili e politici concluso a New York il 16 dicembre 1966, UN Doc. A/RES/2200 (XXI);

Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, UN Doc. A/RES/2200 (XXI) del 16 dicembre 1966;

Risoluzione n.2198 dell'1.12.1966 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite;

Declaration on Territorial Asylum, A.G. ris. 2312 (XXII) del 14 dicembre 1967 disponibile sul sito delle Nazioni Unite www.un.org;

Conferenza di Capi di Stato e di Governo dell'OUA riuniti ad Abeba il 10 settembre 1969 ed entrata in vigore il 20 giugno 1974, in *United Nations Treaty* Series, n. 14691;

Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, UN. Doc. A/RES/34/180 del 18 dicembre 1979;

UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugees Status*, Ginevra, 1979;

UNHCR Handbook, paragrafo 51 a 53 reperibile sulla pagina web http://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf;

UNHCR, Refugee without asylum country, n. 15(XXX), 1979 reperibile s u http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html;

UNHCR, Executive Committe, Conclusion n.17 (XXXI)- 1980, Problems of Extradition affecting Refugees, NU doc. A/AC.966/588 del 1980, par. 48 (2) lett. (b) ss.;

Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984;

CHAR, *Committee of Expert on Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugee and Stateless Person*s, Draft agreement on responsability for examining asylum requests, 29 novembre 1988-2 dicembre 1988, riprodotto come allegato dell'Assemblea parlamentare del Consiglio

d'Europa, *Raport on the right of asylum*, Working Paper Vol. III, Doc. 7052, 23 marzo 1994;

Convenzione sui diritti dell'infanzia, UN. Doc A/RES/44/25 del 20 novembre 1989;

Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI, 1998), adottato dalla Conferenze Diplomatica dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998 a Roma;

UNHCR, *Asylum in European Union – A Study of Implementation of the Qualification Directive* (2007), reperibile al sito http://www.unhcr.org/protection/operations/47302b6c2/asylum-european-union-study-implementation-qualification-directive-2007.html;

Convenzione sui diritti delle persone disabili, UN. Doc A/RES/61/106 del 13 dicembre 2006;

UNHCR, *Linee guida sulla detenzione. Linee guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione,* 2012, reperibile alla pagina web http://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Linee_Guid_Detenzione.pdf;

Comunicato UNHCR e ODHIR disponibile al link: http://www.unhcr.it/news/ungheria-invitata-ad-astenersi-da-politiche-epratiche-che-promuovono-odio-e-intolleranza;

Nazioni Unite A/HRC/29/36, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, 2013;

Nazioni Unite, Assemblea generale A/71/L.1 del 13 settembre 2016 Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti;

UNHCR, Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean/Italy, http://data.unhcr.org/mediterranean/country.php?id=105;

UNHCR, *2015: l'anno della crisi dei rifugiati in Europa*, reperibile https://www.unhcr.it/news/2015-lanno-della-crisi-dei-rifugiati-in-europa.html;

UNHCR, *The evolution of refugee protection*, http://unhcr.ch/issues/history/hist2.htm;

Fonti di diritto dell'Unione europea in ordine cronologico

Atto Unico Europeo del 1986;

Trattato di Maastricht del 1992;

Trattato di Amsterdam del 1997;

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

Trattato di Lisbona: Versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea - Protocolli - Allegati - Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 - Tavole di corrispondenza;

Accordo Schengen del 14 giugno 1985;

Parlamento europeo, Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali, adottata il 12 aprile 1989, doc A 2-3/89;

Convenzione Schengen del 19 giugno 1990;

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

Parlamento europeo, Direzione generale degli studi, La nuova procedura di codecisione dopo il Trattato di Amsterdam, 1997, reperibile http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1997/167109/DG-4-AFCO_ET(1997)167109_IT.pdf;

Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm;

Commissione, *Verso una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme e valido in tutta l'Unione per le persone alle quali è stato riconosciuto il diritto d'asilo*, COM(2000)755 del 22 novembre 2000;

Commissione, Proposta di DIRETTIVA DEL CONSIGLIO recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM (2001) 181, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846755789&uri=CELEX:52001PC0181;

Commissione, Proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente

per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, COM(2001) 447 def;

Direttiva 2003/9/CE, del 27 gennaio 2003, che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (Direttiva Accoglienza);

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;

Regolamento (CE) n. 2007/2004 istitutivo di Frontex;

Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, ai cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta reperibile sulla pagina web http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:IT:PDF;

Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, dell'1 dicembre 2005, recante norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato (Direttiva procedure);

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 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32006R0562;

Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/9/ce del consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli stati membri, Bruxelles 26.11.2007, COM (2007) 745 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492796243905&uri=CELEX:52007DC0745;

Rapporto della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione del sistema Dublino, Commissione COM (2007) 299 final, SEC (2007) 742;

Libro verde sul futuro del sistema europeo comune di asilo, 6 giugno 2007, Commissione COM (2007) 301 final;

Rapporto della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della Direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003 che stabilisce standard minimi di accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, Commissione COM (2007) 745 *final*;

Decisione 2007/801/CE del Consiglio, del 6 dicembre 2007, sulla piena applicazione delle disposizioni dell'*acquis* di *Schengen* a detti Paesi in GUUE L 323, p.34;

Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio Relazione sulla valutazione del sistema di Dublino {SEC(2007) 742} /* COM/2007/0299, reperibile su http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0299&from=IT;

Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione), COM (2008) 815 def., reperibile

all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846285058&uri=CELEX:52008PC0815;

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, Bruxelles 3/12/2008, COM(2008) 820;

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Piano strategico sull'asilo - Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea {SEC(2008) 2029} {SEC(2008) 2030} /* COM/2008/0360 def. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492792595405&uri=CELEX:52008DC0360;

Decisione 2008/903/CE del Consiglio, del 27 novembre 2008 sulla piena applicazione delle disposizioni dell'a*cquis* di Schengen nella Confederazione svizzera, GUUE L 327;

Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare;

Commissione, proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO della Commissione recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta europea, Bruxelles,

21.10.2009, COM (2009) 551, reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492792360742&uri=CELEX:52009PC0551;

Commissione, proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione), COM (2009) 554 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492847668380&uri=CELEX:52009PC0554;

Risoluzione del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione) del 29 aprile 2009, procedura n. 2008/0244 (COD). http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0285+0+DOC+XML+V0//IT;

Commissione COM (2010) 2013, Piano di azione per i minori non accompagnati (2010-2014), del 6 maggio 2010;

Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo;

Commissione COM (2010) 465 final, Rapporto della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, dell'1 dicembre 2005, recante norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato;

Programma di Stoccolma 2010-2014, Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini [Gazzetta ufficiale C 115 del 4.5.2010], reperibile http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0034;

Decisione 2011/349 e 2011/350, in GUUE L 160;

Commissione, proposta modificata di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione) COM(2011) 319 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492847816776&uri=CELEX:52011PC0319;

Commissione, Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti asilo (rifusione), COM (2011)320, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492846559551&uri=CELEX:52011PC0320;

Decisione 2011/842/UE del Consiglio del 13 dicembre 2011 sulla piena applicazione delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen nel Principato del Liechtenstein, GUUE L;

Consiglio dell'Unione europea, Doc 14112/1/12, REV 1, settembre 2012;

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;

Direttiva 2013/32/UE Del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione);

Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale;

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;

Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'EU;

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);*

Commissione, Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che modifica il regolamento (UE) n.

604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro Bruxelles, 26.06.2014, COM(2014) 382, *final*;

ECRE, *Discussion Paper. Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, November 2014;

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (codificazione), Commissione europea COM (2015) 8 final, Bruxelles 20/01/2015;

Riunione straordinaria del Consiglio europeo del 23 aprile 2015-dichiarazione. Reperibile al seguente link http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/;

Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015, 2015/2660 (RSP). Il testo approvato è consultabile al seguente link http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1387923&t=e&l=fr;

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 13.05.2015, COM(2015) 240 *final*, reperibile al seguente indirizzo https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-

migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf;

Commissione europea- Comunicato stampa, *La Commissione europea porta avanti l'agenda sulla migrazione*, Bruxelles, 27 maggio 2015, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5039_it.htm;

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015 - 2020), Bruxelles 27 maggio 2015, COM(2015) 285 *final,* reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491340445109&uri=CELEX:52015DC0285;

Commissione, Proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, Bruxelles 27.05.2015, COM (2015) 286 *final,* reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491339747213&uri=CELEX:52015PC0286;

Raccomandazione (UE) della Commissione 2015/914 dell'8 giugno 2015 relativa ad un programma di reinsediamento europeo, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491340151172&uri=CELEX:32015H0914;

Conclusioni del Consiglio europeo, 25-26 giugno 2015, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/26-eucoconclusions/;

Commissione europea, il metodo basato sui hotspots per la gestione dei flussi migratori eccezionali, scheda informativa dell'8 settembre 2015, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/approfondimenti-speciali/metodo-basato-sui-hotspots-la-gestione-dei-flussi-migratori-eccezionali/;

Jean- Claude Junker, *Discorso sullo stato dell'Unione 2015*, 9 settembre 2015 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_it.htm;

Decisione (UE) del Consiglio 2015/1523 del 14 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472641509348&uri=CELEX:32015D1523;

Decisione (UE) del Consiglio 2015/1601 del 22 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472640753120&uri=CELEX:32015D1601#ntr2-L_2015248IT.01008001-E0002;

Decisione(PESC)2015/778 del Consiglio;

Commissione europea, comunicato stampa del 23 settembre 2015, *Più responsabilità nella gestione della crisi dei rifugiati: la Commissione avvia 40 procedimenti di infrazione per rendere efficiente il sistema europeo di asilo*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5699_it.htm;

Commissione europea, UE- Turchia piano di azione comune. Le sfide sono comuni e le risposte devono essere coordinate. Negoziare paese candidato la Turchia e l'Unione europea sono determinati ad affrontare e superare le sfide attuali in modo concertato. Bruxelles 15 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_it.htm;

Riunione dei capi di Stato e di governo con la Turchia – UE-Turchia dichiarazione, 29/11/2015, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/29-eu-turkey-meeting-statement/;

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Progress report on the implementation of the hotspots in italy, Strasburgo, 15/12/2015, COM(2015) 679 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492085780106&uri=CELEX:52015DC0679;

Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/16/585 del 4 marzo 2016, Tornare a Schengen- la Commissione propone una tabella di marcia per ripristinare il pieno funzionamento del sistema Schengen, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-585_it.htm;

Commissione europea - Comunicato stampa, Sistema europeo comune di asilo: la Commissione porta avanti 9 procedimenti di infrazione, Bruxelles, 10 febbraio 2016;

Commissione europea, Prossime fasi operative della cooperazione UE-Turchia in materia di migrazione, Bruxelles, 16.03.2016, COM(2016)166, disponibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52016DC0166;

Consiglio europeo, Conclusioni 18-19 febbraio 2016, Bruxelles, EUCO 1/16, reperibile all'indirizzo http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/it/pdf;

Dichiarazione UE- Turchia del 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/;

Interrogazione parlamentare del 22 marzo 2016 con richiesta di risposta orale al Consiglio ex Articolo 128 del regolamento da parte dell'europarlamentare Birgit Sippel, a nome del gruppo S&D avente ad oggetto: Natura giuridica e natura vincolante del cosiddetto "Accordo UE-Turchia", reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2016-000053+0+DOC+XML+V0//IT;

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, Bruxelles 6.04.2016 COM(2016) 197

final, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1472547817841&uri=CELEX:52016DC0197;

Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (2015/2095(INI)), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0102&language=IT&ring=A8-2016-0066;

Plenaria del Parlamento europeo del 13 aprile 2016, reperibile all'indirizzo disponibile su www.europarl.europa.eu;

Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016, risoluzione n. 2109(2016) del 20 aprile 2016, adottata sulla base del rapporto doc. 14028 del 19 aprile 2016;

Comunicazione Commissione europea, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, COM(2016) 197 final*;

Commissione europea, Comunicato stampa, Verso un sistema europeo comune di asilo equo e sostenibile, Bruxelles 4 maggio 2016, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_it.htm;

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), Bruxelles 4 maggio 2016, COM (2016) 270 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0270(01)&from=IT;

Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 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 paese terzo o da un apolide, per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione), Bruxelles 4.05.2016, COM(2016) 272 *final,* reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-272-IT-F1-1.PDF;

Parere esposto oralmente nella seduta del 9 maggio 2016 della Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni – LIBE – del Parlamento europeo: Aspetti giuridici della dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, LIBE/8/06399, Presentazione a cura del servizio giuridico, disponibile su www.europarl.eu;

Commissione europea- Comunicato stampa, Completare la riforma del sistema europeo comune di asilo: verso una politica in materia di asilo efficace, equa e umana, Bruxelles 13 luglio 2016;

Commissione europea- Comunicato stampa, Potenziare i canali legali: la Commissione propone di creare un quadro comune dell'UE in materia di reinsediamento, Bruxelles 13 luglio 2016, reperibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_it.htm;

Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles 7.07.2016, COM(2016) 385, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491641295561&uri=CELEX:52016DC0385;

Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 465 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491558467388&uri=CELEX:52016PC0465;

Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 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 e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, reperibile all'indirizzo, Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 466 *final* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491558063855&uri=CELEX:52016PC0466;

Commissione, Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, Bruxelles 13 luglio 2016, COM (2016) 467 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1492849012914&uri=CELEX:52016PC0467;

Commissione europea, Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, Bruxelles 13.07.2016, COM(2016) 468, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1473095221512&uri=CELEX:52016PC0468;

Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 settembre 2016 sulla proposta di decisione del Consiglio che modifica la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia (COM(2016)0171 – C8-0133/2016 – 2016/0089(NLE)) (Consultazione), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0354&language=IT&ring=A8-2016-0236;

Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Sesto rapporto sulla ricollocazione e il reinsediamento, 28 settembre 2016, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-

migration/proposalimplementation-package/docs/20160928/sixth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf;

Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Decima relazione sulla ricollocazione e il reinsediamento, Bruxelles, 2.03.2017, COM(2017) 202 *final*, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1490816908932&uri=CELEX:52017DC0202;

Parlamento europeo, Commissione LIBE, Progetto di 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) (rifusione) (rifusione) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)), Relatore: Cecilia Wikström, 24.02.2017, 2016/0133(COD), reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-599.751+02+DOC+PDF+V0//IT&language=IT;

Comunicato stampa del Tribunale dell'Unione europea n. 19/17 del 28 febbraio 2017 reperibile all'indirizzo http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019it.pdf;

Relazione della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio europeo e al Consiglio Terza relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito

dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 10.03. 2017, COM(2017) 205 *final*;

Parlamento europeo risoluzione del 5 aprile 2017 su come far fronte ai movimenti di rifugiati e migranti: ruolo dell'azione esterna dell'Unione europea (2015/2342(INI)), punto. 28., reperibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0124+0+DOC+PDF+V0//IT;

Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, la protezione dei minori migranti, Bruxelles, 12 aprile 2017, COM(2017) 211 final, https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-211-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF;

Fonti di diritto nazionale:

Costituzione italiana;

T.U. immigrazione d.lgs. 286/98;

D.lgs n. 142 approvato il 18 agosto 2015 recante attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale;

Governo italiano, *Migration Compact, Contribution to an EU strategy for external action on migration*, reperibile all'indirizzo http://www.governo.it/sites/governo.it/files/immigrazione_0.pdf;

Legge 7 aprile 2017 n. 47 recante *"Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati"*, (17G00062) (GU Serie Generale n.93 del 21-04-2017);

Legge 13 aprile 2017 n. 46 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonche' per il contrasto dell'immigrazione illegale. (17G00059) (GU Serie Generale n.90 del 18-04-2017);

Fonti giurisprudenziali:

Giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in ordine cronologico

Corte Suprema degli Stati Uniti, caso *Musgrove v. Chun Teong Toy,* A.C., 1891;

Corte Suprema degli Stati Uniti nei caso *inter alia, Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case),* 130 U.S. 581 del 1889;

Corte Suprema degli Stati Uniti, caso Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S.651 (1892);

Corte Suprema Stati Uniti caso *Fong Yue Ting v. United States,* 149 U.S. 698, 1893;

Corte Suprema Stati Uniti caso *Lem Moon Sing v. United States,* 158 U.S. 538, 1895;

Corte Suprema Stati Uniti caso *Wong Wing v. United States,* 163 U.S., 228, 1896;

Corte Suprema del *Reich Case, 30 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen,* 1900;

Corte Suprema Stati Uniti caso Fok Yung Yo v. United States, 185 U.S. 296, 1902;

Corte Suprema Stati Uniti caso *Chin Bak Kan v. United States,* 186 U.S. 193, 1902;

Corte Suprema Stati Uniti caso *Japanese Immigrant Case,* 189 U.S.86, 1903;

Corte Suprema Stati Uniti caso *United States ex rel. Turner v. Williams,* 194 U.S. 279, 1904;

Corte Suprema Stati Uniti caso *United States v. Sing Tuck or King Do and Thirty-One Others,* 194 U.S. 161, 1904;

Corte Suprema Stati Uniti caso *United States ex rel. Polymeris v. Trudell,* 284 U.S. 279, 1932;

Corte Suprema degli Stati Uniti di America causa *Factor c. Laubenheimer, U.S. Marshal ed altri* del 1933;

Corte Suprema Stati Uniti caso *United States ex rel. Volpe v. Smith,* 289 U.S. 422, 1933;

Corte Appello degli Stati Uniti nel 1948, caso *Chandler v. United States;*

Corte Distrettuale della California, caso Ex parte Kurth et al., 29 giugno 1939 n.29;

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine cronologico

Corte Edu, sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito;*

Corte Edu, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*;

Corte Edu, sentenza 30 ottobre 1991, *Vilvarajah c. Regno Unito*, n. 13163/87;

Corte Edu, sentenza 15 novembre 1996, n.22414/93, *Chahal c. Regno Unito;*

Corte Edu, 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, ric. 24833/94;

Corte Edu, sentenza 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*, n. 40035/98;

Corte Edu, decisione del 7 marzo 2000, caso *T.I. c. Regno Unito*, ricorso n. 43844/98;

Corte Edu, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, n. 51564/99;

Corte Edu, sentenza 4 febbraio 2005, *Mamatkulov c. Turchia*, n. 46827/99;

Corte Edu, 30 giugno 2005, *Bosphorous Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, ric. 45036/98;

Corte Edu, sentenza 5 luglio 2005, caso 2345/02 *Said* c. Olanda;

Corte Edu, sentenza 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. France*, n. 25389/05;

Corte Edu, sentenza 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito,* n. 13229/03, Grand Chamber;

Corte Edu decisione del 2 dicembre 2008, caso *K.R.S. c. Regno Unito*, ricorso n. 32733/08;

Corte Edu, sent. del 7 settembre 2009, *Grori c. Albania;*

Corte Edu nel caso *Hirsi* c. Italia;

Corte Edu sentenza del 21 gennaio 2011 *M.S.S. c, Belgio e Greda* [GC], ricorso n. 30696/09;

Corte Edu, caso *Singh c. Belgio*, sentenza 2 ottobre 2012;

Corte Edu sentenza 2 aprile 2013 *Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n, 27725/10;
Corte Edu sentenza del 7 maggio 2013 *L.H. e v.s, c. Belgio*, ricorso n.67429/10;
Corte Edu sentenza del 4 giugno 2013 *Daytbegova e Magomedova c, Austria*, ricorso n, 6198/12;

Corte Edu sentenza del 6 giugno 2013 *Mohammed c, Austria*, ricorso n. 2283/12;

Corte Edu sentenza del 18 giugno 2013 *Halimi c, Austria e Italia*, ricorso n. 53852/11 e *Abubeker c. Austria e Italia*, ricorso n. 73874/11;

Corte Edu, sentenza 23 luglio 2013, *Suso Musa c. Malta*, n. 42337/12;

Corte Edu sentenza del 27 agosto 2013 *Mohammed Hassan e altri c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n. 40524/10 e *Miruts Hagos c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n, 9053/10;

Corte Edu, sentenza del 10 settembre 2013 *Hussein Diirshi e altri c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n. 2314/10;

Corte Edu decisione del 12 novembre 2013 *H.Y c. Svezia*, ricorso n. 32314/12;

Corte Edu sentenza del 14 novembre 2013 *M.D. c. Belgio*, ricorso n. 56028/10;

Corte Edu sentenza del 5 dicembre 2013 *Sharifi c. Austria*, ricorso n. 60104/08;

Corte Edu sentenza del 4 novembre 2014 *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12;

Corte Edu, caso *AF. c. France*, sentenza del 15 gennaio 2015;

Corte Edu Grande camera, sentenza 15 dicembre 2016, caso *Khlaifia c. Italia,* ricorso n. 16483/12;

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in ordine cronologico

Corte di giustizia, 4 febbraio 1959, *Stork. Alta Autorità*, C-1/58;

Corte di giustizia, 12 febbraio 1960, *gli uffici di vendita del carbone della Ruhr "Geitling", "Präsident", "Mausegatt" e le imprese affiliate c. Alta Autorità CECA,* cause C- 17/59 e 18/59;

Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, C- 26/62;

Corte di giustizia, 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL*, C- 6/64;

Corte di giustizia 1 aprile 1965, *Sgarlata e altri c. Commissione CEE*, causa C-40/64;

Corte di giustizia sentenza del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, causa C- 29/69;

Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70;
Corte di giustizia parere dell'11 novembre 1975 n.1/75;

Corte di giustizia, 16 giugno 2005, Causa C- 105/03, *Pupino*;

Conclusioni Avvocato generale Ruiz- Jarabo Colomer, procedimento C-303/05, *Advocated voor de Wereld VZW*;

Corte di giustizia ue, sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, caso *Parlamento c. Consiglio*;

Corte di giustizia dell'Unione causa C-175/08, *Salahadin Abdulla e altri*;

Corte di giustizia dell'Ue del 18 dicembre 2007, causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio*;

Corte di giustizia sentenza del 29 gennaio 2009, causa C· 19/08, caso *Migrationsverket c. Edgar Petrosian*;

Corte di giustizia, sentenza del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, caso *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*;

Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2010, cause riunite C-175/2008 C- 176/08; C-178/08 e C-179/08, caso *Abdulla* e altri contro Bundesrepublik Deutschland;

Corte di giustizia, sentenza del 17 giugno 2010, causa C-31/09, caso *Nawras Bolbol contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*;

Corte di giustizia sentenza del 5 ottobre 2010, caso *McB*, C- 400/10 PPU;

Corte di giustizia del 6 ottobre 2010, causa C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C101/09, caso *Bundesrepublik Deutschland contro B e D*;

Corte di giustizia sentenza del 9 novembre 2010, caso *Volker* e *Markus Schecke*, C-92/09 e C- 93/09;

Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, causa C61/11, caso *El Dridi*;

Corte di giustizia ue, sent. 28 luglio 2011, *Samba Diouf*, causa C- 69/10;

Corte di giustizia ue, sentenza del 27 settembre 2011, caso *Cimade e GISTI*, C- 179/11;

Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-4lI e 493/10, caso *N.S. c. Secretary of State for the Home Department, e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform* (GC);

Corte di giustizia sentenza del 3 maggio 2012, causa C-620/10, caso *Kastrati*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 5 settembre 2012, casua C 71/11 e C-99/11, caso *Y e Z. contro Bundesrepublik Deutschland*;

Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2012, caso *K*, causa C-245/11;

Corte di giustizia sentenza del 6 dicembre 2012, causa C-245/11, caso *K c. Bundesasylamt*;

Conclusoni dell'avvocato generale del 20 marzo 2012, causa C-42/11, caso *Da Silva Jorge*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 27 settembre 2012, C-179/11, caso *Cimade e Gisti*;

Corte di giustizia ue, sentenza 31 gennaio 2013, H.I.D., causa C- 175/11;

Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, caso *Melloni*, C-399/11;

Conclusioni avvocato generale Jääskinen, presentate il 18 aprile 2013, causa C- 4/11, caso *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*;

Corte di giustizia sentenza del 30 maggio 2013, causa C-528/11, caso *Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerkia savet*;

Corte di giustizia sentenza del 6 giugno 2013, caso *Ma e altri c. Secretary of State for the Home Department*, C-648/11;

Corte di giustizia ue, sentenza del 7 novembre 2013, cause riunite c-199/12 e c-201/12, caso *X,Y e Z contro Minister voor Immigratie en Asiel (C- 201/12)*;

Corte di giustizia sentenza del 14 novembre 2013, causa C-4/11, caso *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*;

Corte di giustizia sentenza del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, caso *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt;*

Corte di giustizia Ue, sentenza del 10 dicembre 2013, caso *Abdullahi*, causa C-394/12;

Corte di giustizia, sentenza 30 gennaio 2014, causa C-285/12, caso *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 27 febbraio 2014, caso *Saciri*, C-79/1;

Corte di giustizia ue, sentenza dell'11 novembre 2014, causa C- 333/13, caso Dano;

Corte di giustizia, sentenza del 2 dicembre 2014, cause riunite C-148/13, C-149/13, C-150/13, caso *A. B. C. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie;*

Corte di giustizia parere 2/13 del 18 dicembre 2014;

Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2014, C- 562/13, caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 26 febbraio 2015, causa C- 472/13, caso *Shepherd c. Bundesrepublik Deutschland*;

Corte di giustizia ue, sentenza 5 aprile 2015, causa riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, caso *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*;

Corte di giustizia ue, sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/2014, caso *Taricco*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 15 febbraio 2016, caso *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C‑601/15 PPU;

Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, caso *Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*;

Corte di giustizia Ue, sentenza del 7 giugno 2016, caso *Ghezelbash,* C-63/15;

Conclusioni avvocato generale Paolo Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, caso *X. e X. c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491913401004&uri=CELEX:62016CC0638;

Conclusione avvocato generale Evgeni Tanchev, presentate il 9 febbraio 2017, caso *C.K. H.F. A.S. c. Republika Slovenija*, causa C-578/16 PPU;

Corte di giustizia Ue, sentenza del 16 febbraio 2017, caso *C.K., H.F. e A.S. c. Slovenia,* C-578/16 PPU;

Tribunale dell'Unione europea, Ordinanze del Tribunale del 28 febbraio 2017, caso *NF, NG e NM / Consiglio europeo*, nelle cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16;

Corte di giustizia ue (seconda sezione), sentenza del 15 marzo 2017, C-528/15, caso *Al Chodor*;

Corte di giustizia ue, sentenza del 7 marzo 2017, rettificato con ordinanza del 24 marzo 2017, caso *X e X c. Belgio*, causa C- 638/16 PPU, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1491913401004&uri=CELEX:62016CJ0638;

Corte di giustizia, sentenza del 26 luglio 2017, cause riunite C-490/16 e C- 646/16, caso *A.S. c. Repubblica di Slovenia e Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*;

Giurisprudenza nazionale degli Stati membri in ordine cronologico

Corte costituzionale, sentenza del 22 maggio 1962 n. 30;
T.A.R. Lazio, sentenza del 20 novembre 1974 n.80 *Costantinescu c. Ministero dell'Interno e Ministero del Lavoro e della previdenza sociale*;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza 18 maggio 2011 n. 4315;

Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza 19 aprile 2011 n. 3418;

Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza 19 aprile 2011 n. 3495;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza 16 maggio 2012 n. 4435;

Tar Lazio-Roma, sez. II quater, sentenza 13 giugno 2012 n. 5403;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater sentenza del 13 marzo 2012 n. 2481;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 16 maggio 2012 n. 4432;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 17 aprile 2012 n. 3478;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 7 marzo 2012 n. 2303;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 15 febbraio 2012 n. 1551;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 21 febbraio 2012 n. 1764;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 15 febbraio 2013 n. 1710;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 31 gennaio 2012 n. 1070;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 23 gennaio 2012 n. 706;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 17 maggio 2011 n. 4276;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 19 aprile 2011 n. 3451;

Tar Lazio- Roma, sez. II quater, sentenza del 7 settembre 2012 n. 7619;

Verwaltungsgericht München, am 2 August 2012;

Verwaltungsgerich Frankfurt am Main 9.07.2013;

TAR Puglia, sez. distaccata di Lecce, sentenza del 17 gennaio 2014, ricorso n. 01135/2012 REG.RIC;

Corte Suprema del Regno Unito, sent. del 19 febbraio 2014, *E.M. (Eritrea) c. Secretary of State for the Home Department*;

*German B*undesverwaltungsgericht (Corte federale amministrativa) sentenza del 17 giugno 2014, n. 10 C- 7.13, paragrafo 29, reperibile in inglese sul sito www.bverwg.de;

TAR Lombardia, sentenza del 2 aprile 2014, ricorso n. 01491/12 REG. RIC.;

TAR Lazio, sentenza del 16 aprile 2015, ricorso n. 11747/14 REG.RIC;

TAR Lazio, sentenza del 15 giugno 2015, ricorso n. 13898/2014 REG.RIC.;
TAR Veneto sez. Unite, sentenza del 5 agosto 2015, ricorso n. N. 01008/2015 REG.RIC;

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 8 settembre 2015 n. 4200;

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 8 settembre 2015 n. 4199;

Alta Corte federale amministrativa dell'Austria, la decisione dell'8 settembre 2015 (Ra 2015/18/0113);

TAR Veneto, sentenza del 7 ottobre 2015, ricorso n. N. 01331/2015 REG.RIC.;

TAR Piemonte, sentenza del 14 ottobre 2015, ricorso n. 01011/2015 REG.RIC.;

Tar Lazio, sez. II *Quater*, sentenza del 18 novembre 2015, n. 13072;

Raad van State (Corte amministrativa olandese), decisione del 26 novembre 2015 (Uitspraak 201507248/1/V3);

Raad van State (Corte amministrativa olandese), V. Rechtbank den Haag AWB 15/11534;

Raad van State (Corte amministrativa olandese), caso Rechtbank den Haag AWB 15/2751;

TAR Veneto, sentenza del 4 dicembre 2015, ricorso n. 01582/2015 REG.RIC.;

TAR Campania, sentenza del 27 gennaio 2016, ricorso n. 04032/2015 REG.RIC;

Tribunale Amministrativo di Nordreno-Vestfalia del 20 maggio 2016;

TAR Sicilia, sentenza del 9 giugno 2016, ricorso n. 00974/2016 REG.RIC;

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 7 luglio 2016, ric. n. 00731/2016;

TAR Abruzzo sezione distaccata di Pescara, sentenza del 15 luglio 2016, ricorso n. 00233/2016 REG.RIC;

TAR Liguria, sentenza del 13 ottobre 2016 ricorso n. 00701/2016 REG.RIC;

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 27 settembre 2016 n. 4004;

Consiglio di Stato III sez., sentenza del 27 aprile 2017 n. 00200/2016 REG. RIC, pubblicata il 15/05/2017.

Rapporti- studi- inchieste- fonti giornalistiche in ordine cronologico

ELENA/ECRE, The impact of EU Qualification Directive on International protection del 2008 reperibile alla pagina web http://www.ecre.org/component/downloads/131.html;

Medici Senza Frontiere, *MSF alla Grecia: "Stop alla detenzione sistematica e prolungata dei migranti"*, 2 aprile 2014, http://www.medicisenzafrontiere.it/notizie/msf-alla-grecia-%E2%80%9Cstop-alla-detenzione-sistematica-e-prolungata-dei-migranti%E2%80%9D;

Amnesty International, *Lives adrift. Refugees and migrants in peril in the central Mediterranean*, September 2014;

ECRE, *Discussion Paper. Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, November 2014;

F. GATTI, Migranti, la guerra del Mediterraneo, in L'Espresso, 2014, reperibile all'indirizzo http://speciali.espresso.repubblica.it/interattivi-2014/migranti/;

Rapporto ECRI, adottato il 19 marzo 2015 e pubblicato il 9-6-2015 reperibile sul sito http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp ;

Il Fatto Quotidiano del 7 luglio 2015 http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/07/07/ungheria-muro-con-serbia-ed-espulsioni-rapide-il-parlamento-approva-lalegge/1852976 ;

M. SERAFINI, Aylan, il bimbo morto sulla spiaggia. La famiglia sognava il Canada, pubblicato in Corriere della sera del 3 settembre 2015 reperibile all'indirizzo http://www.corriere.it/esteri/15_settembre_03/aylan-bimbo-morto-spiaggia-famiglia-sognava-canada-b76b0cc6-5208-11e5-aea2-071d869373e1.shtml;

Rapporto Amnesty International, *Fanced out,* del 7 ottobre 2015, https://www.amnesty.org/en/documents/eur27/2614/2015/en/;

G. PIPITONE, *Minori stranieri, uno su due di quelli arrivati in Italia scompare. "Scappano o finiscono sfruttati dalla criminalità",* articolo pubblicato su Il Fatto Quotidiano del 10 dicembre 2015, cunsultabile http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/10/minori-stranieri-uno-su-due-di-quelli-arrivati-in-italia-scompare-scappano-o-finiscono-sfruttati-dalla-criminalita/2291062/;

ECRE studio del 5 dicembre 2016, *The implementation of the hotspots in Italy and Greece,* reperibile all'indirizzo http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf;

F. SIRONI, *L'elenco completo degli attentati nel mondo dal primo gennaio 2015 all'inizio del 2016*, in L'Espresso, 13 gennaio 2016

http://espresso.repubblica.it/internazionale/2016/01/13/news/l-elenco-completo-degli-attentati-nel-mondo-2015-2016-1.246542;

UGL Polizia di Stato Nazionale Osservatorio Nazionale Polizia Scientifica, Prot. N° 88/SN del 10 febbraio 2016, allegata alla nota dell'UGL Polizia di Stato Segreteria Provinciale di Catania Prot. N° 039/16/CT del 17 febbraio 2016 indirizzata al Sig. questore della Provincia di Catania, reperibile all'indirizzo http://www.uglpoliziadistato.sicilia.it/docs/395.pdf;

F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Studio per la Commissione LIBE Parlamento europeo, 2016, reperibile sulla pagina internet http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf;

Medici Senza Frontiere, rapporto Fuori Campo. Mappa dell'accoglienza che esclude, 12 aprile 2016, consultabile http://www.medicisenzafrontiere.it/notizie/news/fuori-campo-mappa-dell%E2%80%99accoglienza-che-esclude;

Rainews.it, *Migranti. Alfano: "Con Ue attivare hotspot in mare". Avramopoulos: "Tesi interessante"* , del 27 aprile 2016, reperibile all'indirizzo http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Migranti-Alfano-Con-Ue-attivare-hotspot-in-mare-Avramopoulos-Tesi-interessante-a47516bc-78c6-469e-a810-e23b6797dd96.html?refresh_ce;

Dutch Council for Refugees, ECRE, "The DCR/ECRE desk research on application of a safe third country and a first country of asylum concepts to Turkey", maggio 2016, disponibile su www.ecre.org;

Open Migration, Atlante SPRAR, tutti i numeri dell'accoglienza diffusa in Italia, del 15 luglio 2016, reperibile all'indirizzo http://openmigration.org/analisi/atlante-sprar-tutti-i-numeri-dellaccoglienza-diffusa-in-italia/;

Jesuit Refugee Service European Policy Discussion Paper, "The EU-Turkey Deal", 2016, disponibile su jrseurope.org;

Report from GUE/NGL Delegation to Turkey, *What Merkel, Tusk and Timmermans should have seen during their visit to Turkey*, 2-4 maggio 2016, disponibile su www.europarl.eu;

ASGI, *Esperimento Grecia sul diritto d'asilo dopo l'accordo UE – Turchia*, resoconto del sopralluogo giuridico ASGI del 15-19 giugno 2016, disponibile all'indirizzo http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/08/2016_giugno_Esperimento-Grecia.pdf;

ECRE, European Commission new package of reforms of the Common European Asylum System, 15 luglio 2016 reperibile all'indirizzo http://www.ecre.org/european-commission-new-package-of-reforms-of-the-common-european-asylum-system/;

LasciateCIEntrare, rapporto #20 giugno sulla mobilitazione nazionale della società civile per la richiesta di accesso nei centri per migranti in occasione della Giornata Mondiale del Rifugiato, pubblicato il 19 ottobre

2 0 1 6 http://www.lasciatecientrare.it/j25/10-italia/230-online-20giugnolasciatecientrare-il-report-della-societa-civile-sullo-stato-dell-accoglienza-dei-migranti-in-italia;

Amnesty International, rapporto 3 novembre 2016, *Hotspot in Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, reperibile all'indirizzo file:///Users/fefe/Downloads/EUR3050042016ITALIAN.PDF;

Access Info Europe, *Access Info challenges European Commission secrecy around EU-Turkey refugee deal legal advice before the European Court of Justice,* del 2 dicembre 2016, reperibile all'indirizzo https://www.access-info.org/frontpage/27029;

ASGI, *Accordo Ue-Turchia: ricorso alla Corte Europea di Giustizia,* del 14/12/2016, reperibile all'indirizzo http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/accordo-ue-turchia-ricorso-corte-europea-giustizia/;

ECRE studio del 5 dicembre 2016, *The implementation of the hotspots in Italy and Greece,* reperibile all'indirizzo http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016.pdf;

Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2016, di Anci, Caritas Italia, Cittalia, Fondazione Migrantes, Servizio centrale dello Sprar e in collaborazione con UNHCR, pubblicato su Sole24ore e reperibile all'indirizzo http://www.ilsole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE2

4ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2016/11/16/Rapporto_protezione_internazionale_2016.pdf;

Hungary: Draft Law Tramples Asylum Seekers' Rights EU Should Seek To Halt Plan to Hold Asylum Seekers in Transit Zones, pubblicato in internet https://www.hrw.org/news/2017/02/27/hungary-draft-law-tramples-asylum-seekers-rights;

L. BAGNOLI, *Morti nel Mediterraneo: perché così tanti nel 2016?*, in Open Migration, reperibile all'indirizzo https://openmigration.org/analisi/i-morti-in-mare-nel-2016-mai-cosi-tanti-nel-mediterraneo/;

Repubblica, Migranti: accordo Italia-Libia, il testo del Memorandum, 2 febbraio 2017, reperibile all'indirizzo http://www.repubblica.it/esteri/2017/02/02/news/migranti_accordo_italia-libia_ecco_cosa_contiene_in_memorandum-157464439/;

Regolamento Dublino III: al via la discussione nel Parlamento europeo pubblicato il 27 marzo 2017 sul sito ASGI, reperibile al seguente indirizzo http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/regolamento-dublino-riforma-parlamento-ue/;

Tavolo nazionale asilo, M. DI FILIPPO e G. SCHIAVONE, *AN AMBITIOUS AND PRAGMATIC REFORM OF THE DUBLIN SYSTEM. Selected amendments to the Draft Report by MEP Cecilia Wikström,* pubblicato il 26 marzo 2017 e reperibile al seguente indirizzo http://immigrazione.jus.unipi.it/wp-content/uploads/2017/03/The-Dublin-Reform-in-the-EP-Selected-Amendments-final.pdf;

Comiunicato UNHCR, *L'UNHCR chiede la sospensione dei trasferimenti verso l'Ungheria ai sensi del Regolamento Dublino*, del 10 aprile 2017, reperibile all'indirizzo https://www.unhcr.it/news/comunicati-stampa/lunhcr-chiede-la-sospensione-dei-trasferimenti-verso-lungheria-ai-sensi-del-regolamento-dublino.html;

Comunicato, UNICEF e UNHCR accolgono con favore la nuova politica UE che protegge i bambini migranti e rifugiati, pubblicato il 12 aprile 2017 e reperibie all'indirizzo https://www.unhcr.it/news/unicef-unhcr-accolgono-favore-la-nuova-politica-ue-protegge-bambini-migranti-rifugiati.html;

ISPI online, Rassegna stampa reperibile all'indirizzo http://www.ispionline.it/it/istituto/rassegna-stampa-2012 (ultimo aggiornamento 21 aprile 2017);

II. Letteratura

R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni fra comunitarizzazione e metodo intergovernativo,* in DUE, 1998, 481 ss.;

R . ADAM, *sub art. 51 Tr. UE ,* in (a cura di), TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea,* Milano, 2014, p. 343;

A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in Riv. Dir. Int., 2009, p. 669 ss.;

A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione,* in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 3^ ed., 2010, p. 64 ss.;

A. ADINOLFI, *La circolazione tra gli Stati membri dell'Unione degli stranieri in condizione regolare,* in G. CAGGIANO (*a cura di*) *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale*, Torino, 2014, p. 137 ss.;

S. AGA KHAN, *Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons,* 149 Recueil, 1976, vol. I, 287, p.318 ss.;

S. AMADEO, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo,* in A. ADINOLFI, S. AMADEO, M. BOLBONI, P. DE PASQUALE, P. GIANGASPERO, A. LANG, P. MARTUCCI, F. MUNARI, B. NASCIMBENE, R. NUNIN, F. SPITALERI, S. TONOLO (*a cura di*) F. SPITALERI, S. AMADEO, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, 2015, p. 343 ss.

A. ANNONI, P. MORI (a cura di), *Diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, Giappichelli, 2015;

N. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015;

H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, 1951;

I. ATAK, F. CRÉPEAU, *Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges*, E.J.H.R./J.E.D.H., 2015, p. 601;

R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: the Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism,* in CMLR, 2013 p. 1305 ss.;

P. BARGIACCHI, *La sentenza 19 febbraio 2014 della Supreme Court britannica limita ulteriormente il diritto dello Stato di trasferire lo straniero, richiedente protezione internazionale, allo Stato competente ad esaminarne la domanda*, in https://www.researchgate.net/publication/262686209_La_sentenza_19_febbraio_2014_della_Supreme_Court_britannica_limita_ulteriormente_il_diritto_dello_Stato_di_trasferire_lo_straniero_richiedente_protezione_internazionale_allo_Stato_competente_ad_esamin;

S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 61;

H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff, 2006, p. 101;

E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la Protezione dei Rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in Vigore del Trattato di Lisbona,* CEDAM, Padova, 2010;

E. BERNARDI, *Asilo politico*, voce in Digesto Disc. Pub., I, Torino, 4ª, 1987, p. 421 ss.;

P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione,* Milano, 2004, p. 328, ss.;

B. M. BILLOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006;

P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS, *European migration law*, Ius Communitatis II edizione, 2014;

S. BOLOGNESE, *Il ricorso a garanzie individuali nell'ambito dei c.d.'trasferimenti Dublino': ancora sul caso Tarakhel,* in riv. Diritti umani e diritto internazionale, vol. 9, 2015, n. 1, pp. 233-237;

M. J. BOSSUYT, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987, p. 270 ss.;

A. BUYSE, *CJEU Rules: Draft Agreement on EU Accession to ECHR Incompatible with EU Law*, 2014, http://www.echrblog.blogspot.it/2014/12/cjeu-rules-draft-agreement-on-eu.html;

G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione,* II ed. Giappichelli, Torino, 2016;

G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza,* in SIDIBlog, 3 ottobre 2016, reperibile all'indirizzo http://www.sidiblog.org/2016/10/03/prime-riflessioni-sulle-proposte-di-riforma-del-sistema-europeo-comune-dasilo-in-materia-di-qualifiche-procedure-e-accoglienza/;

A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali,* CEDAM, 2010;

G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto e politica*, nella collana Biblioteca di testi e studi, 2013;
E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra del 1951*, in Riv. Dir. Int., 2001, p. 440;

E . CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in DUE, 2015, p. 623 ss.;

E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?,* in European Papers 2016, p. 3 ss., disponibile su www.europeanpapers.eu;
G. CARELLA, Esodi di massa e diritto internazionale, 75 RDI, 1992, 903, p. 909;
J.Y. CARLIER *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Hay*e, t. 332(2007), tiré à part, Leiden- Boston, 2008, p. 40 ss.;

J.Y. CARLIER, *Quels progrès pour les libertés?,* in C. KADDOUS- M. DONY, *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, 2010, p. 83 ss.;

J. Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16),*in ELSJ Résau Universitaire Européen, 20 febbraio 2017, reperibile all'indirizzo http://www.gdr-elsj.eu/2017/02/20/informations-generales/le-visa-humanitaire-et-la-jouissance-effective-de-lessentiel-des-droits-une-voie-moyenne-a-propos-de-laffaire-x-et-x-ppu-c-63816/;

E. CAVASINO, *Le trasformazioni del diritto d'asilo,* in Nuove Autonomie

N. 2~3/2013, pp. 385-399;

F. CHERUBINI, *L' asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto Dell'Unione Europea*, Bari, 2012;

F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle proposte di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia,* in SIE, 2015, p. 243 ss.;

P. CIPROTTI, *Asilo (diritto di) (diritto canonico ed ecclesiastico*), voce in Enc. dir., III, Milano,1958, p. 203;

B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in (a cura di), ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Milano*, 2002, p. 3 ss.;

G. CONETTI, *Rifugiati*, voce in Noviss. Dig. It., Appendice, VI, Torino, 1986, p. 819 ss.;

G. CORDINI, M. GIULIANO, *Asilo (diritto di), a) Premessa storica – 1) Diritti antichi*, in Enciclopedia del Diritto, vol. III, 1958, p. 191;

G . CORDINI, *Il diritto d'asilo nelle costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 51 ss.;

O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?,* in EU Immigration and Asylum Law Policy del 10 giugno 2016, disponibile su http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/;

G. CRIFÒ, *Asilo (diritto di) – a) Premessa storica – 1) Diritti antichi*, in Enciclopedia del Diritto, vol. III, 1958;

A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2014;

M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, Milano, 2009, p. 67 ss.;

P. DE BRUYCKER, *L'emergence d'une politique européenne d'immigration*, in J-Y. CARLIER (a cura di), *L'étranger face au droit,* Bruxelles, 2010, p. 351 ss.;

M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?,* in EU Law Analysis del 7 aprile 2016, disponibile su http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html;

M. DEN HEIJER, *Corrective allocation or effective solidarity? The Slovak Presidency non-paper on the revision of the Dublin system*, articolo pubblicato per The Odysseus Network EU Immigration Law and Asylum Law and Policy, 10 marzo 2017, reperibile all'indirizzo http://eumigrationlawblog.eu/corrective-allocation-or-effective-solidarity-the-slovak-presidency-non-paper-on-the-revision-of-the-dublin-system/;

P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in DUE, 2010, p. 19 ss.;

P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 24;

F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in Diritti umani e diritto internazionale, 2014, pp. 63-82;

F. DE VITTOR, *I risultati del consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, in SIDIblog, 27 aprile 2015, reperibile all'indirizzo http://www.sidiblog.org/2015/04/27/i-risultati-del-consiglio-europeo-straordinario-sullemergenza-umanitaria-nel-mediterraneo-repressione-del-traffico-di-migranti-o-contrasto-allimmigrazione-irregolare/;

M. DI FILIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE, in I diritti dell'uomo, 1, Editoriale Scientifica*, 2015, p. 56;
E. DOBOUT, *Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste*, in La Semaine juridique 18 avril 2011, p. 760 ss.;

H. DÖRIG, *Asylum Qualification Directive 2011/95/UE*, in *EU Immigration and Asylum Law*, a commentary, II edizione, 2016, p.1115;

M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, UBlire, p. 37;

EURIPIDE, *Ione*, 412-08 a.C., v. 1309 e ss.;

EL- ENANY, *Who is the New European refugee?*, El Rev. 33, 2008, pp. 313-335;

C. FAVILLI, *La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione,* in Immigrazione, accoglienza, integrazione, cittadinanza, 2006, pp. 85-100.

C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione,* in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2010, p. 13 ss.;

C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Cedam, Milano, 2011;

C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di) *Procedure e garanzie del diritto di asilo,* Cedam, Milano 2011, p. 125-126;

C. FAVILLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in Archivio Giuridico, voI. CCXXXI, fasc. 3-2011, pp. 257-285;

C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 701-747;

C. FAVILLI, *Il sistema Dublino ormai moribondo*, in Riv. Online Affari Internazionali, 14 ottobre 2015, reperibile su http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=3197 ;

C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione*, in Quaderni costituzionali, n. 3 del 2015, pp. 785-788;

C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in Diritti umani e diritto internazionale, vol. 10, 2016, n. 2, pp. 405-426;

E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection* in International Law, Cambridge, 2005;

O. FERACI, *il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, Osservatorio sulle fonti, 2/2013, p. 7;

C. FIJNAUT, *The Refugee Crisis: The End of Schengen?*, European Journal of Crime, Criminal law and criminal justice 23, 2015, p. 313-332;

L. FUMAGALLI, *Preambolo* in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 3 ss.

G . GAJA, *Accession to the ECHR,* in (eds), BIONDI, EECKHOUT, RIPLEY, *EU Law after Lisbon,* Oxford, 2012;

G . GAJA, *The Co-respondent Mechanism According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR,* in (eds), KOSTA, SKOUTARIS, TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Oxford 2014, p. 341 ss.;

M. GATTI, *La dichiarazione Ue–Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del parlamento?,* in Eurojus, 11 aprile 2016, reperibile all'indirizzo http://rivista.eurojus.it/la-dichiarazione-ue-turchia-sulla-migrazione-un-trattato-concluso-in-violazione-delle-prerogative-del-parlamento/?print=pdf;

M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea,* in V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione,* I, Modena, 2010, p. 45 ss.;

M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione: solidarietà tra Stati membri e misure nazionali di regolamentazione,* in A. LIGUSTRO G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia,* Liber Amicorum in onore di Paolo Picone, Napoli 2011, p. 895 ss.;

A. GIOIA, *Asilo*, voce in Dizionario di diritto pubblico, I, Milano, 2006, p. 449 ss.;

M. GIULIANO, *Asilo (diritto di)* (diritto internazionale), voce in Enc. dir., II, Milano, 1958, p. 204 e ss.;

G.S. GOODWIN-GILL, J. MC, ADAM *The Refugee in International Law*, 3rd, Oxford, 2007;

C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights*, commentary, *Article* 3, ed. C. H. BECK, HART, NOMOS, HELBING, LICHTENHAHN, VERLAG, 2014, pp. 31-51;

A. GRAHL – MADSEN, *The Status of Refugees in International Law,* Leyden, 1966;

A. GRAHL – MADSEN, *The Status of refugees in International law*, Leiden, 1972, vol. II, p. 6;

A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Geneva Convention*, *Division of International Protection of the United Nation High Commissioner for refugee,* 1997, p. 98;

A . GRAHL- MADSEN, "*Refugee, United Nation High Commissioner*", Encyclopedia of Public International Law, vol. 4, 2000, p. 78;

A. GRAHL – MADSEN, *Territorial Asylum*, cit. p. 1; IBID., *Asilum, Territorial,* in Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 1992, p. 283;

D. GRIEG, *The Protection of Refugees and Customary International Law*, 8 *Australian* YIL, 1984, 108, p.134;

J. GROMOVS, *EC Visa Facilitation Agreements and readmission agreements – State of play and future perspective*, in M. MAES – C. FOBLETS – P. DE BRUYCKER (a cura di), *External Dimentions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Bruxelles, 2011, p. 203 ss.;

E. GUILD, *The Europeanisation of Europe's Asylum System*, IJRL 18(2006), p. 630, 638-640;

E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO- LAX, M. MOUZOIRAKIS, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, 2014, Studi per la Commissione LIBE reperibili al sito http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU(2014)509989_EN.pdf (ultimo accesso 27 luglio 2016) par. 2.4 e 6.2;

E. GUILD, S. GRANT, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What Does it Mean?,* Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 252/2017;

D. HABELSTAM, *"It's utonomy stupid". A modest defence of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and a Way Forward,* in Michigan Law Review*,* Paper n. 432, 2015;

K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?,* 26 VJIL, 1986, 857, p. 862;

K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1029;

K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 40;

J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under Internantiona*l *Law*, Cambridge, 2005;

J.C. HATHAWAY, M.FORSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge University, 2014, p. 204;

N. HERVIEU, *Réadmission vers la Grèce: la confiance mutuelle au sein de l'UE à l'épreuve de la CEDH*, disponibile su www.combatsdroitshommc.blog.lemonde.fr;

R. HOFMANN e T. LÖHR, *Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures*, in ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967Protocol*, Commentary, 2011, pp. 1081-1128;

C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Regulation (EU) No 604/2013*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1478-1604;

J. HYNDMAN, *The 1951 Convention and Its Implication for Procedural Questions*, in International Journal of Refugee Law, n.6, 1994;

J.P. JACQUÉ, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Right and Fundamental Freedoms*, CMLR, 2011, p. 987 ss.;

J.P. JACQUÉ, *CJUE-CEDH: 2-0*, in RTDE, 2014, p. 823 ss.;

J.P. JACQUÉ, *Après l'avis 2/13 de la Cour de justice. Que faire?*, in A. TIZZANO, *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 169 ss.;

P. KINGSLEY, "*Greece sidelines officials who blocked expulsion of refugees to Turkey*", in The Guardian del 17 giugno 2016, disponibile su www.theguardian.com;

F. KRENZ, "*The Refugee as a Subject of International Law*", 15 ICLQ, 1966, p. 115;

P. J. KUJPER, *Some Legal Problems Associated with the Comunitarization of Policy of Visas, Asylum and Immigration under Treaty and Incorporation of the SchengenAcquis*, in CMLR, 2000, p. 345 ss.;

H. LABAYLE, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam*, L'Actualité juridique - Droit administratif, 20 dicembre 1997, p. 923;

H. LABAYLE, *L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe*, Revue trimestrelle de droit européen n.41, 2005, p.437, 463;

H. LABAYLE, *La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Dossiers de droit européen, 2007, p. 3 ss.;

H. LABAYLE, *La competence externe de l'Unione européenne en matière migratoire,* in M. MAES- M. C. FOBLETES – P. DE BRUYCKER (a cura di), *Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE/External Dimensions of EU Migration and asylum and Policy,* Bruxelles, 2011;

H. LABAYLE, *Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne*, in Cahiers de droit européenne n. 50, 2014, pp. 501-534;

H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, 2014, http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/;

H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *L'accord Union européenne-Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, in Réseau Universitaire européen

du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice del 23 marzo 2016, disponibile su www.gdr-elsj.eu;

H. LABAYLE, *Escale à Canossa? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C- 578/16 PPU)*, 2017 in http://eumigrationlawblog.eu/escale-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/#more-1390;

A. LANG, (commento di), in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, II edizione, Giuffrè Editore, 2014, p.804;

H. LAUTERPACHT, "*The Universal Declaration of Human Rights"*25 BYIL, 1948, 354, p. 373;

P.F. LAVAL, *L'appréciation portée par la Cour de justice dans l'affaire Shiraz Baig Mirza,* in Revue de l'Union européenne, n. 599- giugno 20, p. 342 a 345;

N. LAZZERINI, *Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare: il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo,* in Osservatoriosullefonti.it, 1/2015, p. 18;

N. LAZZERINI, *art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commento* (commento di), in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1071;

K. LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in ICLQ, 2010, p. 255 ss.;

F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, 2009;

A. LIGUORI – N. RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 539 ss.;

T. LOCK, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, 2014, http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw;

M. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani,* Torino, 2006, p. 46;

L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo "par ricochet" o protezione "par moitié"? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento Dublino II* , in Rivista di diritto internazionale 2011, p. 824 ss.;

F. MAINANI, *L'Unité familiale et le système Dublin*, ed. HELBING, LICHTENHAHN, VERLAG, Bâle, 2006, p. 422;

F. MAIANI, *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et statu quo en droit des étrangers sous l'influence de la directive sur le retour,* in Annuaire suisse de droit européen, 2008-2009, Zürich, p. 289 ss.;

F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Studio per la Commissione LIBE Parlamento europeo, 2016, reperibile sulla pagina internethttp://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf ;

F. MAINANI, e M. GARLICK, *Reforming The Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, edito da V. CHETAIL, P.DE BRUYCKER, F. MAIANI, 2016;

F. MAIANI, *Hotspots and Relocation Schemes: the right therapy for the Common European Asylum System?,* in Migration Policy Centre blog, 8 febbraio 2016, reperibile all'indirizzo https://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/hotspots-and-relocation-schemes-the-right-therapy-for-the-common-european-asylum-system/;

M. MARCHEGGIANI, *Sistema Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.1, pp. 159-182;

R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standard interazionali*, Napoli, 2011, p. 359 ss.;

R . MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. XI;

L. MAZZARINI, *sub art 344 Tr. FUE,* in (a cura di), TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea,* Milano, 2014, pp. 2505 ss.;

A. MIGLIAZZA, *Asilo (diritto internazionale),* voce enciclopedica in Noviss. Dig. It., Iª , Torino, 1958, p. 1039 ss.;

S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in RDI, 2010, p. 421 ss.;

V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition of Positive Asylum Decisions in the European Union*, May 12, 2015;

C. L. MONTESQUIEU, *De L'Esprit de Lois*, Leipzig, 1763, vol. II, Libro XXV, Cap. III;

V. MORENO- LAX, *Life after Lisbon, EU Asylum Policy as a factor of Migration Control*, in ACOSTA ARCARAZO, MURPHY (eds), *EU Security and Justice Law*, Hart, 2014, p. 146, 148-157;

F. MORGENSTEERN, *The Right of Asylum,* 26 BYIL, 1949, p. 341 s., 345 ss.;

G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in Diritto, immigrazione e cittadinanza XV, 4-2013, pp. 15-35;

P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano,* nella Collana di diritto dell'immigrazione diretta da A. ADINOLFI, S. AMEDEO, G. CAGGIANO, G. CATALDI, G. CELLAMMARE, P. MORI, B. NASCIMBENE, Giappichelli, Torino, 2014, p. 423;

P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in Diritto dell'Unione europea, settembre 2015;

P. MORI, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in Il diritto dell'Unione europea, A. 21:n. 1 (2016:gen), p. 103-114.

P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino iv?* in Eurojus, 7.09.2016, p. 1-8;

P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza: ingresso e soggiorno, protezione internazionale, ricongiungimento e coesione familiare, minori lavoro e pubblico impiego, allontanamento e diritto penale dell'immigrazione, condizioni di reciprocità e tutela contro le discriminazioni, cittadinanza*, Maggioli, 2015;

C . MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, in (a cura di), A. DI BLASE, *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014,p.41 ss.;

B. MULAMBA MBUYI, *Le réfugiés et le droit international/ Refugees and International Law*, Scarborough, 1993, p. 9 ss.;
G. MUZAK, *Article 78 TFUE*, in Mayer/ Sto¨ger (eds), Kommentar zu EUV und AEUV (Maunz, looseleaf: 141th edn, 2012), p. 5.

B. NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995;

B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004 p. 1191;

B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004, p. 273 ss.;

B. NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, in ISPI workimg paper, 25 giugno 2008, p. 13, reperibile all'indirizzo web http://www.ispionline.it/it/documents/wp_25_2008.pdf;

B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in AA.VV. Lo statuto costituzionale del non cittadino – Atti del XXIV Convegno annuale 2009, Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, 2010, p. 281 ss.;

N. NIELSEN, *EU-Turkey Deal Not Legal Binding Says EP Legal Chief*, in EuObserver del 10 marzo 2016, disponibile su www.euobserver.com;

G. NOLL, J. FAGERLUND, F. LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims outside the EU*, 2002;

F. PAPPALARDO, *Commento al preambolo* in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. XI p. 7;

N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo: fra diritto internazionale, convenzionale e generale*, Giuffrè, 1993;

N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996;

N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in Il diritto dell'Unione europea, anno XIV, fasc. 3, 2009, pp. 653-678;

N. PARISI, *La protezione internazionale del minore migrante non accompagnato nella normativa internazionale ed europea*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), Il diritto di asilo in Europa, Napoli, 2014, pp. 91-110;

N. PARISI, V. PETRALIA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2016, p. 267;

M . PEEK, E. TSOURDI, *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/UE*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1381 a 1477;

S. PEERS – E. GUILD – D. ACOSTA – K. GROENENDIJK – V. MORENO LAX, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, EU immigration Law,* Leiden, 2012;

S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law,* 3rd edn*, OUP 2011*, p.393;

S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and resent danger to human rights protection,* 2014, in http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html;

S. PEERS, *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?*, 5 novembre 2014, reperibile su http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html;

S. PEERS, E. ROMAN, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong?*, in EU Law Analysis del 5 febbraio 2016, reperibile all'indirizzo http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html;

S. PEERS, *The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment,* EU Law Analysis del 18 marzo 2016, disponibile su www.eulawanalysis.blogspot.it;

M. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.;

PERASSI, LAUTERPACH, FITTZMAURICE;, HUDSON, GUGGENHEIM, BRIERLY, BECKETT, in Ann. Ist. Dr. Int., 1950, II, 199 s., 202, 203, 204, 227 ss.;

V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza degli Stati dell'Unione europea nel sistema Dublino: recenti sviluppi*, in Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 2017.

J.C. PIRIS, *The Lisbon Treaty, A legal and political analysis,* Oxford, 2010;

R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1999, p. 694 ss.;

R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in RC, 2008, p. 187 ss.;

G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo e nuove Esigenze di Protezione Internazionale nell'Unione Europea,* Bari, 2012;

R. PLENDER, *The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and research,* in Académie de droit international de la Haye- Centre d'Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, 1989- Le droit D'Asile/ The Right of Asylum, Dordrecht/Boston/London, 1990, 63, p. 89;

C. RAUX, *La politique d'asile de l'Union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Revue trimestrielle des droits de l'homme 2011, p. 1023 ss.;

E. REALE, *Le Droit d'Asile*, in 63 Recueil, 1938, 469, p. 473;

E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*, in riv. Dritti umani e diritto internazionale, 2011, p. 343 ss.;

F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carrocci editore, 2011;

F. RIGAUX (ed.), *Droit d'asile*, Bruxelles, 1988, in *Droit d'asile et des réfugiés, Colloque de Caen de la Société Française pour le Droit International*, Paris, 1997;

D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea. I. Principi generali e aspetti penalistici*, Napoli, 2012;

N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees*: *A Commentary,* New York, 1953, p. 163;

E. ROMAN, *L'accordo Ue-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in SIDIblog, 21 marzo 2016, reperibile all'indirizzo http://www.sidiblog.org/2016/03/21/laccordo-ue-turchia-le-criticita-di-un-accordo-a-tutti-i-costi/;

E. ROMAN, *Why Turkey is Not a "Safe Country"*, in Statewatch del febbraio 2016, reperibile all'indirizzo http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf;

N. RONZITTI, *Emergenza e respingimenti in alto mare,* 15.06.2015 in HTTP://WWW.AFFARINTERNAZIONALI.IT/ARTICOLO.ASP?ID=3098;

A. ROSAS, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in DUE, 2011, p. 1 ss.;

L.S. ROSSI, *Articles 77- 80 TFEU'*, in Calliess/Ruffert (eds), EUV/AEUV Kommentar, 4th edn (C.H. Beck, 2011);

L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione della UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, 2014, http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1228;

B. RYAN, *Regulation (EU) no. 656/2014* in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 239-271;

F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement*, in Procedure e garanzie del diritto di asilo X corso seminariale in collaborazione con la Misericordia di Isola Capo Rizzuto, C. FAVILLI (a cura di), CEDAM, 2011, p. 13-14;

R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Milano, 1991;

G. SATTA, *Tribunale di Francoforte: l'Italia è un Paese pericoloso per i rifugiati. L'identificazione dello straniero non è sufficiente per la riammissione ai sensi del regolamento Dublino*, in http://www.meltingpot.org/Tribunale-di-Francoforte-l-Italia-e-un-Paese-pericoloso-per.html#.V6tqdkt5mg1;

F. SCHNYDER, *Les aspects juridiques actuel du problème des réfugiés,* 114 Recueil, 1965, vol.I, 335, p.381;

M. SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 216;

E . SPAVENTA, *A very Fearful Court. The protection of Fundamental Rights in European Union after Opinion 2/13,* in Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2015, p. 35 ss.;

E. SPAVENTA, *È possibile l'adesione alla CEDU alla luce del parere 2/13,* in (a cura di) R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017. p. 1142;

T. SPIJKERBOER, *Subsidiary and Arguability: the European Court of Human Rights Case law on Judicial review in Asylum Cases*, in International Journal of Refugee Law,21, 2009, pp. 1-27;

H. STOREY, *What Constitutes persecution? Towards Working Definition*, in International Journal of Refugee Law n. 26, 2014, p. 272, 284 e ss.;
T. SYRING, *European Court of Human Rights'Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: M.S.S. V. Belgium and Greece*, in ASIL Imights, voI. 15, n. 5, disponibile su www.asil.org/insights;

TACITO, *Annales*, libro III, LX;

A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement*, in riv. Diritti Umani e Diritto Internazionale, 2010, p. 47 ss.

G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia,* in RIDU, 1992, p. 426 ss.;

G . TESAURO, *Les Courts européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH,* in DUE, 2011, p. 29 ss.;

G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico (Nota a Corte giust. 18 dicembre 2014, parere 2/13)*, in Foro italiano, v. 140, n. 2, (2015), p. 77;

G. TESAURO, *I limiti e le condizioni poste dagli Stati membri per l'adesione alla Cedu,* in (a cura di) R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S.

ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017. p. 1128;

E. THIELEMAN, *Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing*, 6 *European Journal of Migration and Law*, 2004, pp. 47-65;

D. THYM, *Legal Framwork for Entry and Border Controls*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 216, pp. 38-41;

D. THYM, *Beyond Dublin – Merkel's Vision of EU Asylum Policy,* articolo pubblicato per The Odysseus Network Eu Immigration and Asylum Law and Policy, 26 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo http://eumigrationlawblog.eu/beyond-dublin-merkels-vision-of-eu-asylum-policy/;

D. THYM, *Moving Towards Plan B: the Rejection of Refugees at the Border*, articolo pubblicato per The Odysseus Network Eu Immigration and Asylum Law and Policy, 28 gennaio 2016, reperibile all'indirizzo http://eumigrationlawblog.eu/moving-towards-plan-b-the-rejection-of-refugees-at-the-border/;

D. THYM, *Why the EU-Turkey Deal Can Be Legal the Right Direction*, in EU Immigration and Asylum Law Policy dell'11 marzo 2016, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu;

A. TIZZANO, *La gerarchia delle fonti comunitarie,* in DUE, 1996, p.57 ss.;

A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014;

F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un Paese sicuro per richiedenti asilo*, http://www.questionegiustizia.it/doc/Nota_a_sentenza_Trib._amministrativo_Francoforte.pdf;

F. VASSALLO PALEOLOGO, *Miracolo a Lampedusa : un Hot Spot modello per l'Europa ? Dove hanno portato il Presidente Grasso ? Ancheil Cara di Mineo una "best practice"?,* 8 luglio 2016, reperibile all'indirizzo http://dirittiefrontiere.blogspot.it/2016/07/miracolo-lampedusa-un-hot-spot-modello.html;

J. VEDSTED-HANSEN, *The asylum procedures and the asessment of asylum requests*, in CHETAIL e BAULOZ (ed), *Research Handbook on International Law and Migration*, 2014, pp. 439, 441;

J. VEDSTED-HANSEN, *Asylum Procedures Directive 2013/32/EU*, in *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, II edizione, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, cit. p. 1295;

S. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, in http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/10/Simone-Vezzani-LUnione-europea-e-i-suoi-Stati-membri-davanti-ai-giudici-di-Strasburgo-una-valutazione-critica.pdf;

S. VEZZANI, *Gli è tutto sbagliato, l'è tutto da rifare: la Corte di giustizia frena l'adesione della UE alla CEDU*, 2014, http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1231;

S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia,* in RD INT, 2016, p. 68 ss.;

T. VON DANWITZ, *L'Union européenne et l'adhésion à la CEDU,* in DUE, 2015, p. 317 ss.;

G. VOYNOV, H. FRANKOVÁ, A. BAKONYI, M. GÓRCZYŃSKA, M. NABERGOJ, *Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States* http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/pushed_back.pdf;

P. WEIS, "*legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 Relating to the Status of Refugees*", 30 BIY F. KRENZ, "*The Refugee as a Subject of International Law*", 15 ICLQ, 1966, p. 115L , 1953, p. 481;

P. WEIS, *The United Nation Declaration on Territorial Asylum;*

P. WEIS, in *The British Year Book of International Law*, 1967, p. 39;
P. WEIS, *Le concept de réfugié en droit international*, 1960, p. 971;

P. WEISS, *Articles 77 80 TFEU'*, in: Streinz (ed): EUV/ AEUV. Kommentar, 2nd edn (C.H. Beck, 2011) p.5;

L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo*, Padova, 2006;
C . ZANGHÌ – P. BARGIACCHI, Evoluzione storica della cooperazione internazionale ed europea in materia di sicurezza e recenti sviluppi nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, in MOSCA, MORCELLINI (a cura di), La Sapienza della Sicurezza , Roma, 2014;

C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, X, 2015, p. 41;

A. ZIMMERMANN, MAHLER, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol,* commentary, ed. A. Zimmermannp, Oxoford, 2011, p. 347;

A. ZIMMERMANN e MAHLER, *Article 1°, para 2*, in A. ZIMMERMANN (ed), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967Protocol*, Commentary, 2011, p. 281, 299;